

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

KİŞİYİ ÖZGÜRLÜĞÜNDEN YOKSUN KILMA
SUÇU

VELİ KAFES
2502090177

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. ADEM SÖZÜER

İSTANBUL - 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : VELİ KAFES Numarası : 2502090177
Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : PROF.DR. ADEM SÖZÜER
Tez Savunma Tarihi : 08.05.2019 Saati : 15:00
Tez Başlığı : KİŞİYİ HÜRRIYETİNDEN YOKSUN KILMA

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış,
sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRI ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. ADEM SÖZÜER		Kabul
2- PROF. DR. DURMUŞ TEZCAN		Kabul
3- PROF. DR. MAHMUT KOCA		Kabul
4- DR. ÖĞR. ÜYESİ SELMAN DURSUN		Kabul
5- DR. ÖĞR. ÜYESİ SERDAR TALAS		Kabul

YEDEK JÜRI ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ. DR. MEHMET EMİN ALŞAHİN		
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ MEHMET MADEN		

ÖZ

KİŞİYİ ÖZGÜRLÜĞÜNDEN YOKSUN KILMA SUÇU

VELİ KAFES

“Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçu” başlıklı bu çalışmada, Türk Ceza Kanunun 109 ve 110. maddelerinde düzenlenen suçun çerçevesinin ortaya konulması amaçlanmıştır. Bu suçun yapısal özellikleri ve diğer suçlarla ilişkisi incelenmiştir. Ayrıca teorik ve uygulamaya ilişkin tartışmalı noktalara ışık tutmaya çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Kişi Özgürlüğü, Özgürlükten Yoksunluk, Özgürlüğün Sınırlanması, Kişinin Rızası, Mütemadi Suç, Neticeli Suç, Cinsel Amaçlı Suç, Etkin Pişmanlık

ABSTRACT

THE CRIME TO DEPRIVE PERSON FROM HIS LIBERTY

VELİ KAFES

In this study titled "The Crime To Deprive Person From Liberty", it has been aimed to reveal the scope of the crimes set out in the Articles 109 and 110 of the Turkish Penal Code. The structural features of this crime and its relationship with other crimes have been examined. In addition, it has been tried to bring light on controversial points regarding the theoretical and practice issues.

Key Words: Liberty of Person, Deprivation from Liberty, the Restriction of Liberty, the Consent of the Person, Continuing Offense, Offence with a Consequent, Crime For Sexual Purpose, Active Regret

ÖNSÖZ

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında devam eden doktora eğitimi kapsamında doktora tezi olarak sunulmak üzere hazırlanmış olan bu çalışmada “Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçu” incelenmiştir. Çalışmanın temel konusunu Türk Ceza Kanunun 109 ve 110. maddelerinin çerçevesinin belirlenmesi oluşturmaktadır.

Ceza kanununda yer verilen özel hükümlerin içeriğinin belirlenmesi bir “dogmatik hukuk” araştırması olduğu için belli bir suç üzerinde yapılacak bilimsel incelemenin sistematik çerçevesinde yapılması önem taşımaktadır. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu kanunda bağımsız bir suç olarak tanımlanmış olmasına karşın, özgürlükten yoksunluk çoğu zaman başka bir suçun icrasına zorunlu ve doğal olarak eşlik eden bir fiil olarak yer alabilmektedir. Özgürlükten yoksunluğun bu özelliği, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun dışında, bazen kanunun farklı hukuksal değerlerin korunmasına yönelik suç tipleri arasında düzenlemeye tabi tutulmasına yol açmıştır. Bu nedenle çalışmamızda, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun teorik ve felsefi temellerine ilişkin açıklamalara önem verilmiş; sorunlu noktalara ilişkin değerlendirmelerde kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu ile korunan hukuksal değer hiyerarşik yeri ve diğer hukuksal değerlerle ilişkisi göz önünde tutulmuştur.

Çalışma sürecinde doktora tez danışmanlığımı üstlenen Prof. Dr. Adem Sözüer’e ve tez izleme komitesi üyeleri Prof. Dr. Mahmut Koca ile Dr. Öğr. Üyesi Selman Dursun’a çalışmamızın içeriğinin ve sistematığının belirlenmesinde verdikleri destek, tavsiye ve eleştirileri için teşekkürlerimi sunuyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	I
ABSTRACT	III
ÖNSÖZ.....	IV
KISALTMALAR LİSTESİ	X
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM, SİSTEMATİK, TARİHSEL GELİŞİM VE SUÇLA KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

1.1. KAVRAM VE SİSTEMATİK.....	4
1.1.1. Genel Olarak	4
1.1.1.1. Özgürlük Kavramı	4
1.1.1.2. Terminoloji	8
1.1.2. Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçunun Tanımı	9
1.1.2.1. Eski Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler.....	9
1.1.2.2. Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler	10
1.1.2.3. Tanım	11
1.1.3. Özgürlüğe Karşı Suçların Sistematiği	14
1.1.3.1. Genel Olarak	14
1.1.3.2. Türk Ceza Kanununda Sistematiği	18
1.2. KİŞİYİ ÖZGÜRLÜĞÜNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ.....	22
1.2.1. Antik Dönem.....	22
1.2.2. Roma Hukuku	24
1.2.3. İslam Hukuku ve Osmanlı Hukuku	27
1.3. KORUNAN HUKUKSAL DEĞER	29
1.3.1. Tarihte Kişi Özgürlüğünün Korunması	29
1.3.1.1. İlkçağ	29

1.3.1.2.	Ortaçağ.....	31
1.3.1.3.	Yeniçağ.....	33
1.3.1.4.	Yakınçağ.....	35
1.3.2.	İnsan Hakları Hukukunda Koruma.....	37
1.3.2.1.	Genel Bilgiler.....	37
1.3.2.2.	Temel Kavramlar: Özgürlük- Eşitlik- İnsan Onuru	38
1.3.2.3.	İnsan Haklarının Özellikleri.....	40
1.3.2.4.	İnsan Haklarının Sınıflandırılması	44
1.3.2.5.	Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkının Özellikleri	47
1.3.2.5.1.	İnsan Hakları Belgeleriyle Sağlanan Koruma.....	49
1.3.2.5.1.1.	Genel Bilgiler	49
1.3.2.5.1.2.	İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin Sağladığı Koruma	51
1.3.3.	Anayasal Koruma	56
1.3.3.1.	Genel Bilgiler.....	56
1.3.3.2.	Hukukumuzda Anayasal Koruma	58
1.3.3.2.1.	Hukukumuzdaki Gelişmeler	58
1.3.3.2.2.	Anayasamızdaki Koruma Sistemi	60
1.3.3.2.2.1.	İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri	60
1.3.3.2.2.2.	Anayasamızda Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı	61
1.3.4.	Ceza Hukukunun Sağladığı Koruma	65
1.3.4.1.	Genel Olarak	65
1.3.4.2.	Hukuksal Değer	68
1.3.4.3.	Özgürlüğe Karşı Suçlarla Korunan Hukuksal Değerler.....	71
1.3.4.4.	Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçuyla Korunan Hukuksal Değer..	75

İKİNCİ BÖLÜM

KİŞİYİ ÖZGÜRLÜĞÜNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN UNSURLARI VE NİTELİKLİ HALLERİ

2.1.	MADDİ UNSURLAR.....	79
2.1.1.	Fil	79
2.1.1.1.	Genel Olarak	79
2.1.1.2.	Tipik Fil	80

2.1.1.3.	Tipik Fiilin Özellikleri	85
2.1.1.3.1.	Serbest Hareketli Suç Olması	86
2.1.1.3.2.	Tek Hareketli Suç Olması.....	87
2.1.1.3.3.	İcraî ya da İhmalî Hareketle işlenebilen Suç Olması.....	88
2.1.1.3.4.	Mütemadi Suç Olması	94
2.1.2.	Netice	100
2.1.3.	Nedensellik Bağlantısı ve Objektif İsnadiyet	103
2.1.4.	Fail.....	105
2.1.4.1.	Genel Olarak	105
2.1.4.2.	Failin Özelliği	106
2.1.4.2.1.	Kamu Görevlisi.....	107
2.1.4.2.2.	Akrabalık İlişkisi.....	110
2.1.5.	Mağdur.....	110
2.1.5.1.	Genel Olarak	110
2.1.5.2.	Kişide Hareket Serbestîsi veya İrade Oluşturma Yeteneğinin Aranmaması 112	
2.1.6.	Suçun Konusu.....	118
2.2.	MANEVİ UNSUR	120
2.2.1.	Kast	121
2.2.1.1.	Genel Olarak	121
2.2.1.2.	Doğrudan Kast.....	123
2.2.1.3.	Olası Kast.....	129
2.2.1.4.	Kastı Kaldıran Hata	132
2.2.1.4.1.	Suçun Maddi Unsurlarında Hata.....	132
2.2.1.4.2.	Suçun Nitelikli Unsurlarında Hata.....	133
2.2.2.	Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Hal.....	134
2.2.2.1.	Genel Olarak	134
2.2.2.2.	Mağdurun Ekonomik Bakımdan Önemli Bir Kaybına Neden Olma	137
2.3.	HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	138
2.3.1.	Genel Olarak	138
2.3.2.	Suç Tipinde Hukuka Aykırılığın Özel Olarak Belirtilmesinin Anlamı	141
2.3.3.	Hukuka Uygunluk Nedenleri	145

2.3.3.1.	İlgilinin Rızası.....	147
2.3.3.2.	Hakkın Kullanılması	158
2.3.3.2.1.	Disiplin Yetkisinin Kullanılması	158
2.3.3.2.2.	Tıbbi Müdahaleler.....	164
2.3.3.3.	Görevin İfası	169
2.3.3.4.	Meşru Savunma	177
2.4.	SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ	179
2.4.1.	Genel Olarak	179
2.4.2.	Fiili İşlemek İçin veya İşlendiği Sırada Cebir, Tehdit veya Hile Kullanılması	184
2.4.2.1.	Cebir	186
2.4.2.2.	Tehdit.....	191
2.4.2.3.	Hile	196
2.4.3.	Silahla İşlenmesi	201
2.4.4.	Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi.....	205
2.4.5.	Kişinin Yerine Getirdiği Kamu Görevi Nedeniyle İşlenmesi	208
2.4.6.	Kamu Görevinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi	211
2.4.7.	Üstsoy, Altsoy veya Eşe Karşı İşlenmesi.....	215
2.4.8.	Çocuğa Karşı İşlenmesi.....	218
2.4.9.	Beden veya Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiyeye Karşı İşlenmesi.....	221
2.4.10.	Cinsel Amaçla İşlenmesi	222

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KUSURLULUK, SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ, CEZAYI AZALTAN ŞAHSİ SEBEP OLARAK ETKİN PİŞMANLIK

3.1.	KUSURLULUK	234
3.1.1.	Genel Olarak	234
3.1.2.	Kusurluluğu Etkileyen Nedenler.....	235
3.1.2.1.	Hukuka Aykırı ve Fakat Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesi.....	236
3.1.2.2.	Zorunluluk Hali.....	238

3.1.2.3.	Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması.....	241
3.1.2.4.	Haksız Tahrik.....	244
3.1.3.	Kusurluluğu Etkileyen Hata	249
3.1.3.1.	Kusurluluğu Kaldıran veya Azaltan Bir Nedenin Maddi Koşullarında Hata 249	
3.1.3.2.	Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata	250
3.1.3.3.	İşlenen Fiilin Haksızlık Oluşturduğu Hususunda Hata.....	253
3.2.	SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ	255
3.2.1.	Teşebbüs	255
3.2.1.1.	Genel Olarak	255
3.2.1.2.	Suç Teşebbüsün Koşulları.....	256
3.2.1.2.1.	Suçun Tamamlanmasına Yönelik Kast.....	256
3.2.1.2.2.	Doğrudan Doğruya İcraya Başlama.....	257
3.2.1.2.3.	Elverişlilik.....	260
3.2.1.2.4.	Suçun Tamamlanamamış Olması	261
3.2.1.3.	Gönüllü vazgeçme	267
3.2.1.3.1.	Genel Olarak	267
3.2.1.3.2.	Gönüllü Vazgeçmenin Koşulları.....	268
3.2.1.3.2.1.	Suçun Tamamlanmamış Olması.....	268
3.2.1.3.2.2.	Vazgeçmenin Gönüllü Olması.....	270
3.2.2.	İştirak	271
3.2.2.1.	Genel Olarak	271
3.2.2.2.	Müşterek Faillik.....	272
3.2.2.3.	Dolaylı Faillik	276
3.2.2.4.	Azmettirme	278
3.2.2.5.	Yardım Etme.....	281
3.2.3.	İçtima.....	282
3.2.3.1.	Genel Olarak	282
3.2.3.2.	Görünüşte İçtima.....	284
3.2.3.2.1.	Görünüşte İçtima Halleri.....	284
3.2.3.2.2.	Bileşik Suç	286
3.2.3.3.	Zincirleme Suç.....	291

3.2.3.4.	Fikri İçtima	292
3.2.3.4.1.	Farklı Neviden Fikri İçtima	293
3.2.3.4.2.	Aynı Neviden Fikri İçtima	299
3.3.	CEZAYI AZALTAN ŞAHSİ SEBEP OLARAK ETKİN PİŞMANLIK	
	301	
3.3.1.	Genel Olarak	301
3.3.2.	Etkin Pişmanlığın Koşulları	305
3.3.2.1.	Suçun Tamamlanmış Olması	305
3.3.2.2.	Soruşturmaya Başlanmamış Olması	308
3.3.2.3.	Kendiliğinden Serbest Bırakma	312
3.3.2.4.	Mağdurun Şahsına Zarar Vermemiş Olma	314
3.3.2.5.	Mağduru Güvenli Bir Yerde Serbest Bırakma	320
SONUÇ		323
KAYNAKÇA		331
ÖZGEÇMİŞ		360

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e. : Adı Geçen Eser

Alm.Ck	: Alman Ceza Kanunu (StGB)
AD	: Adalet Dergisi
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ABTHŞ	: Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı
ABD	: Anayasa Yargısı Dergisi
AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜDTCFD	: Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CK	: Ceza Kanunu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dip not
E.	: Esas
Ed.	: Editör
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İtCK	: İtalyan Ceza Kanunu
İTÜSBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İÜSBFD	: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
Kn.	: Kenar numarası
m.	: Madde
MFD	: Muhasebe ve Finansman Dergisi
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MÖ.	: Milattan Önce
MÖ.	: Milattan Sonra
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
Par.	: Paragraf
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
SBFD	: Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Sy.	: Sayı
T.	: Tarih
TAD	: Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TAAY	: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: Ve Devamı
YD	: Yargı Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi
Yrg	: Yargıtay
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GİRİŞ

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun eski çağlardan bugüne kadar geçirdiği süreç, aslında insanın birey olma mücadelesinin dramatik hikayelerinden birisidir. Gerçekten Antik çağda, ödenmeyen borç dolayısıyla kişinin alacaklının kölesi olmasını kabul eden, insanı nesne haline getiren ve bu nedenle çalınması, kaçırılması halinde zararın tazminini yeterli gören sistemler olduğu gibi, bu tür fiilleri suç kabul ederek para cezasından ölüm cezasına kadar yaptırım altına alan çeşitli hukuk sistemlerine rastlanmaktadır.

Çağımızda bireyin yasayla sınırlanmış durumların dışında hareket serbestliği ve özgürlüğünden yoksun bırakılması kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında yer almaktadır. İnsan hakları hukukunda kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının öncelikle “devlete karşı” korunması düşünülmüş ise de, kişi özgürlüğünün tarihte ilk olarak diğer kişi ve gruplardan gelen saldırılarla ihlal edildiği görülmektedir. “Devlet”ten önce var olan “kölelik” yakın zamanlara kadar, en gelişmiş hukuk sistemlerinde bile yer almış çok doğal bir kurumdu. Özellikle sömürgeci Avrupalı devletlerin kolonileşmeye bağlı olarak gerçekleştirdikleri köle ticareti 17. ve 18. yüzyılda kurumsallaşmış; köleliğin yasaklanmasına yönelik çabalar ancak 19. yüzyılda sonuç vermiştir.

Çalışmamızın Birinci bölümünde öncelikle, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun tanımı, mülga 765 sayılı ve yeni 5237 sayılı Türk Ceza Kanunlarındaki sistematik, suçun tarihçesi ve ülkemizdeki gelişme süreci incelenmiştir. Ayrıca, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun bağlantısı dolayısıyla, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının tarihte ortaya çıkışı, uluslararası ve iç hukuk sistemlerindeki yeri incelenmiştir. Bu kapsamda kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının diğer hak ve özgürlükler arasındaki yerinin belirlenmesi bakımından, insan haklarının sınıflandırılması üzerinde durulmuştur. Devletin insan hakları hukukundan kaynaklanan pozitif yükümlülüğünün bir sonucu olarak ceza hukukunda kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu ile korunan hukuksal değer ve suçun felsefi temelleri incelenmiştir. Kanunda “*bu suç ile korunan hukukî değer, kişilerin kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyeti*” olarak belirlenmiş olmakla birlikte, bu suç ile aynı zamanda üst kavram hukuksal değer

sayılan “*insan onuru*” koruma altına alınmış olduğundan, çalışmamızdaki değerlendirmelerde bu husus daima göz önünde tutulmuştur.

İkinci Bölümde kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun unsurları ve nitelikli halleri incelenmiştir. Maddi unsur kapsamında suçun tipik özelliklerine değinilirken, özellikle kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun ihmali hareketle işlenmesi, mütemadi suç olma niteliği ve sırf hareket suçları - neticeli suçlar ayrımı bakımından doktrindeki tartışmalar değerlendirilmiştir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun temel şekli bakımından mülga 765 sayılı TCK ve yeni 5237 sayılı TCK benzerlik göstermektedir. Buna karşılık suçun çeşitli amaç ve saiklerle işlenmesi 765 sayılı TCK’da ayrı suçlarmış gibi düzenlemeye tabi tutulmuştur. Suçla korunan hukuksal değerın ağırlıklı olarak kişi özgürlüğü olduğu bu tür suçların sistematik olarak kişi özgürlüğüne karşı suçlar arasında düzenlenmemiş olması eleştirilmekteydi. Yeni TCK’da kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun nitelikli unsurları düzenlenirken 765 sayılı TCK’daki bağımsız birçok suça yer verildiği dikkat çekmektedir.

Yeni Türk Ceza Kanunu ceza hukukunun genel hükümlerinde olduğu gibi özel hükümlerde de köklü değişiklikler getirmiştir. Bu değişimin değerlendirilmesine ilişkin farklı görüşlerin bulunduğu hallerde her iki Kanunun düzenlemeleri göz önünde tutulmuştur. Çalışmamızda, yeni Kanundaki anlayış değişikliğinin kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu bakımından özellik gösterdiği hallerde, ceza hukuku genel hükümlerine ilişkin teorik tartışmalara sınırlı olarak yer verilmiştir.

Ayrıca İkinci Bölümde, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun manevi unsuru ve hukuka aykırılık unsuru kapsamında, bu suç tipinde hukuka aykırılığın özel olarak belirtilmesinin anlamı ve gerekli olup olmadığı konusu karşılaştırmalı hukukdaki düzenlemeler dikkate alınarak irdelenmiştir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun kanuni tanımında eskiden beri yer alan “hukuka aykırı olarak” ifadesinin TCK’nın 109. maddesinden çıkartılmasına ilişkin görüşler değerlendirilmiştir.

Çalışmamızın son bölümünde ise “Kusurluluk”, “Suçun Özel Görünüş Biçimleri” ve “Cezayı Azaltan Şahsi Sebep Olarak Etkin Pişmanlık” incelenmiştir. “Suçun Özel Görünüş Biçimleri” başlığı altında kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma

suçuna teŖebbüs, suça iŖtirak, diğeri suçlarla içtima ilişkisi incelenmiştir. Suça teŖebbüs kapsamında “Gönüllü Vazgeçme” ve “Cezayı Azaltan Şahsi Sebep Olarak Etkin Pişmanlık” incelenirken, bu konulara ilişkin mülga 765 sayılı TCK ve yeni 5237 sayılı TCK hükümlerinde önemli değışiklikler bulunması nedeniyle her iki Kanunun düzenlemeleri göz önünde tutularak değılendirme yapılmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM, SİSTEMATİK, TARİHSEL GELİŞİM VE SUÇLA KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

1.1. KAVRAM VE SİSTEMATİK

1.1.1. Genel Olarak

1.1.1.1. Özgürlük Kavramı

Özgürlük kavramının subjektif anlayışlara yer veren çok yönlülüğü nedeniyle, onun bütün yönlerini kavrayan etraflı ve yeterli bir tanımlı yapılamamıştır¹. İnsanın, insan olduğu için sahip olduğu serbest hareket etme gücünün, bağımsızlığın ifadesi olan özgürlük kavramının anlam ve kapsamı, zaman içinde farklılık gösterdiği gibi, aynı zaman kesitlerinde dahi farklı ideolojilere ve sistemlere göre değişkenlik göstermiştir². Yere ve zamana göre değişen özgürlükler, her sosyal kavram gibi sürekli gelişme içindedirler³.

Sözlük anlamıyla “herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma, herhangi bir şarta bağlı olmama durumu” anlamına gelen özgürlük sözcüğü, hürriyet, bağımsızlık, serbestlik sözcüklerini de karşılamaktadır⁴.

¹ “hürriyet, adeta ışığı renklere bölen bir prizmadır; herkes ona bakarak kendi açısından gördüğü rengi veya renkleri tasvir eder” (Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, 7. bs., Yetkin, Ankara 1993, s.3); Montesquieu’ye göre, “Özgürlük kelimesi kadar çeşitli anlam verilmiş, onun kadar insan kafasını çeşitli şekillerde yormuş başka bir kelime yoktur”. Bkz. Montesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine (De l’Esprit des Lois)**, Çev: Fehmi Baldaş, Hiper Link, İstanbul Tarihsiz, s.168; “Hürriyet mefhumu çok geniş, izafî, gayrı muayyen bir mefhumdur” Faruk Erem, **Hürriyet ve Suç**, Ankara, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, 1952, s.1.

² Tarık Zafer Tunaya, **Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1975, s.279; “Başlıca dünya görüşleri arasında hürriyeti açıkça inkâr edene, onu istemeyene hemen hemen rastlanmamaktadır. Totaliter sistemler (Marksizm-Leninizm) bile hürriyetten yana olmak iddiasındadırlar” (Kapani, s.3).

³ Tunaya, s.280.

⁴ (Çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim: 20.01.2019); Arapça “harra” kökünden türeyen “hurr”, “kimsenin baskısı, zorlaması, kısıtlaması olmadan hukuk çerçevesinde istediği gibi yaşayabilen, esir veya köle (abd) olmayan” anlamlarına gelmekte, “hürriyet”ise “köle olmamayı” ifade etmektedir. Bkz. (Çevrimiçi) <http://www.osmanlicaturkce.com/> (Erişim: 20.01.2019); Ayrıca bkz. Mustafa Avcı, **Hukuk Tarihimizde Hapis**, TAAY, Ankara, 2014, s.3.

Özgür olan, hukuk tarafından hak olarak tanınan ve güvence altına alınandır. Özgür olanın yapılması; zorunlu da yasak da değildir⁵.

Puffendorf ile Grotius'un ortaya attığı ve Locke ile sonuçlarını veren doğal hukuk doktrinine göre, özgürlükler kaynaklarını insanın doğumunda bulurlar. Özgürlüklerin doğuştan kazanılmış olması, yasama organının bu özgürlükleri ortadan kaldıramayacağı ve kısıtlayamayacağı sonucunu doğurur. Bu anlayış Montesquieu, Rousseau, Voltaire, Bossuet gibi aydınlanma çağı düşünürleri tarafından kabul görmüştür⁶.

Montesquieu'e göre özgürlük "kanunların izin verdiği her şeyi yapmak hakkıdır; bir vatandaş kanunların yasak ettiği şeyi yapabilseydi hür sayılmazdı o zaman; çünkü öteki vatandaşların da aynı yetkiyi kullanmaya hakları olurdu"⁷. Montesquieu bu tanımla, kanun ve hukuk üstünlüğü olmadıkça bir özgürlük düzeninin kurulamayacağına işaret etmiştir. Kanunun olmadığı yerde özgürlük de olmaz⁸. Özgürlüğü sadece kanunların üstün sayıldığı bir düzen olarak anlamak ve algılamak düşüncesi eski Yunanlılara ve Romalılarına kadar dayandırılmaktadır⁹.

Voltaire'e göre "özgürlük, kanundan başka bir şeyle bağlı olmamak demektir". Rousseau'ya göre insanlar özgür doğarlar. Yaşadığı dönem itibariyle, hukukun baskısı altında bulunan Fransız vatandaşlarının büyük bir kısmı köle durumunda olduğundan, Rousseau "özgür" sözcüğünü, tutsak, köle kavramının karşıtı olarak kullanmıştır. Özgürlüğü de yalnızca bir bağdan, bir baskıdan kurtulmuş olmak (bağımsızlık) anlamında kullanmıştır. Öte yandan "her birey, bir sözleşme ile topluma girerken, doğal özgürlüğünü yitirmekle birlikte medenî özgürlüğünü kazanır ve kamu iradesi dolayısıyla kanunların yapılmasına da katılır". İrade sahibi bir varlık olarak, hukuk süjesi olan insan, kendi kendini hukuk

⁵ Ögütçü, Muhlis, "Doğal Hukuk Ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar", **Prof.Dr.İrfan Baştuğ Anısına Armağan**, DEÜHFD, C.7, Özel Sayı 2005, s.560.

⁶ İlhan F. Akın, **Temel Hak ve Özgürlükler**, 3. Bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1971, s.52.

⁷ Montesquieu, s.169.

⁸ Kapani, s.5.

⁹ Bkz. 1.3.1.1. Antik Dönem

kurallarıyla bağlamak suretiyle, hukuk alanında hemcinslerinin baskılarından yalnız hukukun izin verdiği oranda etkilenmektedir¹⁰.

26 Ağustos 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin 4. maddesinde kabul edilen tanıma göre “özgürlük başkalarına zarar vermeden istediğini yapabilmektir: Her bir insanın doğal haklarını kullanması da toplumun diğer üyelerinin de aynı hakları kullanmasını garanti altına alacak sınırlar içindedir. Bu sınırlar da sadece yasalarla belirlenebilir”. Joseph Barthelemy, “başkasına zarar vermemek” kavramının açık olmaması nedeniyle tanımlı yetersiz bulmuştur. Bu tanım, sadece tek yönlü, dar ve olumsuz bir özgürlük anlayışını yansıtmakla eleştirilmiştir¹¹. Felsefi açıdan, kendi iç dünyasında her insanın özgür olduğu kabul edilebilir. Başka bir deyişle, insan düşüncesinde gerçekten özgür olarak yaratılmıştır. Ancak bu özgürlük, toplum tarafından kabulü ölçüsünde geçerlidir ve gerçekte ancak o zaman kişi için bir değere sahiptir¹². Barthelemy’ye göre “özgürlük, yasaların üstünlüğünü zorunlu kılar ama aynı zamanda kişiye devletin karışamayacağı bir alanı da sağlar, işte bu alan içinde kişi gerçekten özgürdür¹³.

Nietzsche’e göre özgürlük kavramının olumsuz anlamı, birtakım engellerin, bağların kalkması, bunlardan kurtuluş demektir ki, bu anlamda “bağımsızlık” deyimini uygundur. Özgürlük için fiziksel, manevi ya da toplumsal etkiden doğmuş olan baskıdan kurtulmuş olmak gerekir. Özgürlüğün olumlu anlamı ise, seçme, bireyin davranışlarını “kendi kişisel iradesiyle tayin edebilmesi iktidarı”dır. Nietzsche için önemli olan, belirli etkilerden kurtulmuş olmak (özgürlüğün olumsuz anlamı) değil, bir şey yapmak konusunda özgür olmak (özgürlüğün olumlu anlamı) önemlidir¹⁴.

Kant’a göre, özgürlük ile eşitlik kavramlarının birlikte ele alınması gerekmektedir¹⁵. Kant “hukuku”, “bir bireyin özgür iradesiyle diğer bireylerin

¹⁰ Ernest Hirş, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi** (Güncel Dile Uyarlayan: Selçuk, (Baran) Veziroğlu), 2. Bs., Ankara, BTHAE, 1996, s.135 vd; Okandan, s.78, 85.

¹¹ Bkz. Burhan Kuzu, **Ülkemizde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1997, s.12.

¹² Ahmet Mumcu/Elif Küzeci, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, 6.bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s.12.

¹³ Akın, s.5.

¹⁴ Hirş, s.129.

¹⁵ Niyazi Öktem, **Özgürlük Sorunu ve Hukuk**, S. Garan Matbaası, İstanbul 1977, s.24; Kant “özgürlük başkasına zarar vermeyen her hareketi yapabilmektir” tanımını eleştirmiştir. Bkz. Mumcu/Küzeci, s.69.

özgür iradelerinin genel özgürlük kuramına göre uyum içine konulması (özgür bireysel iradelerin karşılıklı sınırlandırılması) yolundaki kuralların toplamı” olarak tanımlamıştır. Bu noktadan hareketle “hak, bireyin diğer bireylerle bağdaşabilir özgürlüğüdür”¹⁶. Aynı görüşteki Arsal’a göre de “hak, hukuk düzenince tanınmış, sınırı, konusu, kullanılma şekli ve koşulları gösterilmiş, yararlanılması toplumca sağlanmış özgürlüktür”¹⁷. Kaboğlu’nun ifadesiyle “özgürlük, kişinin toplum içerisinde sahip olduğu bağımsızlık alanıdır. Kişisel ve özel olan bu alan, kişinin hareket sahası olduğu kadar aynı zamanda mahremiyet mekânıdır. Bu alan, toplumsal ve kamusal arasındaki ayrımın sınırıdır. ‘Özgürlük, devletin durduğu yerde başlar’sa da, ‘başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilme’ şeklindeki tanım, aynı zamanda bireyler arasında yatay ilişkilerin anlatımıdır”¹⁸.

Görüldüğü gibi, tanımlamalar özgürlük kavramını kesin biçimde ortaya koymamış, sorunun belirli yönlerini ele almıştır. Örneğin *Jellinek*, yurttaşların aktif, olumlu ve olumsuz statülerinden söz ederek aslında bir bütün olan özgürlük kavramının çeşitli yönlerini açıklamıştır¹⁹.

Felsefede, insan davranışının özgür olup olmadığı araştırılırken, kişiye bağlı olan, içinde oluşan (amaç kavramı, tutum alma, kararı kapsayan) “iç evre” ve uygulamayı içeren “dış evre” incelenmektedir. İç evre kişinin iradesine bağlıdır, dış evre ise dış koşullara bağlı olarak uygulama ortamı bulur. Bu doğrultuda, iç özgürlük- dış özgürlük ayrımı yapılmaktadır. İç özgürlük, iradî kararların meydana gelmesini, dış özgürlük ise dış koşullara bağlı olarak uygulama ortamı bulmasını ifade eder²⁰.

¹⁶ Hirş, s.142; Mumcu/Küzeci, s.16,

¹⁷ Sadri Maksudi Arsal, **Hukukun Umumi Esasları- Hukukun Pozitif Felsefesi**, Ankara Hukuk Fakültesi, Ankara 1937, s.27, 36; Tunaya, 279.

¹⁸ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku 1, İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, 7. bs., İmge, Ankara 2013, s.12.

¹⁹ Kapani, s.6; Akın, s.5; Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının diğer hak ve özgürlükler arasındaki yerinin belirlenmesi bakımından, *Jellinek*’in birey ve devlet ilişkilerine göre tanımladığı “statüler doktrini” hakkında bkz. 1.3.2.4.

²⁰ Öktem, s.12 vd.

1.1.1.2. Terminoloji

Hukuk bilimiyle uğraşanlar arasında özgürlüğün bir “hak” olduğu konusunda fikir birliği vardır²¹. Demokratik toplumlarda kişilere tanınan hak ve özgürlükler konusunda “*kişi hak ve özgürlükleri*”, “*insan hakları*”, “*kamu özgürlükleri*”, “*temel haklar*”, “*anayasal haklar*” ve “*vatandaş hakları*” gibi kavramlar kullanılmaktadır.

18. yüzyılın doğal hukuk doktrini ile bağlantılı olan “*kişi hakları ve özgürlükleri*” terimi çağdaş haklar ve hürriyetler katalogunun ancak bir kısmını - klâsik veya negatif özgürlükler kısmını- karşılamak üzere kullanılabilir²². Örneğin, kişi dokunulmazlığı, zorla çalıştırma yasağı, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, “*kişi hakkı ve özgürlüğü*” veya “*bireysel hak ve özgürlükler*” niteliğindedir²³.

“*İnsan hakları*” kavramı, genel ve yaygın kabule göre, bu alandaki terimlerin anlam bakımından en geniş olanıdır. İnsan hakları deyince, genel olarak, daha çok olması gereken (ideal haklar) alanında kalan veya sadece platonik bildirilere geçen bir “ulaşılacak hedefler programı” akla gelir. “*Kamu özgürlükleri*” ise bu ideal programın gerçekleşmiş olan kısmını; insan haklarının devlet tarafından tanınmış ve pozitif hukuka girmiş olan bölümünü ifade eder. Bu özgürlükler, istisnasız olarak herkese (kamuya) tanınmıştır²⁴.

Günümüzde “*temel haklar*” teriminin bazen insan hakları bazen de kamu özgürlükleri kavramlarının karşılığı olarak kullanımına sıklıkla rastlanmaktadır²⁵. *Temel Haklar*, aynı zamanda iç hukukumuz bakımından yerleşik anayasal terim

²¹ Mumcu/Küzeci, s.14; Ögütçü, s.559; “Hukuk ‘*özgürlük bilimi*’dir” Faruk Erem/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14.Bs., Seçkin, Ankara 1997, s.73.

²² Kapani, s.14;

²³ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş*, 6.bs., Ekin, Bursa 2013, s.277.

²⁴ Tunaya, 279; Kapani, s.14; “Bu yaklaşıma göre insan hakları “ahlâki” haklardandır (moral rights). Ahlâki haklar, her zaman pozitif hukukça tanınıp yaptırıma bağlanmış olmasa da bu yoksunluk onların değerini azaltmaz” (M. Cranston, *What are human rights?*, London B. Head 1973 s. 4-7’den naklen (Tekin Akıllıoğlu, *İnsan Hakları, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, 2. Bs., İmaj, Ankara 2010, s.3); Kaboğlu, İbrahim Ö., *Kollektif Özgürlükler*, DÜHF, Diyarbakır 1989, s.18; İnsan hakları kavramı için bkz. Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Orion, Ankara 2012, s.24; Ögütçü, s.561.

²⁵ Kapani, s.13; Mümtaz Soysal, *Anayasaya Giriş*, AÜSBF Yay., Ankara, 1968, sf. 181; Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 7. Bs., Legal, İstanbul 2010 s.520 vd.

olarak, anayasada düzenlenmiş olan insan hakları (*anayasal haklar*) anlamına gelmektedir²⁶.

Vatandaş hakları ise, Anayasa ve kanunlar tarafından tanınmış ve düzenlenmiş hak ve özgürlüklerden sadece “vatandaşların” kullanabileceği hak ve özgürlükleri ifade eder. Seçme ve seçilme hakkı, kamu hizmetine girme hakkı gibi siyasal haklar birer vatandaş hakkıdır²⁷.

1.1.2. Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçunun Tanımı

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5137 sayılı Türk Ceza Kanunu birçok yönden olduğu gibi “kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma” suçu bakımından da 765 sayılı Türk Ceza Kanunundan farklı düzenlemeler getirmiştir. Bu nedenle gerek suçun tanımında, gerekse suçla korunması amaçlanan hukuksal değerlerin belirlenmesinde eski ve yeni kanunda izlenen suç politikasının göz önünde tutulması gerekmektedir.

1.1.2.1. Eski Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununun 179. maddesinde kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun bağımsız bir suç tipi olarak düzenlendiği görülmektedir²⁸. Kanunun 179/2-3. ve 180/1. maddelerinde cezayı ağırlaştıran hallere, 180/2. maddesinde ise etkin pişmanlığa yer verilmişti. İzleyen maddelerde suçun memur tarafından işlenmesi (m. 181), küçüğe karşı işlenmesi (m. 182) bağımsız suç tipleri olarak düzenlenmişti. Ayrıca eski TCK’nın “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler” babında yer alan “Kız ve Kadın ve Erkek Kaçırma” suçları içerisinde failin amacına ve saikine göre, failin “*şehvet hissi veya evlenme maksadiyle*” işlenmesi (m. 429 - 433); “Mal Aleyhinde Cürümler” babında yer alan “Yağma ve Yol Kesmek ve Adam Kaldırmak” suçları içerisinde ise “*para veya eşya veya hukukça hükmü haiz bir senet almak için*” işlenmesi (m. 499/1) başka suçların unsuru olarak tanımlanmıştı.

²⁶ Akıllıoğlu, s.24; Gözler, s.277.

²⁷ Gözler, s.277.

²⁸ Bkz. Recep Gülşen, **Hürriyeti Tahdit Suçları** (TCK. m.179-187), Ankara, 2002.

765 sayılı TCK'da cezayı ağırlaştıran hallerin kazuistik bir sistem içinde belirlenmiş olması, aynı yöntemi izleyen ve hatta başkaca nitelikli hallere de yer veren yabancı kanunların sistemine benziyordu²⁹. Buna karşın, suçla korunan hukuksal değerın ağırlıklı olarak kişi özgürlüğü olduğu bu tür suçların sistematik olarak, yeni eğilimler doğrultusunda, özgürlüğe karşı suçlar arasında düzenlenmesi öneriliyordu³⁰. Suçun çeşitli maksat ve saiklerle işlenmesi ayrı suçlarmış gibi düzenlemeye tabi tutulmuş olması, farklı hukuksal değerlerin korunmasına yönelik suç tipleri arasında uyumsuzluk olarak değerlendirilmiştir³¹.

Ayrıca 765 sayılı TCK'nın 182. maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun, özel kanun hükümleriyle ve özellikle İcra ve İflas Kanunun “çocuk teslimine” ilişkin hükümleriyle uyumlu olmadığı gibi, 182. maddede öngörülen yaş sınırları Kanunun yaşı göz önünde tutan diğer hükümleriyle de uyumlu olmamakla eleştirilmiştir³².

1.1.2.2. Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 109. maddesinde kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin, 765 sayılı TCK'nın sadece 179. maddesinin karşılığını oluşturmadığı, aynı zamanda 765 sayılı TCK'daki bağımsız birçok suçu bünyesinde topladığı dikkat çekmektedir.

5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin 1. fıkrasında suçun temel şekli belirlendikten sonra izleyen fıkralarda cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli unsurlar saptanmış ve bu kapsamda suçun cebir, tehdit veya hile ile işlenmesi (765 s. TCK m.179/2) 109. maddenin 2. fıkrasında, memur tarafından işlenmesi (765 s. TCK m.181) 109. maddenin 3. fıkrasının (d) bendinde, memura karşı ya da üstsoy,

²⁹ Ayhan, Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4.Bs. Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s.35.

³⁰ Önder, **Özel Hükümler**, s.552; Mahmut Koca, **Yağma Cürümleri**, Seçkin, Ankara 2003, s.315.

³¹ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bs., Seçkin, Ankara 2018, s.78.

³² “Mehaz Kanunu tetkik eden müellifler bu madde hükmünü (Mehaz K. 148) şiddetle tenkid ederler. Manzini'ye göre kanunun bu hükmü teknik bakımdan kusurludur ve kanun vâzu ne yapmak istediğini bilmeden böyle bir hüküm vaz'etmiş olmakla karışıklığa sebebiyet vermiştir. ... Bu tenkid kanunumuz için de varittir” (Faruk Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel hükümler**, C.II, Seçkin, Ankara 1993, s.1193).

tanımında, fiilin gerçekleştiriliş şekillerine yer vermemektedir³⁵. Suç, sadece “*bir kimsenin diğerini özgürlüğünden yoksun bırakması*” ya da “*bir kimsenin diğerini gayrimeşru surette özgürlüğünden yoksun bırakması*” şeklinde tanımlanmıştır. 1889 İtalyan CK. (m. 146), 1921 Arjantin CK. (m. 141), 1930 İtalyan CK. (m. 605), 1936 Küba Sosyal Savunma Kanunu (m. 170/A), 1968 Bulgar CK. (m. 142), Danimarka CK. (m. 261), 1969 Polonya CK. (m. 165), 1997 Polonya CK. (m. 189), 1996 Rus CK. (m. 126), ve 765 sayılı mülga TCK (m. 179) bu sistemi kabul etmiştir³⁶.

Diğer sistemde ise, özgürlükten yoksun bırakma fiilinin hangi hareketlerle gerçekleşeceğine ilişkin ayrıntılara suçun tanımında yer verilmektedir³⁷. Fransız Ceza Kanunun 224-1. maddesinde suç tipi “*bir kimse, kanunun öngördüğü durum ve yetkili otoritenin emri olmaksızın, bir başkasını hapseder, alıkoyar, kaçıır veya yakalarsa*” ifadesiyle tanımlanmıştır. Bu sistemden etkilenen 1981 İsviçre CK. (m.183/1), 1987 Alman CK. (m.239/1)³⁸, 1974 Avusturya CK. (m.99/1), 1886 Portekiz CK. (m.330), 1867 Belçika CK. (m.434), 1950 Yunanistan CK. (m.325), 1940 Brezilya CK. (m.148), 1948 Romanya CK. (m.492), 1995 İspanya CK. (m.163) düzenlemelerinde ise, fiilin bazı işleniş şekilleri vurgulandıktan sonra, ayrıca herhangi bir şekilde özgürlükten yoksun bırakma suçunun işlenebileceği belirtilmiş ve sonuçta birinci sistemle birleşmişlerdir³⁹.

Önemli olan, mağdurun özgür iradesiyle verdiği karara uygun olarak hareket edebilme imkânının yok edilmesi olduğundan, doktrinde her iki sistemde de sonucun değişmeyeceği belirtilmiştir⁴⁰. Buna göre, mağdurun bulunduğu yeri terk

³⁵ Önder, Özel Hükümler, s.26.

³⁶ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A.Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. Bs. Adalet, Ankara, 2013, s.369.

³⁷ Önder, Özel Hükümler, s.26.

³⁸ Alman Ceza Kanununun 239. maddesi kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu, 13 Kasım 1998 değişikliğinden sonra, “*her kim, bir insanı hapseder veya başka bir şekilde hürriyetinden yoksun kılarsa*” cümlesiyle tanımlamıştır. Bkz. Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu**, (Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük), 1. Bs., Beta, İstanbul 2009.

³⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.370.

⁴⁰ Önder, Özel Hükümler, s.26.

edebilme imkân ve yeteneği, gerçekleştirilen fiil sonucunda ortadan kaldırılmışsa bu suç oluşacaktır⁴¹.

Suçun temel şekli, eski TCK'nın 179. maddesinin birinci fıkrasında “*bir kimse diğer bir kimseyi gayrimeşru surette kişi hürriyetinden mahrum ederse*” şeklinde tanımlanmıştı. Doktrinde, eski kanundaki bu ifadenin çok yalın olduğu ve tanımda fiilin gerçekleştiriliş şekillerine yer verilmediği eleştirisi yapılmıştır⁴². Kanundaki soyut ifadeye⁴³ karşılık Yargıtay bu dönemde verdiği bir kararında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu “*failin başkasının istediği gibi karar verme ve hareket etme serbestisini, haksız bir şekilde, uzun veya kısa süreli olarak ortadan kaldırmak fiil ve hareketleri*” olarak tanımlamıştır⁴⁴.

Yeni TCK'nın 109. maddesinin 1. fıkrasında ise suç tipi “*bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımla suçun unsurlarının daha açık bir hale getirilmiş olması, ceza hukukunun güvence fonksiyonunu yerine getirebilmesi bakımından “belirlilik ilkesine” (*nulla poena sine lege certa*) uygun bulunmaktadır⁴⁵.

Bu suç tipinin eski TCK döneminde “hürriyeti tahdit”, “hürriyetten mahrum etme”, “kişiyi hürriyetinden mahrum bırakma”, “hürriyetten mahrumiyet”, “özgürlüğü daraltma”, “özgürlüğü sınırlama” ya da “kişi hürriyetini kısıtlama” olarak, yeni TCK döneminde ise genellikle madde başlığında yer alan “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” veya “kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma” suçu olarak adlandırıldığı görülmektedir. Biz genel terim olarak “hürriyet” yerine yeni

⁴¹ Rosenfeld, E. H. Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit, VD. BT.V/385 vd.,460’dan naklen (Önder, Özel Hükümler, s.26).

⁴² Önder, Özel Hükümler, s.25.

⁴³ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/ Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 17. Bs. Adalet, Ankara 2018 s.359.

⁴⁴ Yargıtay C.G.K. 08.10.1979 tarih ve 8/312-446 sayılı kararı için bkz. Çağlayan, M.Muhtar, **Türk Ceza Kanunu**, 3. Bs., C: II, Yetkin, Ankara Tarihsiz, s.413.

⁴⁵ İlhan Üzülmmez, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XI, S: 1, 2, Y: 2007, s.1184.; Artuk/Gökçen/Alşahin/ Çakır, Özel Hükümler, s.358 vd; Özgenç, Genel Hükümler, s.127; Belirlilik ilkesi (*nulla poena sine lege certa*) hakkında bkz. Erem/Danışman/Artuk, s.99; Bernd Heinrich, (Editör:Yener Ünver), (Çev: Hakan Hakeri/ Yener Ünver/ Veli Özer Özbek/ Özlem Yenerer Çakmut/ Barış Erman/ Koray Doğan/ Ramazan Barış Atladı/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, 1.bs., Adalet, Ankara 2014, kn.28.

olması nedeniyle “özgürlük” sözcüğünü, suç tipini ifade etmek için de terim birliği açısından “kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma” ibaresini kullanmayı tercih ettik.

1.1.3. Özgürlüğe Karşı Suçların Sistematiği

1.1.3.1. Genel Olarak

Ceza kanununda yer verilen özel hükümlerin içeriğinin belirlenmesi, sadece bir “dogmatik hukuk” araştırmasıdır⁴⁶. Dolayısıyla “sistemlerin kurulması” ve belli bir suç üzerinde yapılacak bilimsel incelemenin sistematik çerçevesinde yapılması önem taşımaktadır. Suç sadece kanunu ihlal eden bir fiil (hukuk varlığı) değil, aynı zamanda bir insan fiilidir. Bu nedenle suçların gruplandırılması⁴⁷, yalnızca yasama tekniği yönünden değil, aynı zamanda bilimsel açıdan ve özellikle “sistematik yorum” açısından yararlıdır⁴⁸. Gruplandırma, özellikle bir ceza normunun anlam ve kapsamının saptanmasında, yorumlanmasında, yani normun uygulama alanının belirlenmesinde önem taşır⁴⁹.

Kanunun kitap, kısım ve bölümler şeklinde gruplara ayrılışı kanunun objektif iradesinin belirlenmesi bakımından çok önemlidir. Herhangi bir hükmün kanundaki yeri, başlı başına bir anlam ifade ettiğinden gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında sistematik yoruma büyük önem verilmektedir⁵⁰.

Özgürlüğe karşı suçlar, karşılaştırmalı hukukta çok farklı esaslara göre gruplandırılmakta; ceza kanunlarında bu suçların düzenlendiği bölümlere değişik isimler verilmektedir. Örneğin 1921 Arjantin, Kostarika, Peru, San Salvador,

⁴⁶ Nevzat Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, AÜHF, Ankara, Sevinç, 1970, s.4.

⁴⁷ “Suçların tasnifinde suçun manevi unsuru, saik, failin sıfatı, pasif süje, ceza, hareket ve sonuç, zaman ve yer, suçun maddi konusu, yasal tipe uygunluk ve suçun hukuki konusu gibi değişik ölçütlerin esas alınabileceği ileri sürülmüş; sonuçta yazarların büyük çoğunluğu maddi ve objektif bir ölçüt olarak suçun hukuki konusuna dayanan tasnifi benimsemiştir” (Toroslu, Cürümlerin Tasnifi, s.45 vd.); Bkz. Erem, TCK Şerhi Özel Hükümler, s.978 vd.; Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, 2003, s.823; “hukuki değerler, suçların tasnifinde başvuru yegane ölçüt olma özelliğini taşımaktadır” (Özgenç, Genel Hükümler, s.172).

⁴⁸ Heinrich, I, kn.146 ; “Kanunun sistematiğini tenkid etmek, doğru bulmamak mümkündür. Fakat kanun sistematiği ile, mer’idir” (Faruk Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel hükümler C.II, Seçkin, Ankara 1993, s.976); Toroslu, Cürümlerin Tasnifi, s.81.

⁴⁹ Ünver, Hukuksal Değer, s.820; Heinrich, I, kn.146.

⁵⁰ Erem/Danışman/Artuk, s.115.

Venezuela, İspanya, Polonya, Avusturya kanunlarında “özgürlüğe karşı suçlar”, 1937 İsviçre kanununda “özgürlüğe karşı suçlar veya kabahatler”, 1940 Brezilya, Fransa, Almanya kanunlarında “kişi özgürlüğüne karşı suçlar”, 1936 Küba kanununda “kişisel haklara karşı suçlar”, 1996 Rusya kanununda “kişi özgürlüğü, onur ve haysiyetine karşı suçlar” başlıklarına rastlanmaktadır. Bazı ülkeler ise anayasalarında öngörülen temel haklarla ilgili başlıklara ceza kanunlarında da yer vermektedirler. Örneğin, Şili kanununda “Anayasada güvence altına alınan hakları ihlal eden suçlar ve kabahatler”, Ekvator, Paraguay kanunlarında “Anayasanın korumasındaki özgürlüklere karşı işlenen suçlar” başlıklarına rastlanmaktadır⁵¹.

Ceza kanunlarının kapsam ve sistematığı, özgürlüklere karşı işlenen fiiller bakımından farklılık göstermektedir. Alman Ceza Kanununun “özel hükümler” kısmında öncelikle devlete, anayasal organlara, kamu düzenine karşı işlenen suçlara, cinsel suçlara, yer verildikten sonra on altıncı bölümde “hayata karşı suçlar” ve on yedinci bölümde “vücut dokunulmazlığına karşı suçlar” düzenlenmiştir. On sekizinci bölümde ise “kişi özgürlüğüne karşı suçlar” başlığı altında sırasıyla, cinsel sömürme amacıyla insan ticareti (m.232), iş gücünü sömürme amacıyla insan ticareti (m.233), insan ticaretini teşvik (m.233a), insan yağması (m.234), adam kaldırma (m.234a), küçüğü sorumlunun elinden alma (m.235), çocuk ticareti (m.236), kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma (m.239), şantaj amacıyla insan kaçırma (m.239a), rehine alma (m.239b) cebir (m.240), tehdit (m.241) ve siyasi itham (m.241a) suçları yaptırım altına alınmıştır⁵². Böylece, fail tarafından başka bir kişi üzerinde fiziki hâkimiyet kurulması unsurunu içeren insan ticareti, yağma, şantaj, rehine alma gibi suçlar ile kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma tehlikesine düşürme maksadını içeren siyasi itham suçuna aynı bölümde yer verilmiştir. kamu görevlisinin özgürlüğü kısıtlaması ise otuzuncu bölümde “görev sırasında işlenen suçlar” başlığı altında yaptırım altına alınmıştır (m.345).

1997 tarihli Polonya Ceza Kanununun “özel bölümü”nde de önce insanlığa, barışa karşı suçlar, devlete karşı suçlar, yaşam ve sağlığa karşı suçlar düzenlenmiş, kamu güvenliğine karşı suçlar, trafik güvenliğine karşı suçlar ve çevreye karşı

⁵¹ Bkz. Önder, Özel Hükümler, s.1; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.331.

⁵² Yenisey/Plageman, s.303-318.

suçlardan sonra yirmi üçüncü başlık olarak “özgürlüğe karşı suçlar” a yer verilerek kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma (m.189), tehdit (m.190), şartlı tehdit ve cebir (m.191), bir hastanın izni alınmaksızın tıbbî bir müdahaleye tabi tutulması suçları yaptırım altına alınmıştır.

İsviçre Ceza Kanununun ikinci kitabında özel hükümlerin ilk başlığı “Yaşam ve vücut bütünlüğüne karşı” suçlardır. İkinci başlıkta “malvarlığına karşı suçlar”, üçüncü başlıkta “kişi onurunun, özel hayatının ve gizliliğinin ihlali suçları” düzenlendikten sonra, dördüncü başlıkta “özgürlüğe karşı suçlar ve kabahatler” başlığı altında, tehdit (m.180), cebir (m.181), zorla evlilik ya da eşcinsel birliktelik (m.181a), cinsel sömürme amacıyla insan ticareti (m.182), haksız hapsedilme ve kaçırılma (m.183), suçun nitelikli halleri (m.184), rehine alma (m.185) suçları düzenlenmektedir. Küçüklerin kaçırılması suçu ise altıncı başlıkta “aileye karşı suçlar ve kabahatler” olarak yer almıştır.

1994 Fransız Ceza Kanununun “kişilere karşı suçlar ve kabahatler” başlıklı ikinci kitabında öncelikle “insanlığa karşı suçlar”, “yaşama ve vücut bütünlüğüne karşı suçlar”, “kişinin fiziksel ya da ruhsal bütünlüğüne karşı suçlar”, “cinsel saldırı suçları” düzenlenmiştir. İkinci kitabın dördüncü bölümünde “kişisel özgürlüklerin ihlalleri” başlığı altında “kaçırma ve hukuka aykırı kısıtlama” suçuna (m.224-1) ve suçun nitelikli hallerine (m. 224-2, 224-3, 224-4, 224-5) yer verilmiştir. Fransız Ceza Kanununun üçüncü kitabında “malvarlığına karşı suçlar ve kabahatler”, dördüncü kitabında ise “ulusa, devlete ve kamu barışına karşı suçlar ve kabahatler” arasında kamu görevlisi tarafından işlenen “kişisel özgürlüklere karşı suçlar” düzenlenmiştir.

Avusturya Ceza Kanunun⁵³ özel kısmında öncelikle yaşama ve vücut bütünlüğüne karşı suçlar düzenlenmiş, ardından üçüncü bölümde “özgürlükten yoksun bırakma” (m.99), akıl hastası ya da savunmasız kişinin cinsel amaçla kaçırılması (m.100), reşit olmayan şahsın cinsel amaçla kaçırılması (m.101), cebir, ciddi tehdit ya da hile kaçırma (m.102), yabancı kuvvetlere yollama (m.103), kölelik (m.104), insan ticareti (m.104a), cebir (m.105), ağır cebir (m.106), tehlikeli tehdit (m.107), aldatma (m.108) suçları düzenlenmiştir.

⁵³ (Çevrimiçi) <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm> (Erişim: 20.01.2019).

1995 İspanyol Ceza Kanununun “suçlar ve cezaları” başlıklı ikinci kitabında önce yaşam hakkına, bedensel zararlara yönelik suçlara yer verilmiş, “özgürlüğe karşı suçlar” adlı altıncı başlık altında “özgürlükten yoksun bırakma” (m.163), serbest bırakmak için koşul koyarak kaçırma (m.164) suçları ile suçun nitelikli halleri (m.165, 166) düzenlenmiştir. Suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi 167. maddede yaptırım altına alınmıştır. Ayrıca özgürlüğe karşı suçları işlemek için provokasyon, komplo yapılması ya da talepte bulunulması (m.168) ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. İzleyen maddelerde tehdit (m.169-171) ve cebir (m.172) suçlarına yer verilmiştir.

1996 Rusya Federasyonu Ceza Kanununun “özel bölüm”ünde ilk olarak “kişiyeye karşı suçlar” başlığı altında “insan yaşamına ve sağlığına karşı suçlar” ve ardı sıra 17. başlık olarak “kişi özgürlüğü, onur ve haysiyetine karşı suçlar” düzenlenmiş ve sırasıyla insan kaçırma (m.126), hukuka aykırı olarak özgürlüğün sınırlandırılması (m.127), insan ticareti (m.127.1), köle olarak çalıştırma (m.127.2), hukuka aykırı olarak bir akıl hastanesine yerleştirme (m.128) suçları yaptırım altına alınmıştır. Daha sonra kamu güvenliği ve kamu düzenine karşı suçlar, devlet gücüne karşı suçlar, insanlığın barış ve güvenliğine karşı suçlar düzenlenmiştir.

Suçların sistematığı bakımından Almanya ve Polonya ceza kanunlarında, devlete ve kamu düzenine karşı işlenen suçlara öncelik verilmiş olsa da, karşılaştırmalı hukukta genellikle önceliğin kişilere karşı suçlara verildiği ve bu kapsamda insanlığa karşı suçlar, yaşama ve vücut bütünlüğüne karşı suçlar ve cinsel saldırı suçlardan sonra kişi özgürlüğüne karşı suçlara yer verildiği gözlemlenmektedir.

Diğer taraftan kişisel özgürlükler kapsamında genellikle kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma, cebir, tehdit, konut dokunulmazlığının ve kişinin özel hayatının (haberleşme gizliliğinin ve sırrın) ihlali fiillerine, özgürlük aleyhinde işlenen suçlar arasında yer verilmiştir. Bu açıdan da kanunların kapsam ve sistematığı farklılık göstermektedir. Örneğin, bu suç tiplerine 1871 Alman Ceza Kanununun ayrı bölümlerinde, 1933 Danimarka Ceza Kanununun birbirlerini izleyen bölümlerinde,

1961 İsveç Ceza Kanununun ise aynı bölümü içersinde yer verildiği görülmektedir⁵⁴.

1.1.3.2. Türk Ceza Kanununda Sistematiik

765 sayılı Türk Ceza Kanununun “Cürümler” başlıklı ikinci kitabında, ilk olarak “Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler”, ikinci bapta ise “Hürriyet Aleyhinde İşlenen Cürümler” düzenlenmiştir. İkinci bapta “Şahıs Hürriyeti Aleyhinde Suçlar” başlıklı üçüncü fasılda kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu ve nitelikli halleri (m. 179-181) ile çocuğun alıkonulması (m.182) suçları yaptırım altına alınmıştır. Ayrıca eski TCK'nın “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler” babında yer alan “Kız ve Kadın ve Erkek Kaçırarak” suçları ile “Mal Aleyhinde Cürümler” babında yer alan “Yağma ve Yol Keskme ve Adam Kaldırarak” suçları içersinde de kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma fiiline yer verilmiştir.

Eski TCK'da önce devlete ve kamuya ait varlıklara karşı suçların, daha sonra kişiye ait varlıklara karşı suçların düzenlenmiş olması doktrinde eleştirilmiş, suçla saldırıya uğrayan hukukî varlıkların tespitinde ve tasnifinde esas alınan sistemin değiştirilerek tersine çevrilmesinin daha uygun olacağı söylenmiştir⁵⁵. Yine eski TCK'da “Hürriyet Aleyhine Cürümler” bölümünde yer alan “hürriyeti tahdit”, “insan ticareti”, “cebir kullanma”, “tehdit”, “konut dokunulmazlığını ihlal”, “sırrın dokunulmazlığı” gibi suçların çağdaş sistematiik ilkelere uygun biçimde “kişilere karşı suçlar” bölümünde düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir⁵⁶. Ceza kanunlarının

⁵⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.331.

⁵⁵ “İtalyan Ceza Kanununun ön projesi hakkındaki raporda, siyasî bakımdan teşkilatlanmış bir toplumda düşünülebilen en büyük varlığın devlet olduğu ve bu varlığı himaye eden normlara öncelik tanındığı ifade edilmektedir. ... şahsa karşı cürümlere ilişkin hükümler dikkatle tetkik edildiğinde, bu hükümlerin kanunun diğer baplarında yer alan hükümlere nazaran pek çok halde genel norm karakterine sahip bulundukları görülür. Bu iki grup norm arasında bir genellik - özellik münasebeti mevcuttur” (Toroslu, Cürümlerin Tasnifi, s.305); 765 sayılı TCK'nın mehzasını oluşturan 1889 İtalyan Ceza Kanunu'na yönelik benzer eleştiriler için bkz. Çetin Özek, Türk Ceza Kanununa göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri, **İÜHF**, C. XXIX, S.4, s.967; Çetin Özek, Siyasi Hürriyet Aleyhinde Cürümler, **İÜHF**, C.41, S.1-2, 1975, s.26; Erol Cihan, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Açısından Kişi ve Mala Karşı Cürümlerin 50 Yılı ve Geleceği, **İHÜFM** 42. 1-4 (2011), (s.119-152), s.130.

⁵⁶ Cihan, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku, s.131.

özel kısımlarında, önce kişilere karşı suçlara yer verilmesi, doktrinde kişiye verilen önemin vurgulanması ve bir yenilik olarak değerlendirilmiştir⁵⁷.

Doktrindeki eleştiriler göz önünde tutularak, yeni TCK'da suçların sistematigi bakımından karşılaştırmalı hukukta Fransa, Avusturya, İspanya ve Rusya gibi ülkeler tarafından kabul edilen ve önceliği kişilere karşı suçlara tanıyan sistem benimsenmiştir⁵⁸. 5237 sayılı TCK'nın “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabının birinci kısmında “Uluslararası Suçlar” kapsamında soykırım, insanlığa karşı suçlar, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (m.76-80) suçlarına öncelik verilmiştir. İkinci kısımda ise “Kişilere Karşı Suçlar” başlığı altında “Hayata Karşı Suçlar”, “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar”, “İşkence ve Eziyet”, “Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali”, “Çocuk Düşürme, Düşürme veya Kısırlaştırma”, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” bölümlerine yer verilmiş ve yedinci bölümde “Hürriyete Karşı Suçlar” düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK'nın “Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler” başlıklı babında düzenlenen bazı suçlara yeni kanunun aynı bölümünde yer verilmemiş, bunlar başka bölümlerde düzenlenmiştir⁵⁹. 765 sayılı TCK'nın temel hak ve özgürlükler açısından getirdiği koruma, 1982 Anayasasında güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere göre daha dardı. Eski Kanun, ekonomik ve sosyal hak ve özgürlükler açısından son elli yılda ortaya çıkan gelişmelere ayak uyduramamış ve dolayısıyla koruma sistemi oldukça yetersiz kalmıştır. Çünkü klasik liberal özgürlük anlayışının etkisinde kalan 765 sayılı TCK'nın mehazı olan 1889 İtalyan Ceza Kanunu, özgürlüğün ihlalini, bireylerin karşılıklı olarak birbirlerinin doğuştan var olan haklarına tecavüz etmeleri olarak anlamıştır⁶⁰. 19. yüzyıldan itibaren ortaya

⁵⁷ Ünver, Hukuksal Değer, s.824.

⁵⁸ Hafızogulları/Özen'e göre ise “Tabii hukuk düşüncesinin ürünü 765 sayılı TCK suçun hukuki konusu esas olmak üzere, hürriyete karşı suçları, kişi ile içselleştirmeden, liberal demokratik Devlet düşüncesine uygun olarak, bağımsız bir kimlik altında tasnif etmiştir. 5237 sayılı TCK'nın Hürriyete karşı suçların bu temel özelliğini ortadan kaldırmıştır” (Zeki Hafızogulları/ Muharrem Özen, Hürriyete Karşı Suçlar, **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan**, C.II, Turhan, Ankara 2010, s.2711).

⁵⁹ 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK hükümlerinin karşılaştırılması hakkında bkz. Gökçen, Hürriyete Karşı Suçlar, s.2767 vd.

⁶⁰ Özek, Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri, s.952; Toroslu, Cürümlerin Tasnifi, s.317; Yüksel Ersoy, **Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1973, s.43.

çıkan, ekonomik ve sosyal hak ve özgürlükler biçimindeki yeni temel hak ve özgürlükler sistemi gerek 1961 gerekse 1982 Anayasalarında söz konusu haklar anayasa ile güvence altına alınmış olmasına rağmen, yasa koyucu bu gelişmelerin gerisinde kalmış; Ceza Kanununda gereken değişiklikler gerçekleştirilememiştir⁶¹.

Yeni TCK'da "Hürriyete Karşı Suçlar" başlıklı yedinci bölümün, "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısımda düzenlenmiş olması da klasik liberal özgürlükçü anlayışın bir göstergesidir. Anayasanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin sistemi doğrultusunda oldukça geniş bir özgürlüğe karşı suçlar listesi oluşturulması Kanunun özgürlükçü yanını ortaya koymaktadır. Artık, sadece bireyin doğuştan sahip olduğuna inanılan, vicdan özgürlüğü, düşünce özgürlüğü, kişi dokunulmazlığı gibi klasik özgürlükler değil, toplumsal yaşamın bir sonucu olarak ortaya çıkan, sendikal faaliyetler, eğitim hakkı, dilekçe hakkı, basın özgürlüğü gibi kolektif özgürlükler de etkin şekilde koruma altına alınmıştır⁶².

"Hürriyete Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenen suçlarda "özgürlük" ya tek başına ya da öncelikli olarak cezai korumanın konusunu oluşturmaktadır. Kanun koyucu başka bir hukuksal değerın öncelikli olarak korunduğı diğer özgürlüğe karşı suçlara ise başka bölümler içinde yer vermiştir. Özgürlüğe yönelik saldırı, bir başka hukuksal değerin ihlalinde araç ise, suç öncelikli olarak korunan bu hukuksal değeri esas alınmak suretiyle düzenlenmektedir. Örneğın, insan ticareti suçu ile de mağdurun özgürlüğü sınırlanmakta iken, bu fiilin öncelikli olarak ulusal ve uluslararası toplum düzenine verdiği zarar göz önünde bulundurularak uluslararası suçlar arasında bağımsız olarak düzenlenmesi uygun görülmüştür⁶³.

765 sayılı TCK'da yer verilen yağma suçunda zilyetlik ve mülkiyetin yanı sıra kişi özgürlüğü de korunmaktaydı. Ancak özgürlüğün ihlali esasen malvarlığına

⁶¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.467; Erem'e göre, 1889 tarihli eski İtalyan Ceza Kanunundan aynen tercüme edilmiş olan 765 sayılı TCK, yapıldığı devirde yürürlükte bulunan batı ülkelerinin Ceza Kanunlarına göre bir ilerleme olarak değerlendirilebilir. Kanunda "Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler"ın bağımsız bir bab altında toplanmış olması ve "Siyasi Hürriyet Aleyhinde Cürümler"ın düzenlenmiş olması kanuna tam anlamıyla ile demokratik bir görünüm vermektedir. Öte yandan bazı değişiklikler sonucunda TCK tutarsız hale gelmiş ve kanunda antidemokratik hükümlere rastlanır olmuştur. Kanunun özellikle "insanlığa karşı işlenen suçlar" bakımından yenilenmesi gerekmektedir. Bkz. Faruk Erem, **Hürriyet ve Suç**, Ankara, 1952, s.8-10; Ersoy, s.43.

⁶² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.337; Tezcan/Erdem/Önok, s.466.

⁶³ Tezcan/Erdem/Önok, s.467.

yönelik fiil bakımından bir araç olarak değerlendirildiğinden, yağma suçu malvarlığına karşı suçlar arasında düzenlenmişti⁶⁴. Yine eski TCK'da kız, kadın ve erkek kaçırma ve alıkoyma suçları ile korunan hukuksal değer karma nitelikteydi. Kaçırılan veya alıkonanın hem kişi özgürlüğünü hem de cinsel özgürlüğünü ihlal eden bu fiillerin aynı zamanda küçüğe karşı işlenmesi durumunda, küçüğün ailesine karşı işlenmiş bir suç niteliği de bulunmaktaydı. 765 sayılı TCK bu suçlarda failin “şehvet hissi veya evlenme maksadını” göz önünde tutmuş ve bu niteliğe üstünlük tanıyarak suç tipi kanunun “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler” babında düzenlenmişti.

Karşılaştırmalı hukukta bu suçların düzenleniş yerinin çok farklılık gösterdiği ve değişik sistemlerin bulunduğu görülmektedir: 1- Küçük mağdurlar bakımından (a) bazı kanunlar, kaçırma ve alıkoyma suçunu küçüğün ailesine karşı ya da ailesinin iradesine karşı işlenmiş bir suç olarak görürken, (b) diğer bazı kanunlar, mağdur küçük olsa dahi bu suçu kişi özgürlüğüne karşı işlenmiş bir suç olarak görmekte ve ayrıca mağdurun küçük oluşunu suçun nitelikli hali olarak kabul etmektedirler (Hollanda, Arjantin, Şili, Paraguay). (c) Bazı kanunlar ise bu suçu kamu gücüne karşı işlenmiş bir suç olarak değerlendirmektedirler (Eski Avusturya Kanununda benimsenen bu sistem terk edilmiştir. Yeni Avusturya Kanununda bu suç kişi özgürlüğüne karşı işlenen suçlar arasında düzenlemektedir). 2- Mağdurun reşit olması durumunda fiil (a) bazı kanunlarda genel adaba karşı işlenen suçlar arasında düzenlenirken (Yunanistan, İspanya), (b) diğer bazı kanunlarda, yaş ayırımı yapılmadan özgürlüğe karşı işlenen suçlar arasında değerlendirilmektedir (İsviçre, Avusturya, Almanya), (c) Son olarak bu suçların aile düzenine karşı işlenmiş suçlar olarak düzenlendiğine de rastlanmaktadır⁶⁵.

765 sayılı TCK'nın sistemi failin saikini ön planda tutmuş ve dolayısıyla kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma fiilinin maddi bir yarar sağlama saikiyle işlenmesini malvarlığına karşı bir suç olarak (765 s. TCK m.499), “şehvet hissi veya evlenme” saikiyle gerçekleştirilmesini ise genel adap ve aile düzenine karşı

⁶⁴ Sulhi Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 16. Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2001, s.428; Ünver, Hukuksal Değer, 109; “Nitekim yağma suçunda mülkiyet, inanç ve kişisel özgürlük bir aradadır; fakat mülkiyet hepsinden ön plandadır” (Ünver, Hukuksal Değer, s.109).

⁶⁵ Önder, Özel Hükümler, s.551 vd.

bir suç olarak kabul etmiştir. Oysa karşılaştırmalı hukukta yeni kanunların eğilimi, bu suçları kişi özgürlüğüne karşı işlenmiş bir suç olarak görme doğrultusundadır ve failin saiki de nitelikli hal olarak kabul edilmektedir⁶⁶. Yeni TCK'nın benimsediği sistem de bu yöndedir.

1.2. KİŞİYİ ÖZGÜRLÜĞÜNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

Ceza Hukukunda özgürlüğe karşı işlenen suçların bağımsız birer suç konusu haline gelişi nispeten yenidir. Kişi özgürlüklerinin ihlaline tarihin her devrinde rastlanmakla birlikte, özgürlüğü insanın doğal haklarından sayan doğal hukuk doktrini ve temel hak ve özgürlüklere biçim veren insan hakları belgelerinin etkisi kendini özellikle ceza hukukunda hissettirmiştir. Bu nedenle, özgürlüğe karşı suçlar uzun bir düşünce tarihinin verimi sayılmaktadır⁶⁷.

1.2.1. Antik Dönem

İlkel ceza hukuku döneminde, zarar verici fiil ve harekete karşı uygulanan cezalar genellikle ölüm, sakat bırakmak, bedeni acı çektirmek gibi cismani cezalar olmakla birlikte, sürgün ve para cezasının yanı sıra kölelik cezası da söz konusu olmaktadır. Suçlu kamunun bir tür düşmanı olarak görülür, onun hükümlü olarak hukuksuz, beden ve vatandaşlık varlığından yoksun bırakılması amaçlanır; onun malvarlığı ve çalışma gücü zarar görene hasredilirdi⁶⁸. Bu dönemde geçerli olan mülkiyetin kolektifliği ve kolektif sorumluluk gereği, kabileler arası *öcalma* hakkı sınırsızdı. Suçlunun toplumdan kovulması veya mağdurun ailesine teslim edilmesi, mağdurun kabilesinin intikamından korunmanın da bir yoluydu. M.Ö. 5. yüzyılda, Sümer kanunları öcalmanın sınırlandırılmasını amaçlamıştı. İlkel dönemde, *kısas* ve

⁶⁶ Önder, Özel Hükümler, s.552; Koca, Yağma Cürümleri, s.314-315.

⁶⁷ Erem, Hürriyet ve Suç, s.1.

⁶⁸ Krohne K., Lehrbuch der Gefaengniskunde, Stuttgart 1889, s.2 vd., Eisenhardt Thilo, Strafvollzug, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1978, s.13'den naklen (Timur Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, 2.Bs., Seçkin, Ankara 2008, s.93).

uyuşma kurumlarının kabul edilmesi adalet anlayışı ve barışın sürekliliği bakımından önemli bir adımdı⁶⁹.

Atina Mahkemeleri, vatandaşı onursuzluğa, köleliğe hükmetme cezalarını da uyguladılar. Sokrates'in yargılamasından, özgürlükten yoksun bırakma cezasının sadece köleler için geçerli olmadığı anlaşılmaktadır. Babil, Mısır, Yunan ve Romalılarda failin yargılanmasına ya da hükmün infazına kadar özgürlüğü bağlayıcı ceza da uygulanıyordu. Roma'da ödenmeyen borçlar nedeniyle, borçlunun zindanda tutulmasına ya da alacaklının kölesi olmasına karar verilirdi. Köle kişi değil eşya olduğundan, sahibi köleyi çalıştırabilir ya da öldürebilirdi⁷⁰.

Bu koşullarda kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun antik hukukta bulunmadığı ileri sürülmekte⁷¹ ise de benzer suçlara rastlanmaktadır. Sümerlerde (M.Ö. 4000 – M.Ö. 2000) çocuk çalmak veya çalana yataklık etmek, hatta özgür olmayan kimseleri kaçırmak ölüm cezasını gerektiriyordu⁷². Babil hükümdarı Hamurabi'nin (M.Ö. 2123- 2081) Ur hanedanına mensup Sümer hükümdarlarından Şulgi tarafından yazdırılan kanundan yararlanarak oluşturduğu Hamurabi Mecellesinin 41. maddesine göre, kanuna aykırı olarak bir kimsenin çocuğunu çalan kimse, ölümle cezalandırılırdı⁷³. Hititler (MÖ. 2000) adam kaldırma, çocuk ya da köle kaçırma fiillerini suç saymaktaydı, yaptırım olarak ise tazminat esası kabul edilmekteydi⁷⁴. İbranilerde (M.Ö. 1300) Tevrat, adam çalmayı suç olarak

⁶⁹ Kısas, bir zarara sebebiyet veren kimseye, aynı miktar ve yoğunlukta zarar verilmesini gerektiren; uyuşma ise öcalma hakkına sahip olan kişi ya da grubu bu hakkı kullanmaktan vazgeçirmek için belirli miktarda bedel (mal) verilmesini gerektiren kurumdur. Bkz. Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.I, 11. Bs., Beta, İstanbul 1999, kn.59 vd.

⁷⁰ Eisenhardt, s.16 vd.'den naklen (Demirbaş, İnfaz Hukuku, s.93); *Platon*, Sokrates'in Savunması, (Çev. Ali Şan), 1. bs., İstanbul, Cem yay., 2006, s.50.

⁷¹ Manfredo Pinto, *Sistema di Diritto Penale Italiano*, PS, Roma-Milano-Napoli, 1924, s. 154 ve dn.1'den naklen (Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.28).

⁷² Recai Galip Okandan, **Umumi Hukuk Tarihi Dersleri**, İstanbul, 1951, s. 115.

⁷³ Bkz. Recai Galip Okandan, "Hamurabi Mecellesi" **İÜHFİM**, C.17, S.1-2, 1951,s.283, 309.

⁷⁴ Hitit hukukuna göre, kasten özgür bir kimseyi öldüren fidye olarak dört kişi, kasten bir köleyi öldüren fidye olarak iki kişi vermekle sorumluydu. Suçun tedbirsizlikle işlenmesi durumunda, bu sorumlulukların yarısı söz konusu olmaktadır. Adam kaçırma suçlarında ise fidye olarak verilecek kişi sayısı artırılmaktaydı. Bkz. Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi*, s.206, 208. Hitit kanunlarına göre, baba, çocuklarına tamamen sahiptir ve gerektiğinde onları satabilir veya ölümüne sebep olduğu bir kimsenin yerine tazminat olarak verebilir. Bkz. Sedat Alp, *Hitit Kanunları Hakkında*, **AÜDTCFD**, C. 5, S. 5, 1947, (s.465-482), s.472.

düzenlemiş ve diğer hırsızlık suçlarından farklı olarak adam çalıp satan veya satmayıp yanında tutan kimsenin ölümle cezalandırılmasını öngörmüştür⁷⁵.

Atina hukukunda kız kaçırma suçu para cezası ile cezalandırılmaktaydı. Para cezası site hazinesi tarafından tahsil edilirdi, suçtan zarar görenin zararının karşılanması söz konusu değildi⁷⁶. Evli olmayan bir kadını kaçırmanın cezası -aynı zamanda cinsel saldırı fiili işlenmiş olsa dahi- yüz drahmi para cezasıydı⁷⁷.

Antik çağın son dönemlerinde 4. yüzyılda Hunlarda ve 5. yüzyılda Göktürklerde ceza hukuku, özel intikam alanından çıkmış ve kamu intikamı, kamu hukuku alanına girmiştir. Buna göre cezayı belirtip uygulayacak olan suçtan zarar gören kimse değil, devlettir⁷⁸. Eski Türklerde kız kaçırma fiili mali tazminatı gerektiren bir suçtu. Göktürklerde yabancı bir kızı kaçırarak, para cezası ve diyetle cezalandırılır, ayrıca o kızla evlendirilirdi. Bu fiil nedeniyle kız tarafına “savaş hakkı” doğar, ancak oğlan tarafının, kız evine bir “bağışlama veya kefarete parası” ödemesiyle, barış mümkün olabilirdi. Diyet olarak da değerlendirilen “kalın” müessesesi, kız kaçırarak boyun cezadan kurtulması için verilen maldır. Eski devirlerde kalın malı, öldürülen bir boy üyesinin diyeti gibi boyun ortak malı sayılıyordu. Boy mensupları tarafından ortaklaşa ödendiği gibi, kız için alınan kalın da ortaklaşa paylaşılıyordu. Türklerde kalın, genellikle taksitle ödenirdi. Fakat kız kaçırma suçunda “kalını peşin olarak ödeme” zorunluluğu getirilmiştir⁷⁹.

1.2.2. Roma Hukuku

Roma hukukunun ilk yazılı kaynaklarından olan XII levha kanunlarında (M.Ö.451-M.Ö.449) cezaya ilişkin hükümler oldukça büyük bir yer kaplamaktadır.

⁷⁵ Okandan, Umumi Hukuk Tarihi, s.189.

⁷⁶ Okandan, Umumi Hukuk Tarihi, s.293, 295.

⁷⁷ Evli bir kadınla gayrimeşru cinsel ilişki fiili ise, erkek için idam cezasını, kadın için boşanma ve çeyizinin kocasına bırakılmasını gerektiriyordu. Sadri Maksudi Arsal, **Umumi Hukuk Tarihi**, İstanbul Üniversitesi, Üçüncü Tabı, İstanbul 1948, s.121.

⁷⁸ Bkz. Coşkun Üçok/ Ahmet Mumcu/ Gülnihal Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.32.

⁷⁹ Feda Şamil Arık, Eski Türk Ceza Hukukuna Dair Notlar–I. **AÜDTCFD**, C:17, S: 28, 1995, s.23.

Bunun nedeni, bütün eski hukuk sistemlerinde olduğu gibi, teamülün yarattığı ağır cezaları hafifletmek ve diyet usulünü zorunlu hale getirmek eğilimidir⁸⁰.

Roma ceza hukuku bir kimsenin mensup olduğu sosyal durumuna göre sahip bulunduğu hak ve ayrıcalıklarının tanınmamasının yanı sıra, bir vatandaşın bir kimse tarafından hapsedilmek suretiyle kişisel özgürlüğünden yoksun bırakılmasını da suç saymıştır. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun hukuki niteliği, kısmen *crimen vis* kısmen de *iniuria* suç olarak kabul edilmiştir⁸¹.

Roma hukukunda *iniuria*, geniş anlamda, haklı olmayan şeyleri (*quod non iure fit*), bir kişi aleyhine yapılan haksız ve yolsuz fiilleri ifade eder. Bir kişinin doğrudan şahsına, özgürlüğüne ya da şerefine yönelen fiiller bu kapsamdadır ve para cezasına mahkûmiyeti gerektirmektedir⁸². Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma fiilinin ilk kez *iniuria* olarak cezalandırılan bir suç olarak kabulü XII levha kanunlarına değil, daha sonraki dönemde M.Ö. 2. yüzyıldan itibaren ortaya çıkan, şahsın şeref ve şöhretine yapılan tecavüzleri cezalandıran praetor'un "*ne quid infamandi causa*"ya dair beyannamesine dayanmaktadır⁸³. Roma Cumhuriyeti (M.Ö. 509- M.Ö. 27 yıllarında antik roma uygarlığı) döneminde M.Ö. 3. yüzyıldaki metinlerde, *sui iuris* (özgür) ya da *alieni iuris* (aile reisin, egemenliği altında bulunan) bir kimsenin kaçırılması *iniuria* olarak nitelendirilmektedir⁸⁴. Cumhuriyet döneminde erkeklere yönelik cinsel saldırı ve kaçırma fiilleri suç kabul edilmiş, bunlar hakkında çok ağır para cezaları öngörülmüştür⁸⁵. Klâsik hukukçu *Ulpianus'un* (M.S. 170- 228) devrinde ve I. Konstantin (M.S. 272- 337) döneminde

⁸⁰ Ziya Umur, **Roma Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1974 , s.199.

⁸¹ Okandan, Umumi Hukuk Tarihi, s.471; M. Emin Artuk: "Hürriyeti Tahdit Cürmü", **Halid Kemal Elbir'e Armağan**, İstanbul, 1996, s.49; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.357.

⁸² Richard Honig, **Roma Hukuku**, (çev. Şemseddin Talip) İstanbul Üniversitesi, İkinci Tabı, İstanbul 1938, s.288.

⁸³ Bkz. Bülent Tahiroğlu, **Roma Hukukunda Iniuria**, İstanbul, 1969, s.114, 265.

⁸⁴ Köleye karşı saldırılar ise malikine yapılmış sayılırdı. Eğer köle fiziksel bir zarar görmüşse mala yapılmış bir saldırı olarak, hakarete uğramışsa malike yapılmış hakaret olarak değerlendirilir ve haksız fiil işleyene karşı gerekli davayı, bizzat malik açardı. Malikin kendi kölesine zarar vermesi ise haksız fiil değildi, zira malik kölesi üzerinde sınırsız tasarruf hakkına sahipti. Bkz. Umur s.365; Tahiroğlu, edebi metinlerden hareketle *iniuria* kavramının -haksızlığı ve adaletsizliği ifade etmek üzere- genişlemesinin bir sonucu olarak özgürlükten yoksun bırakma suçunun da bu kapsamda kabul edilmiş olmasını eleştirmiştir. Bkz. Tahiroğlu, s.109.

⁸⁵ Okandan, s.476.

de insan onuruna yönelik saldırılar kapsamında kişi özgürlüğüne karşı fiiller *iniuria* olarak kabul edilmiştir⁸⁶.

Bazı fiiller bakımından bir kimseye karşı maddi veya manevi cebir ve şiddet kullanarak onun bir şey yapmaya veya yapmamaya/ iradesine aykırı hareket etmeye veya etmemeye zorlanması cebir suçları (*crimen vis*) kapsamında değerlendirilmiştir. Ayrıca bu fiilde cebir ve şiddetin silahla gerçekleştirilmesi daha ağır cezayı gerektirmektedir⁸⁷. Kişinin hareket özgürlüğünün sınırlanması, kamusal gücün gasbı olarak değerlendirilmiş ve kamusal cebir (*publica violentia*) ile ilgili bir suç başlığı altında yaptırım altına alınmıştır. Kişi özgürlüğünün sınırlaması sadece krala özgü bir yetki olarak kabul edildiğinden, bu suçun faili hakkında ölüm cezası da uygulanmıştır⁸⁸. Roma ceza hukuku imparatorluk döneminde, I. Konstantin emirnamelerinde cinsel suçlar kapsamında kız ve kadın kaçırma suç sayılmış ve ölüm cezası yaptırımını kabul edilmiştir. Bu suçlarda failin kaçırdığı kadınla evlenmek istemesi ya da kaçırılan kadının rızasının bulunması cezadan kurtulmasını sağlamazdı. Ancak kaçırılan kadının babası, anası veya diğer akrabasının bu fiile rıza göstermesi cezaya engel olabilirdi. Yine suç nedeniyle 5 yıl içinde cezai takibat yapılmamış olması durumunda da artık ceza verilemezdi⁸⁹. İmparator *Zenon* döneminde, bir kimsenin bir başkasını gözaltında tutması yine devlete karşı bir suç sayılarak ölüm ve mal varlığının müsadereci cezası kabul edilmiştir. İmparator *Justinyanus* (M.S. 527-565) döneminde ise, failin, kendiliğinden hakkını doğrudan yerine getirmek için borçluyu özgürlüğünden yoksun bırakması durumunda ceza kısmen hafifleterek hapis cezası uygulanmıştır⁹⁰.

⁸⁶ Tahiroğlu, s.108, 243.

⁸⁷ Okandan, Umumi Hukuk Tarihi, s.471; M. Emin Artuk, Hürriyeti Tahdit Cürmü, in: **Halid Kemal Elbir'e Armağan**, İstanbul 1996, s.49.

⁸⁸ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.29.

⁸⁹ Okandan, Umumi Hukuk Tarihi, s.478.

⁹⁰ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.29.

1.2.3. İslam Hukuku ve Osmanlı Hukuku

İslam hukukunun temel kaynağı olan Kuran'da ceza hukuku ayrı bir bölüm olarak yer almamış olsa da, suç ve ceza konuları hukukçular tarafından “ukubat” adı altında sınıflandırılmıştır. İlk grupta yer alan, Kuran'da gösterilmiş olan hırsızlık, zina, kazif (zina iftirası), yol kesme, irtidat (İslam dinini terk etme) gibi *had* cezasını gerektiren suçlar, Allah'a karşı işlenmiş olarak kabul edildiğinden, kural olarak suçtan zarar görenin şikâyetinde bulunması aranmaz⁹¹. Ancak, zina ve hırsızlık suçlarında şikâyet ve talep zorunludur. İkinci grup, kişi haklarına yönelik olan, *kıyas ve diyet* cezasını gerektiren suçlardır. İnsanın canına, malına ve ırzına yönelik fiiller bu kapsamda yer almaktadır. Bu iki grupta yer alan suçlar bakımından cezaların miktarı belirlenmiş olduğundan, cezada artırım veya indirim yapılması da mümkün değildir⁹².

Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçu ise, hakkında ayet ve hadis gereği herhangi bir hükmün bulunmadığı, ceza takdirinin hâkime bırakıldığı taziren cezalandırılan fiiller gurubunda yer almaktadır⁹³. Bu grupta hem Allah'a karşı işlenmiş olarak kabul edilen, hem de kişiye karşı işlenen fiiller vardır⁹⁴. Tazir cezasını gerektiren suçlar ve cezaları İslam hukuku kaynaklarında gösterilmiş olmamakla beraber, kişilere veya kamuya zarar verdikleri için ulümler tarafından cezalandırılan fiiller olarak ifade edilmektedir. Tazir suçlarının düzenlenmesi zamanın yasama organına bırakılmıştır⁹⁵. Bu grupta yer alan suçlar bakımından

⁹¹ Ahmed Akgündüz, **İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı**, C:1, Kamu Hukuku, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011, s.513.

⁹² Akgündüz, s.533; İlhan Akbulut, **İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar**, **AÜHFD**, C: 52, S:1, 2003, s.167 vd.

⁹³ Tazir cezalarının, Kuran'da belirlenmiş olan had cezalarını aşamayacağı öne sürülmüştür. Bu konudaki tartışmalar hk. Bkz. Abdurrahman Maliki, **İslâm Hukukunda Ceza**, 1.bs., 2002, s.279 vd.

⁹⁴ Akgündüz, s.537.

⁹⁵ Akgündüz, s.514; Avcı, s.159; “Kaçırarak: 1- Erkek olsun kadın olsun bir kişiyi hile veya zorla kaçırıp bir yere götüren, üç gün içerisinde de geri dönmeyen herkes; kaçırılan kadının kocası varsa veya kaçırılan erkek henüz buluğa ermemişse, kaçırma eylemi her ikisinin de rızası ile veya zorla yapılmış olsa da beş yıla kadar hapisle cezalandırılır. Kaçırılan erkek buluğa ermiş, kadının da kocası yoksa her ikisine de zorla ya da namusu bozarak saldırıda bulunulmamışsa üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak saldırıda bulunmuş olmasına rağmen saldırı, şer'i beyyinelerle sabit değilse, fakat doktorun veya ebenin vereceği raporla sabit oluyorsa on beş yıla kadar hapis, sopa ve sürgün cezası ile cezalandırılır. Ancak kaçırılanı üç gün içerisinde bırakmış ve kötü bir fiilde de bulunulmamışsa bir yıla kadar hapis ile cezalandırılır.

failin ve fiilin niteliğine göre cezanın bireyselleştirilmesi imkânı bulunduğu gibi, sulh ve affin uygulanması da mümkündür⁹⁶.

Osmanlı'da Tanzimat dönemi öncesinde, İslâm hukuku hükümleri uygulandığından, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu tazir cezasını gerektirmekteydi. Yaptırım olarak hapis cezası uygulanmıştır⁹⁷.

1810 Fransız Ceza Kanununun aynen tercümesi sayılabilecek 1858 Ceza Kanunname-i Hümayununun ikinci babının dördüncü faslında “hürriyeti tahdit, çocuk ve kız kaçırma” suçları düzenlenmiştir⁹⁸. Fransız Ceza Kanununun 341. maddesinin karşılığı olan Ceza Kanunname-i Hümayununun 203. maddesinin 1. cümlesinde “hükümetin emri olmaksızın ve kanun ve nizamların tayin ettiği usuller dışında bir şahsı hapis ve tevkif eden veya rehin alan kimsenin 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezasıyla” cezalandırılmasını düzenlenmiştir⁹⁹. Maddenin 2. cümlesinde ise “hapis ve tevkif olunan veya rehin alman kimsenin saklanması için bilerek yer gösteren kimsenin” cezalandırılacağı öngörülmüştür. Fransız Ceza Kanununun 344. maddesinin karşılığını oluşturan 204/1. maddesine göre “hürriyeti tahdit, memur kıyafetine girerek veya sahte hüviyet beyan ederek veya sahte emir göstererek gerçekleştirilmişse” fail cezalandırılır¹⁰⁰. Ayrıca 204/2. maddesinde kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun mağdurunu ölümle tehdit eden ya da ona

2- Evlenmek maksadı ile bir kadını zorla kaçıran kimse beş yıla kadar hapis ile cezalandırılır. Eğer kızın rızası ile kaçırılmış ve şer'i akitle evlenmişlerse kaçırma suçundan dolayı altı aya kadar hapisle cezalandırılır. Eğer evlenmemişse ve ilişkide de bulunmamışsa bir yıla kadar hapisle cezalandırılır. Fakat bir olay vuku bulmuşsa, ikrar veya şer'i beyyine ile sabit olmayıp doktor raporu veya ebenin tespiti ile sabit ise on beş yıla kadar hapisle cezalandırılır” (Maliki, s.328 vd).

⁹⁶ Akgündüz, s.533; Tazir sözcüğü yasaklamak, cezalandırmak, zorlamak, reddetmek, terbiye etmek, anlamına gelmektedir. Ulülemr ise devlet başkanı veya ona vekalet eden hâkimi ifade etmektedir. Bkz. Akbulut, s.169.

⁹⁷ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.31; Avcı, s.191.

⁹⁸ Bkz. Ahmet Gökçen, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul 1989, s.117-168.

⁹⁹ “Fail, Usulü Muhakemat-ı Cezaiyye Kanununun öngördüğü şartların dışında bir kişice zarar vermek kastıyla hapis ve tevkif ederse bu suçtan sorumlu tutulur. Bu bakımdan, Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiyye Kanununun 101. maddesi gereğince cürmü meşhut halinde mücazat-ı terhibiyeyi gerektiren durumda herkes faili yakalama ve hükümete teslim etmeye mecburdur. Bu maksatla yakalayan kişinin, yakalanan kişiyi savcıya teslim etmek üzere kısa bir süre için bir yerde tutması gayrimeşru değildir. Keza zabıtaca tahkikat için az bir müddetle alıkonulan suç failinin tutulması da hukuka aykırı değildir” Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.31 vd.

¹⁰⁰ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.33; Avcı, s.192.

eziyet ve işkence eden failin aynen 1. fıkradaki cezayla cezalandırılacağı belirtilmiştir¹⁰¹. Öte yandan makul sınır aşılmadıkça ve kötü niyet ispatlanmadıkça ana baba ve mürebbilerin terbiye amacıyla çocukları hapsedmeleri, halka zarar veren akıl hastalarının yasal temsilcileri tarafından hapsedilmesi, kocanın eşinin evden dışarı çıkmasını yasaklaması fiilleri suç oluşturmuyordu¹⁰².

1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu’nda yer alan bu hükümler, 1926 yılında 765 sayılı TCK’nın kabulüne kadar yürürlükte kalmıştır. 765 sayılı TCK’da kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu düzenleyen 179. maddesi, mehzaz 1889 İtalyan Ceza Kanununun 146. maddesinden bazı noktalarda ayrılmaktadır. Suçun temel şeklini belirleyen İt.CK’nın 146/1. maddesi ile suçun nitelikli hallerini düzenleyen m.146/2. maddesinin karşılığını 765 sayılı TCK’nın 179. maddenin 1 ve 2. fıkraları oluşturmaktadır. 765 sayılı Kanuna 7.6.1979 tarih ve 2245 sayılı kanunla eklenen, “cürmün siyasi veya ideolojik veya sosyal amaçlarla işlenmesi” (m. 179/2) ve “silâhla veya birden çok kişi tarafından işlenmesi” (m. 179/3) nitelikli hallerini düzenleyen hükümlerin mehzazda karşılığı yoktur. Aynı değişiklik ile hapis cezasının alt sınırı 1 yıl hapis cezası olarak belirlenmiştir. İECK’nın 146. maddesinin 3. fıkrasında yer verilen nitelikli hal ile son fıkradaki etkin pişmanlık hali ise 765 sayılı TCK’nın 180. maddesinde düzenlenmiştir. Yine İECK’nın 147 ve 148. maddelerinin karşılığı olan hükümlere 765 sayılı TCK’nın 181 ve 182. maddelerinde yer verilmiştir¹⁰³.

1.3. KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

1.3.1. Tarihte Kişi Özgürlüğünün Korunması

1.3.1.1. İlkçağ

Sümerlerin (M.Ö. 4000-2000) devlet ve hukuk düzeni uygulamaları ile insan, özgürlük ve hak kavramlarıyla karşılaşmaya başlamıştır. M.Ö. 3000 yıllarından itibaren Hindistan’da, M.Ö. 2000 yıllarında Çin’de yüksek bir kültür doğmuştur.

¹⁰¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.367.

¹⁰² Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.32.

¹⁰³ Majno, **Ceza Kanunu Şerhi**, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C.2, İstanbul Milliyet Matbaası, 1927, kn.787 vd.; Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.50.

Eski çağdaki düşünce zenginliğine karşın, toplumda sınıf farklılıkları ve kölelik sistemi yerleşiktir¹⁰⁴.

M.Ö. 507’de antik Yunan kenti *Sikyon*’da, köleler ve yabancılar (meteikos) dışındaki yurttaşların siyasal-sosyal eşitliğini ve doğrudan doğruya yönetime katılımını sağlayan reformlar kabul edilerek, bu yönetime demokrasi denmiştir. Toplumu oluşturan bireylerin temel haklarının yasal güvence altına alınmasının ve kuvvetler ayrılığı teorisinin ilk adımları atılmıştır¹⁰⁵.

Eski Yunan sitelerinin birçoğunda, vatandaşlar doğrudan doğruya devlet yönetimine katılmakta idiler. Ancak “vatandaş” sıfatını taşıyan kesim azınlıktaydı. Halkın önemli bir kısmını, her türlü haktan yoksun, eşya ya da evcil hayvan statüsündeki köleler oluşturmaktaydı. İlkçağın “demokrasi” olarak adlandırılan siyasal rejimlerinde, ayrıcalıklı vatandaş sınıfı açısından dahi kişi özgürlüklerinin varlığından söz edilemez¹⁰⁶.

Kölelik yakın zamanlara kadar, en gelişmiş hukuk sistemlerinde bile yer almış çok doğal bir kurumdu. Tüm eski toplumlarda insanlar, hürler ve köleler olarak iki sınıfa ayrılırlar ve bu ayrım hukuken meşru sayılırdı. Özgürlüğün kaybedilmesi, savaş tutsaklığı, ailesine para sağlamak için gönüllü kölelik, köle anadan doğmak, satış veya hediye edilmek suretiyle kölelik, borç nedeniyle kölelik olabileceği gibi, cezaya çarptırılmak sonucunda da olabilirdi¹⁰⁷.

İlkçağ’da Sümer kralları Urugakine (M.Ö. 2350) ve Kral Ensi-Gudea (M.Ö. 2100) kölelik kurumunu kaldırmak için çaba gösteren ilk kanun koyucular

¹⁰⁴ Mumcu/Küzeci, s.26; Bkz. Gülnihal Bozkurt, Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik, **AÜHFD**, C.38, S.1-4, 1983, (s.65-103); Alaeddin Şenel, **Siyasal Düşünceler Tarihi**, Tarihöncesinde İlkçağda Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş, 3. Bs., Bilim ve Sanat, Ankara 2011, s.120.

¹⁰⁵ Rıza Arslan, **Demokratik Yönetim Sistemleri**, Parlamenter, Başkanlık, Yarı-Başkanlık ve Konkordanz Yönetim Sistemleri, Dora, Bursa 2013, s.16.

¹⁰⁶ Honig, s.131; Kapani, s.19-21; ; Akın, s.22; Mumcu/ Küzeci, s.34.

¹⁰⁷ Bozkurt, s.67 vd.; Borcun ödenmemesi nedeniyle kölelik eski Hint, Yunan, Hitit, Sümer, Babil, Asur, Roma, İbrani, Moğol ve Japon hukuk sistemlerinde uygulanıyordu. Hunlarda ve Göktürklerde cezalandırma yetkisi devlet tekelindeydi. Uygurlarda ise borçlunun çocuğu teminat (rehin) olarak alacaklıya verilebiliyor ve çalıştırılabiliyordu. Eski Çin’de sözleşmeye aykırı davranmak suçtu, ancak borç için kölelik yoktu. Avcı, s.23, 245; Borç için hapsedilmeme ilkesi ilk olarak M.Ö. 6. yüzyılda Atina’da “Solon Yasası” ile kabul edildi. Bkz. Tekin Akıllıoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 4 Nolu Protokol 1. maddeye göre borç için hapis yasağı kuralı”, **AİHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu**, Aralık 2001. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2002.

olmuşlardır¹⁰⁸. M.Ö. 5. yüzyılda Sofistler, köleliğin insanın doğasına aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir¹⁰⁹.

1.3.1.2. Ortaçağ

Ortaçağ toplumuna ve siyasal düşüncesine, dinsel düşünüş egemendir¹¹⁰. Hristiyanlık ezilmeye, köleliğe karşı bir din olarak doğmuş¹¹¹, ancak Roma imparatorluğu'nun 313 yılında Milano Fermanıyla resmen Hristiyanlığı tanımasından sonra -aydınların “Karanlık Çağ” yakıştırması yaptıkları- yeni bir dönem açılmıştır¹¹².

Ortaçağda kölelik, toprağa bağlı serflik biçimine bürünerek devam etmiştir. Hristiyanlık ve onun temsilcisi olan kilise serfliğe cephe almamıştır. Toplumda köleler, yarı köleler, serfler, kent ve kasabalarda yaşayan serbest meslek sahipleri, feodal beyler ile yakın çevrelerinden oluşan soylular ve kilise mensupları arasındaki eşitsizlik, Ortaçağ Batı toplumunun belirgin niteliğiydi. Bu dönemde insanlar, bir yandan hükümdarın ya da derebeyinin, diğer yandan kilisenin baskısı altında her türlü özgürlükten yoksun yaşamıştır¹¹³. Ortaçağdaki özgürlük anlayışı, derebeylerin kendi küçük toprakları üzerindeki hür ve egemen yetkisini ifade etmektedir¹¹⁴.

İngiltere’de 1330-1327 yıllarındaki iç çatışmalar, 1300’lerin sonlarında ise büyük veba salgını sonucunda yükselen ekonomik kriz nedeniyle, 1349-1351’de çalışabilecek güçteki herkesin çalışmasını zorunlu kılan, ödenecek en yüksek ücretleri belirleyen ve işçilerin/köylülerin istisnai koşullar hariç, hesaplarına çalıştıkları efendilerinin/lordların yanından ayrılmasını yasaklayan hükümler

¹⁰⁸ Bkz. Bozkurt, s.73; Kuzu, s.17.

¹⁰⁹ Mumcu/Küzeci, s.6.

¹¹⁰ Şenel, s.225.

¹¹¹ Bkz. Şenel, s.254 vd.; Honig, s.132.

¹¹² Bury, 47’den naklen (Mumcu/Küzeci, s. 39). Şenel, s.231, 251; Gemalmaz, s.45; Bkz. Arslan, R, s. 19; Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (Çev. Sami Selçuk), 3. Baskı, İmge Kitabevi, 2013, Ankara, 2013, s.85.

¹¹³ Mumcu/Küzeci, s.40; Gemalmaz, s.13; Erdoğan, s.39, 42.; Serfler ile özgür köylüler arasındaki farklardan en önemlisi göçme özgürlüğüydü; serfler efendilerinin izni olmadan topraklarını veya köylerini sürekli olarak terk edemiyorlardı. Şenel, s.227, 233.

¹¹⁴ Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancakdar/ Rifat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, 7.Bs. Seçkin, Ankara 2018, s.69.

getirilmiştir. Sonraki yüzyıllarda bütün ulusal ve uluslararası İnsan Hakları Hukuku belgelerinde yer verilen (“seyahat özgürlüğü” ya da “dolaşım/dolaşma özgürlüğü” olarak anılan) “kişinin istediği yere gidebilmesi özgürlüğü” hakkının tarihsel kökeni işte bu olgudur¹¹⁵.

İngiltere’de 1215 yılında kral ile feodal beyler arasındaki çekişmeli ortamda, ilk özgürlük fermanı olarak bilinen “*Magna Carta Libertatum*” ilan edildi¹¹⁶. Ortaçağ ölçülerine göre oldukça ileri hükümler içeren ferman ile kişi güvenliği ve malları krala karşı güvence altına alınmış, yargı gücünün bağımsızlığı yolunda önemli adımlar atılmıştır¹¹⁷. Fermana “davaların kralın isteğine göre değil, kanunlara uygun olarak hükme bağlanacağına belirtilmesi” diğer hür kimseler bakımından önem taşımaktadır¹¹⁸. Oysa herkesin kanun karşısında eşitliği ilkesini tanımayan *Magna Carta*’nın belirleyici özelliği, kralın yetki ve erkini, feodal aristokrasinin şikâyetleri doğrultusunda sınırlandıran bir belge olmasıdır¹¹⁹.

Ortaçağda İslamiyet 7. yüzyıla kadar insanlığın görmediği bir eşitlik ilkesi getirmiştir. Kuran, eşitlik konusunda kesin kural koymuştur: İslamiyet’te eşitlik ilke olarak yalnız Müslümanlar için söz konusudur¹²⁰. Ancak Müslüman olmayan yurttaşlar (zimmîler) İslamiyet’in kabul ettiği tek Tanrılı dinlere mensup olmak ve İslamiyet’in siyasal egemenliğini tanıyarak vergi ödemek koşuluyla güven içinde yaşamışlardır. İslamiyet köleliği kaldırmamakla birlikte, kölelik sebeplerini

¹¹⁵ Gemalmaz, s.57 vd.

¹¹⁶ Aynı dönemde, Avrupa tarihinde 1215 yılında İspanya Şartı, 1222 yılında Macaristan Şartı kralların tebaasına tanıdığı haklara yer veren belgelerdendir (Gemalmaz, s.51).

¹¹⁷ Mumcu/Küzeci, s.54.

¹¹⁸ İlal, Ersan, MAGNA CARTA, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmecmua/article/viewFile/4330/3924>, s.232, (Erişim: 20.01.2019).

¹¹⁹ Andrew Clapham, (Çev. Hakan Gür), **İnsan Hakları**, Dost Kitabevi, Ankara 2010, s.17; *Magna Carta*’da yer alan haklar insan hakları değil siyasal düzenlemeler olduğundan, insan hakları belgesi niteliği tartışmalıdır. Bkz. Gemalmaz, s.51; Tunaya, s.282; Wiseman, H.V., “The Myth of Magna Carta” **Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı**, AÜHF, Ankara 1966, İlal, s.237; Şenel, s.237.

¹²⁰ “Bütün inananlar kardeştir (eşittir), Allah katında en şerefli (soylu, derecesi en yüce) olan Allah’tan en fazla çekinendir” (Hucûrat, 10 ve 13, Yunus, 19, Nisâ, 1, A’râf, 189, Kasas, 4). Bu ayetleri “Müslümanların eşitliği” olarak yorumlayanlar olduğu gibi, “bütün insanların eşitliği” biçiminde yorumlayanlar da vardır. Bkz. Mumcu/Küzeci, s.42 dn.63; Ayrıca bkz. Servet Armağan, **İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler**, 3.bs., Ankara, 1996; Avcı, s.6.

sınırlandırmış, köleliği tedricen kaldırmaya yönelik hükümler getirmiştir¹²¹. İslam filozofları düşünce özgürlüğüne işaret eden etkinliklerde bulunmuşlar¹²² ise de, Ortaçağda hiçbir yerde, asıl “özgürlük” kavramı üzerinde düşünce üretilmemiştir¹²³.

1.3.1.3. Yeniçağ

15. yüzyılda Rönesans hareketinin doğurduğu aydınlanma sonucu, dinde reform hareketi başlamıştır¹²⁴. Avrupa’da mutlak monarşi kanalıyla, feodal siyasal birimler ortadan kaldırılıp ulusal devlet kurulduğunda mutlak monarklar tarihsel görevlerini yerine getirmiştir. Yeni toplumun laik, bilimsel kültürle yetişmiş olan düşünürleri de bu doğrultuda demokratik parlamenter görüşleri savunmaya başlamışlardır¹²⁵.

Bu dönemde İngiltere’de Protestan halk ile Katolik kral arasındaki mücadele 1628 yılında “*Petition of Rights*” (haklar bildirisi) ile sonuçlanmıştır. Bu bildiriyle, *Magna Carta*’da kişilerin özgürlüklerinin kısıtlanamayacağı ve haksız yere tutuklanamayacağının belirtildiği hatırlatılmıştır¹²⁶. 1679 yılında “*Habeas Corpus Act*” ile yakalanan veya tutuklanan kimselerin çok kısa süre içinde hâkim önüne çıkarılması, durumun yakınlarına bildirilmesi ve keyfi tutuklamanın önlenmesi amaçlanmış; böylece kişi özgürlüğü hâkim güvencesine bağlanmıştır¹²⁷. 1689 yılında “*Bill of Rights*” bildirisiyle kişi güvenliği, yasaların üstünlüğü ve dilekçe hakkı vurgulandı. *Magna Carta* gibi bu yasa da aslında siyasal bir anlaşmaydı¹²⁸. Bu belgelerin uygulamaya geçirilebilmesi amacıyla, 1701’de “*Act of Settlement*” ile hâkimlerin yetkilerini kötüye kullanmadıkça görevlerinden uzaklaştırılmaması

¹²¹ Armağan, 38; Mumcu/Küzeci, s.6; Cin, Halil/Akgündüz, Ahmet, **Türk İslâm Hukuk Tarihi**, C.2, İstanbul, 1990, s.27; İslâmiyet, köleliğin kaynağını, yalnız o devrin vazgeçilemeyen savaşları ve doğum ile sınırlamıştır (Bozkurt, s.66).

¹²² Bkz. Okandan, s.232; Şenel, s.199.

¹²³ Mumcu/Küzeci, s.43; Şenel, s.272; Okandan, s.234 vd.

¹²⁴ Dinde reform hareketinin üç yorumcusu Martin Luther (1483-1546), Jean Calvin (1509-1564) ve Thomas Müntzer (1498-1525) hakkında bkz. Şenel, s.316.

¹²⁵ Şenel, s.364.

¹²⁶ Okandan, s.252; Kuzu, s.23;

¹²⁷ Okandan, s.253; Tunaya, s.282; Akın, s.57; Metin Feyzioğlu, Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu, **AÜHFD**, C: 44, S.1-4, 1995, s. 665-688.

¹²⁸ Clapham, s.18.

esas3 kabul edilmiş ve ayrıca hâkimin azledilebilmesi için parlamentonun her iki kanadının teklifinin bulunması koşulu getirilmiřtir¹²⁹.

17 ve 18. yüzyıllarda, başta John Locke (1632- 1704), Montesquieu (1689- 1755) ve Jean Jacques Rousseau (1712-1778) olmak üzere aydınlanma çağının diğer düşünürleri tarafından geliştirilen doğal hukuk ve insan hakları doktrinine göre, “insanlar, devletten önce ve onun hukukundan üstün biçimde, sırf insan olmak sıfatıyla, doğuştan bazı hak ve özgürlüklere sahiptir¹³⁰. Tabiat halinde, insanlar tam ve mutlak bir özgürlüğe sahiptirler. Bu durumda devlet, kendisi tarafından bağışlanmamış olan, kendinden önce var olan bu doğal haklarla bağlıdır. Bunların en başında yaşam ve özgürlük hakları gelir. Yeniden gündeme getirilen Toplum sözleşmesi (contrat social) teorisine göre, toplumu oluşturan bireyler önceden bir sözleşme yapmışlar gibi birbirlerine baęlıdırlar¹³¹. Locke'a göre, insanlar, cezalandırma ve adaleti geręekleřtirme hakları dışındaki diğer haklarından vazgeçmemektedir, bu haklarını devretmemektedir. Devletin, suç işlemedikçe bireylere karışmaması, liberal anlayışı ifade etmektedir¹³².

17. yüzyılda doğup 18. yüzyılda olgunlaşan bir başka oluşum, köleliğin kurumsallaşması olmuştur. Sömürgeci Avrupalı Devletler, silah ve mal karşılığında aldıkları Afrikalı köleleri, şeker ve kahve üretimi alanlarında iş gücü gereksinimini sağlamak üzere Yeni Dünyaya göndermişlerdi. Brezilya başta olmak üzere tüm güney Amerika’da ve Karayip bölgesinde, sömürgeci Portekiz, İşpanya, İngiltere, Fransa ve Hollanda arasında yoğun bir rekabet ve kolonileştirmeye bağlı olarak

¹²⁹ Okandan, s.254 vd.; Mumcu/Küzeci, s.55; Kuzu, s.26.

¹³⁰ bkz. Leo Strauss, **Doğal Hak ve Tarih**, (çevirenler: Murat Erşen-Petek Onur) Doğal Hak ve Tarih, 1. Bs, Say, İstanbul 2011, s.105 vd.; Aydınlanma felsefesinin etkisiyle, insan birey olarak ele alınmış, onun ve onurunun korunması amacıyla kişi dokunulmazlığı ve güvenliği kavramı geliştirilmiş ve hatta yalnızca maddi ceza hukuku normları değil, ceza muhakemesi normları da bu yeni anlayış doğrultusunda biçimlendirilmeye başlanmıştır. Bkz. Timur Demirbaş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1992, s.15.

¹³¹ Okandan, Recai G., **Umumi Amme Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968, s.70 vd., 546 vd; İzveren, Adil, **Hukuk Felsefesi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, 1988, s.40 vd.; Clapham, s.19; *Toplum sözleşmesi* kuramı çok eskidir ve daha önce eski Yunan’da bazı sofistlerce ortaya atılmıştır. Bkz. Hirş, s.122, 179

¹³² Hirş, s.122; Okandan, s. 81; Gözler, s.82; İzveren, s.44; “Bireylerin vazgeçmedikleri, onların hayat, hürriyet ve mülkiyet doğal haklarıydı. İnsanların siyasi otoriteyi kurmalarının temel amacı da bu doğal haklarını daha iyi korumaktı. Böylece, Locke’çu gelenekte yönetimin birinci işlevi insanın doğal haklarını korumaktır” (Erdoğan, s.41).

yoğun bir köle ticareti söz konusuydu¹³³. Kolonilerdeki tarlalarda çalıştırılmak üzere 1600'lü yıllardan itibaren çocuklar ve Afrikalılar kaçırılmaktaydı¹³⁴.

Köle ticaretinin yasaklanması amacıyla 30.05.1814 tarihinde Paris Barış Andlaşması (Fransa- İngiltere) 1815'te İkinci Paris Barış Andlaşması (Avusturya, Fransa, İngiltere, Prusya ve Rusya) 1884-1885'te yapılan Berlin Batı Afrika Konferansı sonucunda 15 devletin katılımıyla *Berlin Genel Andlaşması (General Act of Berlin)* imzalanmıştır. Ayrıca tüm Avrupa devletleri ile Kongo, İran, Osmanlı Devleti, Birleşik Devletler ve Zanzibar tarafından imzalanan 02.07.1890 tarihli Brüksel Konferansı Genel Andlaşmasının içerdiği 100 maddelik kapsamlı metinle bu yasak kurumsallaştırılmıştır¹³⁵. Milletler Cemiyeti kölelik konusunda Komisyonlar oluşturdu; 1926 Kölelik Sözleşmesini kabul etti¹³⁶.

1.3.1.4. Yakınçağ

Doğal hukuk doktrininin tarihsel işlevi, özgürlük, eşitlik ve demokrasi gibi temel ilkelerin, ilk kez siyasal alandaki uygulamada ABD'nin doğuşunda 12 Haziran 1776 tarihinde Virginia Anayasasına ve bu anayasanın başına konmuş olan Haklar Bildirisine (Bill of Rights) yansıması olmuştur¹³⁷. Bu nitelikteki anayasa metinleri ve bildiriler içersinde 26 Ağustos 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ana metin ve klasik örnek olarak benimsendi¹³⁸.

Klasik liberal doktrinin teorik olarak bütün insanlar için tanıdığı hak ve özgürlüklerden, gerçekte sadece maddi bakımdan varlıklı küçük bir azınlığın yararlanmasına yönelik tepkiler artmıştır. Devletin sadece kişinin özgürlüğüne müdahale etmeme (*negatif*) yükümlülüğünün yeterli olmadığı, bunun yanı sıra kişinin hak ve özgürlüklerini gerçekleştirmek, onlara pratik bir değer kazandırmak

¹³³ Bkz. Kapani, s.77; Gemalmaz, s. 456, 478.

¹³⁴ Susan O'Brien, Criminal Investigations: (Consulting Editor: John L. French) Child Abduction and Kidnapping, 2008, New York, Chelsea House Publisher, s.13

¹³⁵ Gemalmaz, s. 486.

¹³⁶ Clapham, s.47.

¹³⁷ İzveren, s.45; Kapani, s.5.

¹³⁸ Bkz. Gemalmaz, s.140 vd.

ve herkesçe yararlanılabilir bir hale getirmek ödevi (pozitif yükümlülükleri), yani sosyal hakları gündeme gelmiştir¹³⁹.

Sosyal hak anlayışının ilk belirtilerine Fransız ihtilali döneminde 1793 Anayasasının başlangıç kısmında rastlanmaktadır. 1840'lı yıllarda Avrupa'da yaşanan ekonomik, sosyal ve siyasal kriz 1848'de en yüksek noktasına varmış, sosyal ve siyasal hakların kullanımının genişletilmesi girişimiyle 04.05.1848 Avusturya Anayasası, 12.09.1848 İsviçre Anayasası, 04.03.1848 İtalyan Anayasası, 04.11.1848 Fransız Anayasası ile 1848 Alman Anayasası biçimlendirilmiştir¹⁴⁰. Sosyal haklar akımına esasen 1917 Meksika Birleşik Devletleri Anayasası öncülük etmiştir. Bu yönde çok daha ileri giden 1919 Alman Cumhuriyeti (Weimar) Anayasası ise devlete belli ödevler yüklemiş, vatandaşın refahını sağlamakla sorumlu kılmış; "hizmet eden devlet" ve "koruyucu devlet" anlayışına geniş ölçüde yer vermiştir¹⁴¹. İkinci Dünya Savaşı sonrasında ise iki grup ortaya çıkmıştır. Birinci gruptaki anayasalar sosyal ve ekonomik haklara geniş ölçüde yer vermekle birlikte klasik kişi haklarına da aynı değeri tanımışlardır. İkinci grupta yer alan Marxist demokrasilerin veya Halk demokrasilerinin anayasalarında, yine sosyal ve ekonomik hakların yanında klâsik kişi haklarının hemen hepsini tanımakla birlikte, burada sosyal unsur çok daha ağır basmakta ve klâsik hak ve özgürlükler tamamen kolektivist bir açıdan değerlendirilmektedir¹⁴².

Görülmektedir ki, 18. yüzyılın bireyin subjektif haklarının anayasal güvence altında temel haklar çerçevesinde korunması ve daha sonra insan haklarındaki gelişmeler, insan onuru kavramını hukuk normlarının zirvesine taşımıştır. 19. yüzyılda temel haklar katalogu, insan haklarıyla birlikte devlet öğretisindeki anlayış da, önceki yüzyıldan daha farklı bir birey ve hakların korunması anlayışını beraberinde getirmiştir¹⁴³.

¹³⁹ Tunaya, s.298; Kapani, s.77; Akın, 117; Mumcu/Küzeci, s.74.

¹⁴⁰ Gemalmaz, s.233.

¹⁴¹ 1919 Alman Cumhuriyeti (Weimar) Anayasası hk. Kapani, s.55; Gemalmaz, s.271.

¹⁴² Kapani, 53 s.vd.; Jack Donnelly, (Çev: Mustafa Erdoğan/Levent Korkut), **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Yetkin yay., Ankara 1995, s.86.

¹⁴³ Yener Ünver, Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız, **CHD**, Yıl: 3, S.7, 2008, s.42.

1.3.2. İnsan Hakları Hukukunda Koruma

1.3.2.1. Genel Bilgiler

Doğal hukuk doktrininin ürünü olan “insan hakları” kavramı ile insanın doğuştan var olan bazı hak ve özgürlüklerinin bulunduğu ve toplumsal yaşamı sürdürebilmek amacıyla topluma devredilen bu hakların devletin yasal güvencesi altında tutulacağı kabul edilmektedir. Bu anlayışa göre, doğal hukuk, pozitif hukukun aksine, başka bir insan veya iradenin eseri olmadığından, pozitif hukuktan üstündür. Bu nedenle devlet, iç hukuk düzenini doğal hukukun ortaya koyduğu ilkelere uyarlamak durumundadır¹⁴⁴.

Öte yandan İkinci Dünya Savaşı öncesi ve savaş döneminde yaşanan soykırım, sürgün, toplama kampları ve işkence gibi olaylar, insan haklarının uluslararası alanda da korunması için önlemler alınmasını zorunlu kılmıştır¹⁴⁵. Tüm insanların asgari insan haklarına sahip olabilmesi ve bunlardan fiilen yararlanabilmesi için konulması gereken temel kuralların belirlenmesi amacıyla “ulusalüstü insan hakları hukuku” olarak adlandırılan yeni bir disiplin ortaya çıkmıştır. Her geçen gün gelişen ve etkisini hissettiren uluslararası insan hakları kuralları, değişmeyen, değiştirilemeyen, ortadan kaldırılamayan ve devletin yarattığı değil, tam aksine kendi varlıklarıyla devlete “can veren” kurallar olup, bu nedenle devletin de üstündedir; devletlerin egemenliklerine ve ulusal yetki alanlarına sınırlamalar getirebilmektedir¹⁴⁶.

Uluslararası hukukun bir alt dalı olarak ortaya çıkan insan hakları hukuku, kural olarak devletle birey arasındaki ilişkiyi ilgilendirip, sorumlu tutulabilecekleri eylemlere ilişkin olarak ilgili devletlerin yükümlülüklerini belirler¹⁴⁷.

Devlet, uluslararası sözleşmelerde ve Anayasada öngörülen haklara riayet yükümlülüğü dolayısıyla, herhangi bir organı aracılığıyla gerçekleşen ihlalden sorumludur. Öte yandan, bazen devletin hareketsiz kalması da insan hakları ihlaline

¹⁴⁴ David Harris/ Michael O'Boyle/ Ed Bates/ Carla Buckley/ Colin Warbrick/ Ursula Kilkelly/ Peter Cumper/ Yutaka Arai/ Heather Lardy, (*Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2009) **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, 2013, Avrupa Konseyi, 2013, Ankara, Şen Matbaa, s.3; Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları, s.55.

¹⁴⁵ Bkz. Harris/O'Boyle/Warbrick, s.1.

¹⁴⁶ Clapham, s.43; Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları, s.33.

¹⁴⁷ Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları, s.49 vd.

yol açabileceğinden, devlet, insan haklarını korumak için yasal düzenleme yapmakla ve gerektiğinde insan haklarına yönelik ihlalleri ceza yaptırımına altına almakla yükümlüdür¹⁴⁸.

1.3.2.2. Temel Kavramlar: Özgürlük- Eşitlik- İnsan Onuru

Hukuk, sosyal ve normatif bir disiplin olarak, toplumda insan davranışlarını düzenler; birey özgürlüklerinin kullanış çerçevesini belirler. Hak¹⁴⁹ ve özgürlük arasında sıkı bir ilişki vardır. Özgürlük, bütün hakların ortak kökenidir; haklar ise, özgürlükleri sağlamak için kişiye yazılı hukuk belgeleriyle tanınan meşru yetkilerdir¹⁵⁰. Özgürlük bir haktır¹⁵¹; fakat bütün haklar özgürlük değildir¹⁵². Doğal hukuk anlayışından hareketle, özgürlük, insanın doğası gereği sahip olduğu bir serbestidir. Özgürlüğün kullanılabilmesine imkân tanınması ve subjektif talep yetkisini de içerir şekilde pozitif hukuk tarafından düzenlenmesiyle, özgürlük somutlaşmakta ve hak hâline gelmektedir¹⁵³. Hak ve özgürlük sözcüklerinin birbirlerini tamamlayan kavramlar olması nedeniyle, ulusal ve uluslararası hukuk belgelerinde bu sözcüklerin ikisine birden yer verildiği gözlenebilmektedir¹⁵⁴.

Hukuk, evrensel bir ölçü ve bireylerin özgürlüğünün eşit derecesini (hukuksal eşitliği) kurar. “Özgürlük herkes tarafından ulaşılabilir değilse özgürlük yoktur”¹⁵⁵. “Haklarda eşitlik” ilkesinin gözetilmemesi durumunda “herkes için özgürlük”ten

¹⁴⁸ Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları, s.58.

¹⁴⁹ Hak kelimesinin başka dillerdeki karşılığında (İngilizce “right”, İtalyanca “diritto”, İspanyolca “derecho”, Fransızca “droit”) iki temel ahlâkî ve siyasî anlam taşıdığı söylenmektedir: doğruluk ve yetki. Doğruluk, bir şeyin ya da eylemin doğru (haklı) olmasını; yetki ise, bir kimsenin bir hakka sahip olmasını ifade eder. Bkz. Donnelly, s. 19; “Hak, hukuk düzenince tanınmış, sınırı, konusu, kullanılma şekil ve koşulları gösterilmiş, yararlanılması toplumca sağlanmış özgürlüktür veya hukuk düzeninin kişilere tanıdığı yetkidir” Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları, s.28; “Hak, hürriyetin somutlaştırılmış biçimidir” (Gözler, s.275); Gemalmaz, s.512; Joel Feinberg hakkı şöyle tanımlamaktadır: “Bir hakka sahip olmak bir kimseye karşı bir kurallar veya ahlâkî ilkeler manzumesinin geçerli olarak tanınmasını gerekli kıldığı bir iddiaya sahip olmaktır” (Erdoğan, s.24).

¹⁵⁰ Tunaya, 279.

¹⁵¹ Mumcu/Küzeci, s.14; Erdoğan, s.33.

¹⁵² Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku (2013), s.13.

¹⁵³ Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları, s.28; Donnelly'e göre, “bütün hak iddiaları bir tür “son çare”dirler; haklar, ancak bunların konusundan yararlanmanın tehlikede olduğu veya bunların inkâr edildikleri durumda ileri sürülürler” (Donnelly, s.24).

¹⁵⁴ Gemalmaz, s.510.

¹⁵⁵ Claude-Albert Colliard, *Libertes publiques*, 6e ed., Dalloz 1982, s.215'den naklen (Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku (2013), s.15, dn.20).

söz edilemez. Bu açıdan eşitlik ve özgürlük birbiriyle çelişmeyen, aksine birbirini tamamlayan iki temel kavramdır¹⁵⁶. “Herkes için özgürlük” anlayışı içerisinde dayanışma (başkasının da aynı haklara sahip olduğu duyarlılığı), özgürlük özne ve muhataplarını birbirine yakınlaştırır. Dayanışma, ancak hukuksal güvenlik içinde mümkün olabilir¹⁵⁷.

Öte yandan, evrensel özellikteki insan haklarının “ideal hukuk” niteliğinde olduğu varsayıldığından, bu ahlâki haklar (moral rights) pozitif hukukça tanınıp yaptırıma bağlanmış olmasa da bu yoksunluk onların değerini azaltmaz. İnsan haklarına tanınan yüksek ahlâki nitelik, bu hakların pozitif hukukun üzerinde yer aldığı inancına yol açmıştır¹⁵⁸.

İnsan hakları metinlerinde kullanılan diğer bir temel kavram, “dignite” kavramı karşılığı olarak Latince “*dignitas*”tan gelen “*insan onuru*” ya da “*insan haysiyeti*” (*dignite humaine/ human dignity*), “insan olmaktan kaynaklanan değer, insanın özü, yaşamın anlamı” anlamına gelmekte; insanın en değerli varlık olduğu anlayışına dayanmaktadır¹⁵⁹. Doğal hukuk anlayışından gelen bu kavram, hukuk kurallarının adalete uygunluğunu ve alınan kararların doğruluğunu ölçmede en

¹⁵⁶ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku (2013), s.17; “Açıkça görülüyor ki hürriyet ile eşitlik arasında hassas bir denge vardır. Demokrasinin bu iki temel ilkesinden birinin arka plâna itilmesi ve küçümsenmesi halinde bu denge hemen bozulacaktır. O zaman da ne biri ne de öteki yalnız başına insanı gerçekten hür ve mutlu kılmaya yetmeyecektir” (Kapani, s.13).

¹⁵⁷ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku (2013), s.18 vd.

¹⁵⁸ M. Cranston, *What are human rights?*, London B. Head 1973 s. 4-7’den naklen (Akıllıoğlu, s.3); Örneğin Anayasa Mahkemesi, zorunlu hizmet borcunu yerine getirmeyen kimseye cezalı ödeme yükümünden başka, buna ek olarak özgürlüğü bağlayıcı ceza verilmesini öngören bir yasa kuralını “bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplere aykırı olduğu” gerekçesiyle iptal etmiştir. AYM. 22.12.1964, 1963/166 - 1964/76, AMKD sayı 2, 1971: 290-291; “Aslında borç için hapis yasağı Türkiye’nin anılan karar tarihinde taraf olmadığı AİHS’ne Ek 4 Numaralı Protokol’ün 1. maddesinde yer almaktadır. Buna göre “Yalnızca sözleşmeden doğan bir borcu yerine getiremediği nedenine dayanılarak kimse özgürlüğünden yoksun kılınmaz”. Bu kural yazılı olmayan hukuktan kaynaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu kuralı “Hukukun Genel İlkeleri’ne yollama yaparak uygulamıştır. Bilindiği gibi bu kural 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle 38. maddeye alınmıştır” (Akıllıoğlu, s.3) Bkz. Tekin Akıllıoğlu. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 4 Nolu Protokol 1. maddeye göre borç için hapis yasağı kuralı”, AİHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, 1 Aralık 2001. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yay. Ankara 2002.

¹⁵⁹ Erdoğan, s.49; “İnsan onuru, yalnızca bir kimsenin kendisine atfettiği ya da toplumun o kimseye verdiği değer (şeref ve haysiyet) anlamında olmayıp, aynı zamanda genel, soyut ve etik bir değerdir. Bu bakımdan mutlak ve evrensel nitelik taşır” (Akıllıoğlu, s.5).

önemli araçtır. Bütün hukuk kuralları, mutlak ve evrensel nitelikteki bu temel değere bağlı olmak zorundadır¹⁶⁰.

1.3.2.3. İnsan Haklarının Özellikleri

İnsan haklarının, pozitif hukuktan, sözleşmeden ya da örf ve adetlerden kaynaklanan diğer haklardan farklı olarak “evrensellik”, “bireysellik”, “kişiselik”, “dokunulmazlık”, “doğuştanlık ve toplum öncesi olma” “devredilmezlik/ vazgeçilmezlik”, “temel hakların üstünlüğü ve bağlayıcılığı”, “mutlaklık”, “bütünlük/bölünmezlik” “devlete karşı ileri sürülebilen iddialar niteliğinde olma ” gibi nitelikleri bulunmaktadır¹⁶¹.

Toplumsal aidiyeti, kültürel kimliği, sosyal kökeni, ırkı, dili, dini, sınıfı ne olursa olsun, bütün insanlar, zamana ve mekâna bağlı olmaksızın insan haklarına sahiptir. İnsan haklarının kişinin sırf insan olması dolayısıyla sahip olduğu haklar olarak tanımlanması, “*insan haklarının ahlâki evrenselliği*”ni ifade etmektedir. Ahlâki evrensellik, insan haklarının diğer bütün ahlâki, hukuki ve siyasi taleplerden önce geldikleri anlamına gelmektedir¹⁶².

Tarihsel süreçte uluslararası hukukta ortaya çıkan gelişmeler, günümüzde küresel bir insan hakları uzlaşması (*consensus*) oluştuğunu göstermektedir. Uluslararası hukukun yazılı kaynakları ve teamülleri de insan haklarının evrenselliğini ortaya koymaktadır. La Haye Uluslararası Adalet Divanı içtihatlarına göre, aralarında andlaşma bağı bulunmayan ülkelerin de insan hakları konusunda uymak zorunda oldukları bir “buyruk kural” (*jus cogens*) listesi bulunmaktadır¹⁶³.

¹⁶⁰ Akıllıoğlu, s.6, 99; “İnsan haysiyeti kendi başına bir hak ve bireylere tanınan bir ayrıcalık olmasa da, kişiye hangi hakların tanınması gerektiğini belirleme ölçütü olabilir. Dolayısıyla haysiyet, özgürlüğün temeli ve eşitliğin ölçütüdür. ... Özgürlük açısından da, dokunulmaz alanlarla farklılaştırıcı öğeler ayrımı yapılabilir. Kişinin yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulmaması, kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaması gibi insan haklarının sert çekirdeği olarak nitelenen güvenceler, her yerde, her zaman ve herkes için geçerlidir” (Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku (2013), s.21); Donnelly, s.96 vd.

¹⁶¹ Donnelly, s.28; Halil Kalabalık, **İnsan Hakları Hukuku**, Seçkin, Ankara 2009, s.27.

¹⁶² Erdoğan, s.58-59; Akıllıoğlu, s.26; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku (2013), s.251; Esra Demir, İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm, **MÜHF-HAD**, C:14, S: 3, 2008, (s. 209-242); Clapham, s.70.

¹⁶³ Bkz. Akıllıoğlu, s.25, 76; Gemalmaz, s.295.

İnsan haklarının “bireyselliği”, öncelikle insan- toplum-devlet ilişkilerini belirlemesi açısından önem taşımaktadır. İnsan hakları anlayışı, her insanda bulunduğu varsayılan, onur ve saygınlık sahibi, akıl ve vicdan yetileri ile donatılmış, ahlâki seçim yapabilen, serbestçe davranabilen özgür insan modeli üzerine kurulmuştur. Birey, salt bu özellikleri nedeniyle diğer insanlarla eşit haklara sahip insanı simgelemektedir¹⁶⁴. İnsan haklarının öznesinin bireyler olması, bir kollektiviteye mensubiyetten tamamen bağımsız olması, bunların çoğu zaman topluma ve onun adına hareket eden siyasi otoriteye karşı ileri sürülmesi bakımından da zorunludur¹⁶⁵.

Bireysel hakların en temel özelliği, devletin bu alana karışmamasını, aksine korumasını gerektirir. Dokunmama/koruma fikri, bu alana karışıldığı takdirde insan kişiliğinin zedelenebileceği varsayımına dayanmaktadır. Kişiliğin korunması üzerine kurulu olan “koruma hakları” temel haklar dizgesinin başlıca amacıdır¹⁶⁶.

1982 Anayasasının 17. maddesinde “*herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*” düzenlemesiyle, “*Kişi Özgürlüğü*” (m.17-23), “*Düşünce Özgürlüğü*” (m.24-34), “*Mülkiyet Hakkı*” (m.35) ve “*Hakların Korunması*” (m.36-40) hakkındaki kuralların tümünün *bireysel ve kişisel haklar* kapsamında olduğu belirtilmektedir.

*Dokunulmazlık*¹⁶⁷, ilk olarak insan vücudunun ve yaşamının dokunulmazlığı biçiminde ortaya çıkmış; günümüzde doğal hukuk kapsamına giren bütün haklar bakımından geçerli hale gelmiştir. İnsanın özel hayatı, vücudu ve yaşamı, düşünce ve inançları, bütün davranışları, mülkiyet alanı başta devlet olmak üzere başkalarının müdahalesine kapalı bir alandır. Doğal hukuk anlayışına göre bu haklar devletten önce var olduğundan ve devlet tarafından verilmediğinden devlet

¹⁶⁴ Bkz. Akıllıoğlu, s.37; Kalabalık, s.32.

¹⁶⁵ Erdoğan, s.114.

¹⁶⁶ Akıllıoğlu, s.36; Bilge Öztan, **Medeni Hukuk’un Temel Kavramları**, 35. bs. Ankara, Turhan Kitabevi yay., 2011, s.221; Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay- Özdemir, **Kişiler Hukuku**, 10. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010, s.140.

¹⁶⁷ “Doğal hukuk yaklaşımında dokunulmazlık (*inviolability/inviolabilite*) kutsallıkla eş anlamlıdır. İnsanın doğal hakları kutsaldır” (Akıllıoğlu, s.40).

bunlara dokunamaz (*doğuştanlık ve toplum öncesi olma*)¹⁶⁸. Öte yandan, insan haklarının korunması amacıyla bu alanda da devletçe düzenleme yapılması, bu kuralların pozitif hukuka dönüştürülmesi zorunludur. Her düzenleme sınırlama/karışma anlamına gelmez; bazen hak sağlayan, bazen de sınırlama/ödev getiren düzenlemeler söz konusu olabilmektedir¹⁶⁹.

İnsan haklarının *devredilmezlik/vazgeçilmezlik* özellikleri, doğal hukuk yaklaşımının günümüzde özellikle kişi hakları bakımından etkisini sürdürdüğünü göstermektedir. İnsan onurunun/haysiyetinin devredilmezliği/ vazgeçilmezliği bu konudaki bütün düzenlemelerin temel ilkesidir. Anayasalarımıza geçen evrensel nitelikli bu ilkeye göre “herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahiptir” (1961 Ay. m.10, 1982 Ay. m.12)¹⁷⁰. Kişilik hakkından kısmen de olsa vazgeçilmesi ya da bunun başkasına devri, insanın hukuk özneliğinden çıkması, başka bir anlatımla nesne ya da köle olması anlamına gelir. Kişilik hakları bakımından vazgeçme yasağı mutlak bir anlam taşır; kapsamı daraltılamaz, pazarlık konusu yapılamaz¹⁷¹.

İnsan hakları, içerikleri, işlevleri ve sınırlamaları bakımından farklılık taşısalar da, hepsi bir bütünün bileşenleri, aynı sistemin ayrılmaz parçalarıdır. Her bir hak temelde *insan onurunu* temsil ettiğinden, insan onuru çığnenmeksizin hak ve özgürlük bölünemez. İnsan haklarının *bütünlüğü, bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılığı* ilkesinin sonucu olarak, haklar arasında bir hiyerarşi kurulamaz. Bir hakkın diğer haklar karşısında üstünlüğü ve tercih önceliği olamaz; değer ve işlevi açısından hepsi birbirine eşittir¹⁷².

İnsan haklarının esas hedefi kişiyi devlete karşı korumak olduğundan, *devlete karşı ileri sürülebilen iddia ve talepler* niteliği bulunmaktadır. Bu çerçevede

¹⁶⁸ Erdoğan, s.106; Kalabalık, s.31; Anayasa Mahkemesine göre, kişi dokunulmazlığı, kişinin fizik özgürlüğüdür ve bunun doğal sonucu olarak can güvenliği ve vücut bütünlüğünün korunmasıdır. Bu kavram “insan ne durumda olursa olsun, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını” ifade eder. Bkz. Kuzu, s.16.

¹⁶⁹ Akıllıoğlu, s.41.

¹⁷⁰ Bkz.Erdoğan, s.111; Bu ilke aynı zamanda özel hukukun da temelini oluşturur. Türk Medeni Kanunu 23 maddesine göre "Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz" (Öztañ, s.280; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s.140).

¹⁷¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s.163; Akıllıoğlu, s.43; Kalabalık, s.31.

¹⁷² Kalabalık, s.37 vd.

devletin “tanıma”, “ihlal etmeme”, “koruma” ve “yerine getirme (temin-tedarik)” yükümlülüğü bulunmaktadır. Öncelikle devlet insan haklarını, başta anayasası olmak üzere bütün bir hukuk düzeni ile *tanımalıdır*. Devletin ikinci ödevi, sivil, kamusal ve siyasal alanda insan hakları kullanımlarına karışmamasıdır. Uygulamada devlet insan haklarını genellikle “*karışmama*” ilkesine uymamak suretiyle ihlal eder. İnsan hakları kural olarak, kişilerin devletten kendilerine genel olarak karşılıksız avantajlar sağlamasını talep etmeleri hakkını vermemekle birlikte, istisnai durumlarda (sakatların, yaşlıların, korunmaya muhtaç çocukların korunması ya da sosyal güvenlik düzenlemeleri gibi konularda) devletin kişilere bazı *temin-tedarik yükümlülükleri* olabilmektedir¹⁷³. Son olarak devletin insan haklarını “*koruma*” yükümlülüğü ise temel görevlerindendir. Devletin “*ihlal etmeme*” yükümlüğünün yanı sıra başka kişi ve gruplardan gelecek saldırıları önlemek ve yaptırıma bağlamak ödevi de bulunmaktadır. Birey ile devlet arasındaki ilişkiye insan haklarının “*dikey etkisi*”, ihlalin bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerinde ortaya çıkmasına ise “*yatay etki*” denilmektedir. *Yatay etki*, kişilerin yaşama ve özgür olma hakları, kişilerin diğer kişiler tarafından özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları ya da öldürülmeleri ihtimaline karşı devletin halkı korumaya çalışmak zorunda olmasını gerektirmektedir¹⁷⁴.

İnsan haklarının bir başka özelliği “*temel*” haklar olmalarıdır¹⁷⁵. İnsan haklarının “*temel*” olması onların haklar arasındaki ahlâki hiyerarşinin tepesinde yer aldıklarına işaret eder ve bir ölçüde insan haklarının “*mutlak*” karakterini doğrular. İnsan haklarının anayasal düzenin temelini oluşturması, onların kamu

¹⁷³ Erdoğan, s.117 vd.; Kalabalık, s.36.

¹⁷⁴ Bkz. Kalabalık, s.39; Erdoğan, s.173; Akıllıoğlu, s.66, 156; Harris/O'Boyle/Warbrick, s.19. AİHS yalnızca devletler açısından yükümlülük doğuran bir antlaşma olduğundan bireylerin diğer özel kişilere karşı korunmasının ise Sözleşme kapsamında uluslararası düzeyde uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Sözleşme özel kişilerin davranışlarıyla ilgilenmesine rağmen, bu dolaylı olarak, bir devlete getirilen pozitif yükümlülükler vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Sözleşmeye göre bu tür yükümlülüklerin ihlali nedeniyle devletlerin sorumluluğunun temelinde, 1. maddeye aykırı olarak, özel kişilerin Sözleşme'deki hakları ihlal eden hukuka aykırı muamelelerinin engellenmemesi ve bu hakların, egemenlik alanında bulunan kişiler için güvence altına alınmaması yatmaktadır. Bkz. Harris/O'Boyle/Warbrick, s.21.

¹⁷⁵ Akıllıoğlu, s.97.

politikalarına yön vermesi ve bunlara aykırı hiçbir yasal ve idarî tasarrufta bulunulmaması anlamına gelir¹⁷⁶.

İnsan hakları kurallarının yer aldığı (ulusal ya da uluslararası) kaynak türünün hukuki niteliği ve hiyerarşik konumu ne olursa olsun insan hakları kuralları üstün nitelikli kurallar sayıldığından, hukuk dizgesinde yer alan öteki kuralların insan hakları ile uyum içinde olması aranır. Bu nedenle, aynı konuyu düzenleyen bir uluslararası kural ile iç hukuk kuralı arasında uygulama sırası, benimsenen iç hukuk yaklaşımına göre (uluslararası kuralın önceliği veya sonralığı bakımından) değil, sadece “daha fazla koruma getiren veya daha elverişli olan” bakımından yapılır. Buna göre bir uluslararası belgede yer alan insan hakları kuralı “daha fazla koruma getiren” başka bir uluslararası veya iç hukuk insan hakları kuralının alanını daraltır biçimde yorumlanamaz. Bu yaklaşımın mantıksal sonucu olarak, iç hukuk kuralları da uluslararası ölçülerin ve kuralların altına inemez¹⁷⁷.

1.3.2.4. İnsan Haklarının Sınıflandırılması

İnsan haklarının aşamalı olarak çoğalması, hak ve özgürlükleri düzenleme, sınıflandırma ve sistemleştirme ihtiyacını ortaya çıkardı. Bu alanda farklı ölçütlere göre, çok sayıda, değişken sınıflandırmalar yapılmıştır¹⁷⁸. Sınıflandırmanın sebebi, her bir hakkın, farklı bir içeriğe, işleve ve hatta sınırlandırma rejimine tâbi

¹⁷⁶ Erdoğan, s.116.

¹⁷⁷ Akıllıoğlu, s.99-100.

¹⁷⁸ Temel hak ve hürriyetlerin “konularına göre”, “kişinin fizik hürriyetleri” (kişi güvenliği, beden bütünlüğünün dokunulmazlığı, seyahat hürriyeti), “düşünce hürriyetleri” (düşünce hürriyeti, inanç hürriyeti, basın, bilim, sanat hürriyetleri) ve “kolektif hürriyetler” (toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hürriyeti, dernek kurma özgürlüğü) olarak sınıflandırılması önerildiği gibi; Colliard, “kişisel özgürlükler”, “ekonomik özgürlükler” ve “entelektüel özgürlükler” olarak J. Rivero, “kişiye bağlı güvenlik”, “özel yaşamın gizliliği”, “fiziki özgürlükler”, “entelektüel-moral özgürlükler” ve nihayet “sosyal-ekonomik özgürlükler” şeklinde beşli bir ayrımı; G. Burdeau ise, daha basit biçimde “insanın yapısında bulunan haklar” ve “ekonomik-sosyal haklar” olarak ikili sınıflandırmayı önermişlerdir. Gemalmaz insan haklarının konularına göre ele alınarak “İnsanın yapısal bütünlüğünün tanınması/korunmasına ilişkin haklar” (yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik-kulluk yasağı gibi haklar) ve “insanın yapısal bütünlüğünün sürdürülmesi/geliştirilmesine ilişkin haklar” (sağlık ve çevre hakkı, entelektüel özgürlükler, kamusal yaşama katılma, eğitim, örgütlenme, toplantı, çalışma hak ve özgürlükleri) ayrımını önermiştir. Ayrıca insan haklarının “kullanılış biçimlerine göre” “bireysel hürriyetler” ve “kolektif hürriyetler” olarak; “zorlama gücüne göre” “Yasal Haklar - Moral Haklar” biçiminde sınıflandırıldığına da rastlanmaktadır. Bkz. Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s.25; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku (2013), s.40; Akıllıoğlu, s.154; Gemalmaz, s.517.

olmasıdır. Bir bütünün unsurlarını oluşturan ve nihaî olarak insan onurunu korumayı amaçlayan hakların birbiriyle yarışma ve çatışma içinde olmadığı gözden uzak tutulmamalıdır¹⁷⁹.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının diğer hak ve özgürlükler arasındaki yerinin belirlenmesi bakımından, *Jellinek*'in birey ve devlet ilişkilerine göre tanımladığı “statüler doktrini”ni ve *Vasak*'ın temel hak ve özgürlüklerin ortaya çıkış dönemine göre sınıflandırmasını incelemekle yetineceğiz.

Türk hukukunda genel kabul gören *Georges Jellinek*'in klasik sınıflandırması “üç statü” ayırımına dayanmaktadır:

1- *Negatif statü* (*status negativus/ libertatis*) *hakları* devletin ihlalden kaçınması gereken, bireyin dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizen özgürlüklerdir. Örneğin vicdan özgürlüğü, düşünce özgürlüğü, kişi özgürlüğü ve güvenliği, konut dokunulmazlığı.

2- *Pozitif statü* (*status positivus*) *hakları*, vatandaşa devletten bir hizmet ve yardım isteme imkânı tanır, devlete sosyal alanda ödev ve fonksiyonlar yükler. Örneğin sağlık, öğrenim, çalışma, sosyal güvenlik hakları.

3- *Aktif statü hakları* (*status activus*) ise, siyasal görüş ve tutumları açıklama, oy verme örgütlenme, seçme ve seçilme gibi siyasal haklardır¹⁸⁰.

Bu üçlü ayırım 1961 Anayasasında “koruyucu haklar”, “katılma hakları” ve “isteme hakları” olarak, 1982 Anayasasında ise “kişinin hakları”, “siyasi haklar” ve “ekonomik ve sosyal haklar” biçiminde benimsenmiştir. Bu üçlü ayırım içinde klasik özgürlüklerden farklı olarak koruyucu haklara devletin koruması da eklenmiştir¹⁸¹.

Bazı yazarlara göre, günümüzde, pozitif haklar negatif haklar karşılığına dayanan bu yapay sınıflandırma geçerliliğini yitirmektedir¹⁸². Çünkü kamusal otoritelerin “müdahale etmemesi” nitelendirmesiyle belirlenmeye çalışılan negatif

¹⁷⁹ Bu konuda insan haklarının karşılıklı bağımlılığı ve bölünmezliği ilkesi göz önünde tutulmalıdır. Bkz. Tezcan ve diğerleri, *İnsan Hakları*, s.66 vd.

¹⁸⁰ Kapani, s.6; İncoğlu v.d. s.54.

¹⁸¹ Akıllıoğlu, s.156; Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku* (2013), s.40; Tezcan ve diğerleri, *İnsan Hakları*, s.63 vd; Kalabalık, s.48.

¹⁸² Kaboğlu, *Kolektif Özgürlükler*, s.25.

haklar listesi içindeki hakların da kurumsallaşabilmesi, hak sahiplerinin onları kullanıp yararlanabilmesi için devletin müdahale ve katkısı gerekebilir¹⁸³.

Karel Vasak'ın sınıflandırmasında, hak ve özgürlükler ortaya çıktığı döneme göre üç farklı kuşakta değerlendirilmiştir:

1- *Birinci kuşak haklar*, 18. yüzyıldan itibaren Amerikan ve Fransız devrimlerinden doğmuş olan, klasik insan haklarıdır. Bunlar devletin çekinme yükümlülüğünün bulunduğu kişisel ve siyasal haklardır. Kişi dokunulmazlığı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, konut dokunulmazlığı, din ve vicdan özgürlüğü, siyasal haklar, dernek kurma hakkı bu tür haklardandır.

2- *İkinci kuşak haklar*, 19. yüzyıldaki toplumsal etkenlerle 20. yüzyılın başında özellikle Meksika ve Rusya Devrimleri ürünü olarak nitelenen sosyal, ekonomik ve kültürel haklardır. Çalışma ve sözleşme özgürlüğü, sendikal haklar, eğitim ve öğrenim hakkı, bilim ve sanatı öğrenme hakkı bu grupta yer alır. Söz konusu haklar, *eşitlik hakları* veya *devletin edim borcunu gerekli kılan alacak hakları* olarak da adlandırılır.

3- *Üçüncü kuşak haklar* ise çevre hakkı, barış hakkı, gelişme hakkı gibi devlete karşı öne sürülebilen ve devlete dayatılabilen, belirli bir toplum halinde yaşam anlayışını yansıtan haklardır. Bunlara “yeni insan hakları” ya da “dayanışma hakları” da denilmektedir.

Son olarak, bilimsel ve özellikle tıp alanındaki gelişmelerin insan türü üzerinde yol açması muhtemel olumsuz etkilerin önüne geçilmesi amacıyla “Dördüncü Kuşak İnsan Hakları” kategorisi önerilmiştir. Yine, bireyin kişisel veriler üzerinde tasarrufu da (Portekiz Anayasası m.35) bu grupta değerlendirilmektedir¹⁸⁴.

Her kesime temel özellikler yükleyen bu sınıflandırma kolay anlaşılır ve etkileyici bulunmakla birlikte, günümüzde sınırlı ve türdeş temel hak kategorilerinin belirlenmesinin güçlüğü karşısında görüş birliğine ulaşılamamıştır¹⁸⁵.

¹⁸³ Gemalmaz, s.516.

¹⁸⁴ Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s.26; Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları, s.63; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku (2013), s.41; Kalabalık, s.52; Akıllıoğlu, s.155; Gözler, s.286.

¹⁸⁵ Akıllıoğlu, s.155,

1.3.2.5. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkının Özellikleri

Kişi hakları tarihsel gelişme içerisinde ilk olarak ortaya çıkan, doğal hukuk niteliği ağır basan haklardır. Kişi hakları genellikle “dokunulmaz alan” sayılan bireysel özgürlük güvencelerinden oluşmaktadır¹⁸⁶. Bu hakların ekseni toplum değil “birey”dir. Birey hem maddi varlık olarak hem de manevi varlık (kişi) olarak ele alınmıştır¹⁸⁷.

“Kişi haklarının temel haklar dizgesi içinde özel bir konumu vardır. Temel haklar arasında bir üstünlük sıralaması (hiyerarşi) bulunmamakla birlikte, hakların çeliştiği durumlarda kişisel haklara öncelik verilmesi gerekir. Özellikle toplu haklarda bireyin özveri (fedakârlık) sınırını kişisel hakların özü oluşturur. Bir toplu hakkın kullanılmasında, topluluk üyelerinden kişisel haklarından vazgeçme derecesine varan özveriler istenemez yada bu ölçüde bir sınırlama getirilemez. Aksi takdirde özgürlükçü değil, yerine göre buyurgan/otoriter yada kişilik tanımayan/totaliter bir düzen söz konusudur”¹⁸⁸.

Bireyin fiziksel ve kişisel güvenliği hakkının varlığı, liberal değerlere bağlı yerleşik demokrasilerde tartışmasız kabul görür. Bu hakkın dayanağı olan “kişisel özgürlük hakkı” her bireyin sınırları belirlenmiş bir hayat alanı dâhilinde kendi tercihlerine göre karar verme ve eylemde bulunma hakkı (özerkliği) olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁹.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, kişinin bedensel olarak istediği gibi hareket edebilme özgürlüğüne ve bunun güvencesine sahip olmasını içerir. Bu hak, kişinin keyfi olarak yakalanıp, gözaltında tutularak, zorla bir yere getirilerek, tutuklanarak, cezalandırılarak, hareket serbestisinin kısıtlanıp, istediği yere gidip gelebilmeye, dolaşabilme olanağının ortadan kaldırılamamasını ve bunun güvencesi altında yaşamını sürdürmesi ve geliştirmesini ifade eder. Bu nedenle, toplumsal

¹⁸⁶ Kişisel haklar listesi uluslararası kaynaklarda yer alan haklardan oluşur. Evrensel Bildirge, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerikan Devletler Arası İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika Halk ve İnsan Hakları Sözleşmesi gibi büyük katılım sağlanmış olan uluslararası belgelerdeki düzenlemeler birbirine benzemektedir. Bazı yönlerden farklı düzenlemeler içeren bu belgelerde, kişi hakları bakımından evrensellik sağlanmıştır.

¹⁸⁷ Akıllıoğlu, s.156.

¹⁸⁸ J. Rivero, "Rapport General". Les droits de l'homme, droits collectifs ou droits individuels. Paris LGDJ 1980, s. 17-25'den naklen (Akıllıoğlu, s.157). Hakların çatışması hk. bkz. Erdoğan, s.121 vd.

¹⁸⁹ Erdoğan, s.189.

yaşamın gerekleri sonucu kişinin, yalnızca yasayla belirlenmiş ve sınırlanmış durumların dışında hareket serbestliği ve özgürlüğünden yoksun bırakılması kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkıdır.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakları bireylerin tek başına veya başkalarıyla birlikte kendilerini gerçekleştirmelerine ve geliştirmelerine imkân tanınması dolayısıyla, hem bireyselliğin hem de sivil toplumun temelini oluştururlar¹⁹⁰. Bu “temel haklar”ın devredilemeyeceğine ve onlardan vazgeçilemeyeceğine dair ilkeler tüm insan hakları belgelerinde kabul görmüştür¹⁹¹.

Dar anlamda “*kişi özgürlüğü*” terimi, kişinin fizikî ya da bedensel özgürlüğünü ifade ettiğinden, kişiyi bu özgürlüğünden keyfi olarak yoksun bırakan, bir yere kapatmak veya bedensel olarak engellemek suretiyle onun hareket serbestisini ortadan kaldıran fiiller bu hakkı ihlâl eder. Bireyin bedensel bütünlüğünün her türlü keyfi müdahaleye karşı korunmasını, kişinin bu bakımdan kendisini güven içinde hissetmesinin sağlanmasını gerektiren “*kişi güvenliği*” kişi özgürlüğünü tamamlayan bir haktır¹⁹².

Devletin insan haklarını “*koruma*” yükümlülüğü temel görevlerindendir. Kişi haklarının korunması, öncelikle “devlete karşı” koruma olarak düşünüldüğünden, bu haklara koruyucu/önleyici haklar da denilmektedir. Bunun yanı sıra, insan haklarının “*yatay etkisi*”, devlete, kişi haklarına yönelik başka kişi ve gruplardan gelecek saldırıları önlemek ve yaptırıma bağlamak yükümlülüğünü de öngörmektedir¹⁹³. Çünkü kişi haklarının korunması bireysel olduğu kadar, toplumsal açıdan da önem taşımaktadır.

¹⁹⁰ Erdoğan, s.180.

¹⁹¹ Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, **AÜSBFD**, C: 49, S: 3, 1994, s.200; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s.163; Akıllıoğlu, s.43; Kalabalık, s.31.

¹⁹² Jeze, G. Ferdi Hürriyetler, **AÜHFM**, C: III, S: 1, 1946, s. 216; Gölcüklü, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, s.200; Erdoğan, s. 189 vd.

¹⁹³ Erdoğan, s.117, 173; Akıllıoğlu s.66, 156; İncooğlu, Sibel/Boyar, Oya/Karan Ulaş/Akbulut, Olgun/Arslan Öncü, Gülay/Tokuzlu, Lami Bertan, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Editör Sibel İncooğlu), Avrupa Konseyi, 1.Baskı, Şen Matbaa, Ankara, 2013, s.182.

1.3.2.5.1. İnsan Hakları Belgeleriyle Sağlanan Koruma

1.3.2.5.1.1. Genel Bilgiler

18. yüzyılda İngiltere, ABD ve Fransa’da bildirgelerle ilan edilerek iç hukuklarda varlığı tanınan insan haklarının uluslararası hukuka etkisi, ancak 2. Dünya savaşıdan sonra olmuştur. Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 10 Aralık 1948 tarihli kararıyla kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi¹⁹⁴ (İHEB) (*Universal Declaration of Human Rights*), doğal hukuk yaklaşımına göre insan haklarını tanımlayarak doğal hukuku somutlaştırmıştır. Bildirge “bütün insanlık için ortak değerler, erişilmesi gereken ortak hedefler” oluşturmaktadır¹⁹⁵.

Evrensel Bildirgenin başlangıç kısmında “*insanlık ailesinin bütün üyelerinin doğal yapısındaki onuru ile eşit ve devredilemez (kişi) haklarını tanımanın dünyada özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğu*” belirtilmiştir. Bildirgenin 3. maddesinde kişi hakları “*herkesin yaşama hakkı ile kişi özgürlüğü ve güvenliğine hakkı vardır*” biçiminde özetlendikten sonra, 9. maddede “*hiç kimse keyfi olarak yakalanamaz, tutuklanamaz ve sürgün edilemez*” hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca “*herkesin anayasa ya da yasayla tanınmış temel haklarını ihlal eden eylemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler eliyle etkin bir yargı yolundan yararlanma*” (m.8) ve “*hak ve özgürlüklerin tam olarak gerçekleşebileceği bir toplumsal ve uluslararası düzen*” (m.28) hakkı olduğu belirtilerek devletlere iç hukukta “uygulama” ödevi getirilmiştir¹⁹⁶.

Evrensel Bildirgenin açılımı niteliğindeki İkiz Sözleşmeler: *BM Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi*¹⁹⁷ (ESKS) ile *Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi*¹⁹⁸ (KSHS) “Dünya İnsan Hakları Anayasasını” oluşturmaktadır. Konumuz açısından KSHS’deki haklar listesinde, Evrensel Bildirge’deki hakların

¹⁹⁴ Bildiri, bir uluslararası andlaşma olmamasına rağmen TBMM’de okunarak kabul edilmiş ve yayınlanmıştır (R.G. 27.05.1949, S.7217).

¹⁹⁵ Akıllıoğlu s.4.

¹⁹⁶ Bkz. Kuzu, s.35; Akıllıoğlu s.136.

¹⁹⁷ 16.12.1966’da BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve 03.01.1976 itibariyle yürürlüğe giren Sözleşmeyi, Türkiye 10.07.2003 tarih ve 2003/5923 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylamıştır.

¹⁹⁸ 16.12.1966’da BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve 23.03.1976 itibariyle yürürlüğe giren Sözleşmeyi, Türkiye 07.07.2003 tarih ve 2003/5851 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla, üç beyan ve bir çekince ekleyerek onaylamıştır.

ayrıntılı biçimde düzenlendiği¹⁹⁹ ve bunun yanı sıra Bildirge’de olmayan haklara yer verildiği dikkat çekmektedir. Özellikle KSHS’nin 9. maddesinde kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkı düzenlendikten sonra yer verilen “*özgürlüklerinden yoksun bırakılan herkese insanca ve kişinin doğuştan sahip olduğu onura saygı gösterilerek davranılır*” (m.10/1), “*hiç kimse, sırf bir akitten doğan yükümlülüğünü yerine getiremediği gerekçesiyle hapsedilemez*” (m.11/1) biçimindeki düzenlemeler AİHS’nin 3. ve 5. maddeleri ile EK 4 kn.lu Protokol 1. maddesine göre daha ayrıntılı ve daha fazla hak sağlar niteliktedir²⁰⁰. KSHS’nin 41. maddesi ile BM İnsan Hakları Komitesine, Sözleşmeye taraf bir devletçe bir diğerine karşı yapılan şikâyetleri (devlet başvurularını) inceleme yetkisi verilmiştir. Ayrıca Türkiye, bu sözleşme kapsamında bireysel başvuru yolunu açan Ek Protokolü 2006 yılında onayladığından (RG 5.8.2006, Kn. 26250) Komite’ye bireysel başvuru yapma imkanı da bulunmaktadır²⁰¹.

Avrupa Konseyi Statüsünün 3. maddesi uyarınca 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanan “*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*” (AİHS), Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin bölgesel muadilidir. AİHS’nin kapsamı “demokratik bir yaşam biçimi için zorunlu olan” medeni ve siyasi haklarla sınırlanmıştır²⁰². Öte yandan AİHS 1. maddesi taraf devletlerin Sözleşme ile korunan hakları “*herkese*” tanınmasını öngördüğünden, bu yönüyle Sözleşme evrenseldir²⁰³. Ayrıca Avrupa Birliğine üye devletlerin ortak değerlerini ve ilkelerini içeren bir Avrupa Birliği Anayasası yönünde önemli bir adım oluşturan 17 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (ABTHŞ)’nin 6. maddesinde de “*herkes, özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir*” ilkesine yer verilmiştir²⁰⁴.

¹⁹⁹ Yaşama hakkı (m. 6), işkence ve insanlık dışı muamele yasağı (m.7) kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (m. 8), kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkı (m. 9), tutuklu veya hükümlülerin insanca davranış görme hakkı (m. 10) borç için hapsedilmeme hakkı (m. 11), serbest dolaşım ve yerleşme özgürlüğü (m. 12), yabancıların keyfi biçimde sınır dışı edilmeme hakkı (m.13), doğru yargılanma hakkı (m. 14), ceza kurallarının geriye yürümesine karşı korunma (m. 15), yasa önünde kişi olarak tanınma hakkı (m. 16) özel yaşamın korunması (m. 17).

²⁰⁰ Akıllıoğlu, s.212 vd.

²⁰¹ Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları, s.769 vd; Akıllıoğlu, s.80, 158, 215.

²⁰² Harris/O’Boyle/Warbrick, s.3.

²⁰³ Akıllıoğlu, s.220.

²⁰⁴ Tezcan, Ercüment, *Avrupa Birliği Hukuku’nda Birey*, İletişim, İstanbul 2002, s.273.

Kişi haklarının korunması günümüzde hukuk devleti ve demokratik toplum yapısının vazgeçilmez koşuludur. Ancak her hukuki sorun insan hakları sorunu değildir. İnsan hakları sorunu olarak ortaya çıkan ihlaller, devletlerin belli politik uygulamalarından, insan haklarına aykırı kural ya da işlemlerinden, devlet görevlilerinin veya onlarla ilişkili olanların fiillerinden kaynaklanabilir. Dünya veya bölge barışını tehlikeye sokacak boyutta ya da bir ülkede iç barışı tehlikeye düşüren nitelikteki devlet destekli ihlallere “sistemik ağır ihlaller” denilmektedir. Devlet tarafından korunması gereken bir alan olması dolayısıyla kişi haklarına karşı sistemik ihlallerin önlenmesi uluslararası toplumun en duyarlı olduğu konudur. Bunlar daha çok siyasal yöntemlerle çözülmeye çalışılmaktadır.

“Bireysel ihlaller” ise belli bir kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendiren sadece bir defa işlenen, belli bir yerle ve olayla sınırlı ihlallerdir. Bu ihlaller bireyler tarafından yapılabileceği gibi, devlet/ kamu kuruluşları, gruplar veya örgütler tarafından da yapılabilir. Bunlar genellikle ceza hukuku ya da medeni hukuk sorunudur; yargısal yolla çözümlenirler. Bu tür ihlaller dolayısıyla kişilere uluslararası insan hakları sözleşmelerinin çoğunda bireysel başvuru hakkı tanınmıştır²⁰⁵.

AİHS, iç hukukumuzun temel haklar sistemini tamamlayan “uluslararası” bir koruma sistemi olduğundan²⁰⁶, Sözleşmenin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını güvence altına alan hükümleri önem taşımaktadır.

1.3.2.5.1.2. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin Sağladığı Koruma

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını koruyan AİHS 5. maddesi bağlamında, “özgürlük” kavramı kişinin fiziksel özgürlüğünü kapsar²⁰⁷. Bu kavram “yaşam hakkı”, “işkence yasağı” ve “kölelik ve zorla çalıştırma yasağı”nı düzenleyen maddelerle birlikte bireyin fiziksel güvenliğini koruyan temel haklar arasında ilk

²⁰⁵ Bkz. Akıllıoğlu s.101 vd., 157.

²⁰⁶ Akıllıoğlu, s.219; “AİHS ve ek protokolleri çerçevesinde korunan insan haklarına yönelik ihlaller, sözleşmeye taraf olan devletlerin tazminat ödemeleri yanında, mevzuat değişikliği yapmalarını da zorunlu kılan kararlara konu olabilmektedir” (Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları, s.49).

²⁰⁷ *Engel v Hollanda* A 22 (1976); 1 EHRR 706 para. 58 PC.

sırada yer alır²⁰⁸. AİHM kararlarında, demokratik bir toplumda büyük önem taşıyan bu hakkın hukuki güvenlik ve hukukun üstünlüğü kavramlarıyla olan ilişkisi²⁰⁹ ve 5. maddenin genel olarak kimsenin özgürlüğünden “keyfi bir biçimde” yoksun bırakılmamasını amaçladığı²¹⁰ birçok kez vurgulanmıştır²¹¹. Bu anlamda kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı mutlak bir hak değildir ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 5. maddesi çerçevesinde sınırlanması mümkündür²¹².

Sözleşmenin 5. maddesi bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı tüm durumlar için geçerlidir²¹³. AİHM kararlarının büyük çoğunluğu ceza muhakemesi çerçevesindeki yakalama, gözaltı veya tutuklama gibi koruma tedbirlerini ilgilendirse de, çocukların, akıl hastalarının, sınır dışı ya da iade edilecek kişilerin tutulmasını ilgilendiren davalar da bu madde kapsamındadır²¹⁴. Ayrıca Ek 4. Protokolün 2. maddesinde yer alan “seyahat özgürlüğü hakkı” da Sözleşmenin 5. maddesi ile birlikte gündeme gelebilecek haklardandır²¹⁵.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı öncelikle devlete 5. maddede belirtilen esaslara aykırı olarak bir kişinin özgürlüğüne müdahale etmeme yükümlülüğü

²⁰⁸ *McKay v Birleşik Krallık* 2006-X; 44 EHRR 827 para. 30 BD.

²⁰⁹ *Winterwerp v Hollanda* A 33 (1979); 2 EHRR 387 para. 37; *Storck v Almanya* 2005-V; 43 EHRR 96 para. 102; Özgürlük hakkı, demokratik bir toplumda son derece önemlidir. Bir kişi sırf kendi isteği ile özgürlüğünün elinden alınmasına razı olduğu gerekçesiyle, özellikle de söz konusu kişi öngörülen tedbire rıza göstermek veya karşı gelmek için gerekli hukuki ehliyetle haiz değilse, Sözleşme’nin korumasından yararlanma hakkını kaybedemez (*H.L./Birleşik Krallık, para.90; Stanev/Bulgaristan [BD], para. 119*).

²¹⁰ *Engel v Hollanda* A 22 (1976); 1 EHRR 706 PC para. 58; *Bozano v Fransa* Alil (1986); 9 EHRR 297 para. 54; *Assanidze v Gürcistan* 2004-11; 39 EHRR 653 para. 175 BD.

²¹¹ Harris/O’Boyle/Warbrick, s.24.

²¹² Gölçüklü, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, s.200; Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları, s.199 vd; İncoğlu v.d., s.180.

²¹³ Özgürlükten mahrumiyet, sadece klasik anlamda yakalama veya mahkumiyet kararıyla tutuklama ile sınırlı bir tedbir değildir; aksine çok farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir (*Guzzardi v. Italy*, Appl. Kn. 7367/76,06.11.1980, para. 95.).

²¹⁴ Harris/O’Boyle/Warbrick, s.127; Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları, s.199-236.

²¹⁵ Ek 4. Protokolün 2. maddesine göre “bir devletin ülkesi içinde hukuka uygun olarak bulunmakta olan herkes, o ülke içinde seyahat etme özgürlüğü hakkına ve yerleşme yerini seçme özgürlüğüne sahip olacaktır”. Buna göre bir ülkede hukuka uygun bulunan herkes, vatandaş, yabancı veya vatansız olduklarına bakılmaksızın seyahat özgürlüğüne sahiptir. Ancak Sözleşme bir yabancının belirli bir ülkeye giriş veya bir ülkede ikamet etmesi biçiminde bir hakkı güvence altına almadığından, taraf devletlerin yabancıların ülkeye girişini, ülkede ikamet etmesini ve ülkeden sınır dışı edilmesini düzenleme hakkı bulunmaktadır" (*Sisojeva and others v. Latvia*, (Grand Chamber), Appl. Kn. 60654/00,16.06.2005, para. 99). Bkz. İncoğlu v.d., s.180.; Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları, s.233.

getirmektedir. Devlet tarafından gerçekleştirilen her türlü tutma 5. maddenin denetimine tabidir ve bu haktan özgürlüğü kısıtlanmış kişiler de dâhil “herkes” yararlanır. Örneğin, özel bir yasal rejime tabi olmaları nedeniyle özgürlükleri sıradan vatandaşlara göre zaten bir ölçüde kısıtlı olan silahlı kuvvetler personeli de bu haktan yararlanır²¹⁶.

Sözleşmeye göre, herhangi bir özgürlükten yoksun bırakma yasal bir temele sahip olmalı ve 5/1 maddesinin (a)-(f) bentlerinde yer alan sınırlı sayıdaki sebeplerden birine dayanmalıdır. Belirli durumlarda, kanuna uygun olarak bu hakka yapılacak müdahalelere izin verilerek, kategorik olarak bu müdahaleler keyfi sayılmamaktadır. Ayrıca bu kısıtlayıcı işlemlerin açıkça belirlenmiş hukuki usullere göre yapılması ve bazı durumlarda da mahkeme kararına dayanması gerekmektedir²¹⁷. Sözleşmenin 5(2)-5(5) maddeleri, özgürlükten yoksun bırakmayı bağımsız yargı denetimine tabi tutarak ve yerel makamların bu işlemle ilgili hesap verebilirliğini sağlayarak keyfilik riskini en aza indirmeyi amaçlamaktadır²¹⁸.

Devletin müdahale etmeme (negatif) yükümlülüğünün yanı sıra, 5/1. madde uyarınca kişileri üçüncü kişilerin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını sınırlayan fiillerine karşı koruma (pozitif) yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu yükümlülük üç durumda ortaya çıkabilir²¹⁹:

(1) Devlet, yetkili makamların bilgi sahibi olduğu veya bilgi sahibi olması gereken özgürlükten yoksun bırakma hallerinde, savunmasız kişilerin etkin bir şekilde korunmasını sağlayacak makul tedbirleri almak zorundadır²²⁰.

²¹⁶ Harris/O'Boyle/Warbrick, s.124, 127; İnceoğlu v.d., s.180; Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları, s.204; Askeri disiplin cezası da dahil, daha ileri giden kısıtlamalar, 5. Madde kapsamına girebilir. Örneğin, Engel ve diğerleri v Hollanda davası.

²¹⁷ Erdoğan, s.190; “Özgürlükleri kısıtlayıcı işlemlerde yetkinin kötüye kullanılması kolaydır ve bunun sonuçları demokratik toplumun tümü için sakıncalıdır. Bu nedenle denetim yargıca verilmelidir” (Akıllıoğlu s.224).

²¹⁸ Harris/O'Boyle/Warbrick, s.124; Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları, s.237; Akıllıoğlu, s.223.

²¹⁹ Harris/O'Boyle/Warbrick, s.131; İnceoğlu, s.66, 182.

²²⁰ *Storck v Almanya* davasında, on sekiz yaşında genç bir kadın karmaşık koşullarda ve aile içi çatışmanın yaşandığı bir ortamda babasının talimatı ile özel bir psikiyatri kliniğine yatırılmıştır. Sonraki iki yıl boyunca oradan kaçmaya çalışmış ve en az bir kez polis tarafından zorla geri götürülmüştür. Mahkeme, 5(1) maddesinin ilk cümlesinin, devlete yurttaşlarının özgürlüğünü korumaya yönelik pozitif bir yükümlülük yüklediğini belirtmiştir. Kararda, bu yönde bir çıkarımın, Mahkemenin 2., 3. ve 8. maddelere ilişkin içtihadıyla da uyumlu olduğu, “demokratik bir toplumda kişi özgürlüğünün önemini yansıttığı” ve “keyfi tutmaya karşı koruma” sağladığı belirtilmiştir. Bu nedenle özel psikiyatri kurumları ruhsatlı olsa da düzenli olarak denetlenmeli ve

(2) Devlet, bir kişinin özel şahıslar tarafından özgürlüğünden yoksun bırakılmasına göz yumar veya bu duruma son vermezse, sorumluluğu söz konusu olacaktır²²¹.

(3) Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan özel hukuk kişilerine karşı açılan bir tazminat davasında ulusal yargı organlarının iç hukuku 5. maddenin ruhuna uygun yorumlamaması halinde devletin sorumluluğu olabilecektir.

Sözleşmenin 5. maddesi uyarınca “özgürlükten yoksun bırakılma” kavramı, kişinin göz ardı edilemeyecek uzunlukta bir süre boyunca sınırları belli bir yerde tutulmasını (*objektif unsur*) ve rıza gösterme bakımından ayırt etme gücüne sahip olduğu varsayılan bu kişinin tutulmaya geçerli bir rıza göstermemesini (*subjektif unsur*) içermektedir²²².

Objektif unsur bakımından klasik olarak 5. madde anlamında tutma, kişinin kapalı bir cezaevinde tutulması durumunda ortaya çıkar. Ancak İHAM kararlarına göre, 5. madde yalnızca bu duruma özgü değildir, "özgürlükten yoksun bırakma" çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı yerin mutlaka kapalı bir mekan olması gerekmemektedir²²³. Yine, bir kişinin

bireylerin tutulmasının ve tıbbi tedavinin gerekli olup olmadığı kontrol edilmelidir. (*Storck v Almanya*, 2005-V; 43 EHRR 96, para. 102.)

²²¹ *Riera Blume v İspanya*, 1999-VII; 30 EHRR 632; *Storck v Almanya* 2005-V; 43 EHRR 96 para. 91 ve 106.

²²² *Storck v Almanya* 2005-V; 43 EHRR 96 para. 74.

²²³ “*Guzzardi v İtalya* davasında başvuru, bir yargı kararı ile on altı ay boyunca Sardinya kıyısında bulunan uzak bir adada ikamet etmek zorunda bırakılmıştır. Yasadışı mafya türü faaliyetlerde bulunmakla suçlanan başvuru adada 2.5 km²’lik küçük bir köyde yaşamakta ve bu bölgede yalnızca onun gibi bir kararla gönderilen insanlar bulunmaktadır. Başvurucunun karısı ve çocukları da kendisiyle birlikte. Başvuru bu bölgede istediği gibi hareket edebilmektedir; bölgeyi çevreleyen bir çit yoktur. Ancak başvuru adanın başka bölgelerine gidememektedir. Adalılar bu bölgeye çok nadiren girebilmektedir. Başvuru günde iki kez memurlara bildirimde bulunmak zorundadır ve geceleri evden dışarı çıkması yasaktır. Bu koşullarla modern zamanların açık cezaevleri arasında bir benzerlik kuran Mahkeme, on bir oya karşı yedi oyla, başvurunun içinde bulunduğu koşulların 5. madde kapsamına girebilecek derecede özgürlükten mahrum bırakma teşkil ettiğini söylemiştir. Bu husustaki karar kritik öneme sahiptir çünkü 5(1) maddesinin hiçbir bendi başvurunun tutulmasına dayanak oluşturmamaktadır ve İtalya o dönemde 4 No’lu Protokole de taraf değildir” *Guzzardi v İtalya* A 39 (1980); 3 EHRR 333 para. 95 PC.; *Ashingdane v Birleşik Krallık* A 93 (1985); 7 EHRR 528 para. 42; *HL v Birleşik Krallık* 2004-IX; 40 EHRR 761 para. 91-2; Bkz. Harris/O’Boyle/Warbrick, s.125, 127 .

özgürlüğünden yoksun bırakılması ile ilgili asgari bir süre koşulu da bulunmamaktadır²²⁴.

Subjektif unsur açısından özgürlüğünden yoksun kılınan kişinin geçerli bir rızası bulunmamalıdır. Rıza vermeye ehil kişinin, tutulduğu anda itirazda bulunmamış olması halinde, kendisine yapılan muameleye rıza gösterdiği varsayılır. Bir hastaneye veya bakımevine yatırılma gibi durumlarda kişinin geçerli bir rıza gösterebilecek koşullarda olduğu zaman rızasının alınması gerekebilir ve kişi her zaman bu rızasından vazgeçebilir²²⁵. Sözleşmenin 5. ve 8. maddeleri uyarınca çocukların korunması ise velayet hakkının kullanılması çerçevesinde incelenmektedir²²⁶.

²²⁴ “İHAM bir saatlik bir yoksunluğu hakkın ihlali olarak değerlendirebilmektedir, örneğin bir kişinin kimliğinin tespiti amacıyla bir saat süre ile karakolda tutulması 5. madde kapsamındaki güvenceleri gündeme getirebilmektedir” (*Novolka v. Slovakia*. (admissibility), Appl. Kn. 47244/99, 04.11.2003); bkz. İnceoğlu v.d., s.181; Harris/O'Boyle/Warbrick, s.125.

²²⁵ *Storck* davasında Mahkeme, başvurunun psikiyatrik bir kurumdan birçok defa kaçma teşebbüsünde bulunduğu gerçeğinden yola çıkarak tutulmasının rızaya dayanmadığına karar vermiştir. Mahkemenin vurguladığı gibi, “demokratik bir toplumda özgürlük hakkı, kişi sadece tutulmaya rıza gösterdiği için Sözleşme korumasından mahrum bırakılamayacak kadar önemlidir. Özellikle, o kişinin sözü edilen eyleme rıza göstermeye ya da itiraz etmeye ehil olmadığı hususunda bir ihtilaf yoksa, durum daha da açıktır” (*Storck v Almanya* 2005). Ayrıca bkz. *HL v Birleşik Krallık* 2004. *Wilde, Ooms ve Versyp v Belçika* 1971; bkz. Harris/O'Boyle/Warbrick, s.129.

²²⁶ “*Nielsen v Danimarka* kararında, on iki yaşındaki bir erkek çocuğu, annesinin talebi üzerine, nevroitik durumunun tedavisi için bir devlet hastanesinin psikiyatri servisine yatırılmıştır. Çocuk, babası vasıtasıyla, bu tutulmanın 5. maddeye aykırı bir özgürlükten mahrum bırakma olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme bu davayı annenin velayet hakkının kullanılması çerçevesinde incelemiş ve tutmayı, çocuğun hareket özgürlüğünü kısıtlayan bir devlet tedbiri olarak görmemiştir. Mahkeme, bu hakkın kullanımının aile hayatının temel bir unsuru olduğunu, aile hayatına saygının Sözleşmenin 8. maddesi ile güvence altına alındığını ve Sözleşmeye taraf devletlerin hukukunda düzenlenen velayet hakkının 'çocuğun nerede yaşayacağına karar vermeyi ve çocuğun özgürlüğünü kısıtlama ya da başkalarına kısıtlama yetkisi vermeyi de içerdiğini söylemiştir. Mahkemeye göre, bu kısıtlamalar çocuğun 'okul ya da diğer eğitim ve dinlence kurumlarında' uyması gereken kuralları ve tıbbi tedavi için gerekli olan hastaneye yatırma kararlarını da kapsar. Bu kısıtlamalar tahminen ebeveynlerin, çocukları evde tutmaya yönelik disiplin kararlarını da kapsar. Bu yönde bir veli kısıtlamasının 5. madde kapsamına girebileceği düşünülse de, Mahkeme 5. maddenin bu gibi durumlara uygulanmasının amaçlanmadığını, çünkü söz konusu kısıtlamaların 'doğru bir amaca hizmet ettiğini söylemiştir. *Nielsen* davasındaki durum budur çünkü anne, oğlunun hastaneye yatırılışına onun sağlığını düşünerek rıza göstermiştir; oğlunu iddia edildiği gibi babasından uzak tutmaya çalışmamıştır. Mahkeme bu nedenle, başvurunun hastaneye yatırılışının 5. madde kapsamına girmediğine, söz konusu tedbirin 'annenin velayet hakkının sorumluluk içinde çocuğun yararına kullanımı sonucu ortaya çıktığına' karar vermiştir” *Nielsen v Danimarka* 1988 (Harris/O'Boyle/Warbrick, s.129, 399 ve 423).

1.3.3. Anayasal Koruma

1.3.3.1. Genel Bilgiler

Batının özgürlükçü savaşlarının sonucu, *demokratlaşma* ve *anayasacılık/ anayasalandırma* akımları doğmuştur. Kişi, devlet karşısında bir taraf olarak tanınmış²²⁷; kişi hak ve özgürlükleri, iktidarın akılcı ve doğal sınırı sayılmıştır²²⁸.

İngiltere’de yazılı bir anayasa bulunmamakla birlikte sırasıyla “*Magna Carta Libertatum*”(1215), “*Petition of Rights*”(1628), “*Habeas Corpus Act*”(1679), “*Bill of Rights*”(1689), “*Act of Settlement*”(1701) gibi belgeler kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının (*habeas corpus güvencesinin*) tanınmasına katkıda bulunmuşlardır. Eski İngiliz kolonisi olan Pennsylvania (1776) ve Massachusetts (1780) anayasalarının biçimlendirilmesi sonucunda ilk kez 17 Eylül 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasası ile kişi güvenliği ve bağımsız yargıç güvenliği tanınmış; kamu yararı gereğince isyan ve işgal dışında *habeas corpus güvencesinin* hiçbir biçimde kaldırılamayacağı kabul edilmiştir.

Klasik liberal anlayışta önceleri, soyut olarak özgürlüklerin ilan edilmesi ve devletin bu alana müdahaleden çekinmesiyle özgürlüklerin en iyi şekilde gerçekleşeceği fikri hâkimdi. Ancak uygulamada özgürlüklerin bu yolla korunamadığı anlaşıncı klasik hak ve özgürlüklerin sosyal haklarla tamamlanması gereği ortaya çıktı. Fransız ihtilali sonrasında kişilere pozitif hakların tanınmasıyla birlikte, hem ekonomik ve sosyal hakların hem de klasik özgürlüklerin sağlanması bakımından devletin soyut kavramları somut belgeler haline getirme yükümlülüğü kabul edildi. Özgürlüklerin kapsamının anayasalar ile düzenlenmesi, aynı zamanda devlet-birey ilişkileri ve bireyler arası ilişkiler bakımından özgürlüklerin sınırlarının belirlenmesi anlamına gelmektedir²²⁹. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin anayasal kurallar kişi özgürlüklerini yasama, yürütme ve yargı organına karşı korumaktadır²³⁰.

²²⁷ Tunaya, s.294.

²²⁸ Tunaya, s.288.

²²⁹ Ersoy, kn.7, 14, 16; Özek, Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri, s.952.

²³⁰ Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hakkında bkz. Kapani, 217; Mumcu/Küzeci, s.138; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku (2013), s.77 vd.

1791 Polonya Anayasası, Kıta Avrupa'sında anayasacılık tarihi bakımından önem taşımasına karşın, birey haklarına pek az yer vermiştir. Modern anayasacılık sürecinin yazılı anayasalarından olan 1791 Fransız Anayasası ise, doğal ve medeni hakları güvence altına almış ve temel haklar listesinde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ayrıca yer vermiştir. Yine, kişi hak ve özgürlüklerine yer veren 19. yüzyıl erken dönemi anayasalarından 1812 İspanya, 1831 Belçika ve 1851 Prusya Anayasaları birçok ülke anayasalarını etkilemiştir²³¹.

1840'lı yıllarda sosyal ve siyasal hakların kullanımının genişletilmesi amacıyla gerçekleştirilen devrimler sonrasında ortaya çıkan Avrupa anayasalarından biri olan 1848 Frankfurt/(Alman) Anayasası, yer verdiği temel haklar listesinin yanı sıra, kişi özgürlüğü ve dokunulmazlığını güvence altına alan yüksek standartlar getirmiştir²³². 1871 Alman İmparatorluk Anayasası²³³ birey hak ve özgürlükleri alanında yetersiz ise de 1919 "Weimar Anayasası" ile kişi özgürlüğünün dokunulmazlığı 114. maddesinde kapsamlı biçimde düzenlenmiştir²³⁴.

Günümüzde Fransa Anayasası²³⁵ ve Belçika Anayasası²³⁶ kişi özgürlüğü ve güvenliğinin korunmasına ilişkin ilkeyi belirterek, diğer düzenlemeleri kanuna bırakmaktadır. Avusturya Anayasasının 44 ve 149. maddelerine göre, Kişisel Özgürlüklerin Korunması Hakkında 27 Ekim 1862 tarih ve RGBI 88 sayılı Kanun "anayasal kanun/anayasal hükümler" niteliğindedir²³⁷.

²³¹ 1812 İspanya (Cadiz) Anayasası Avrupa'da ve Latin Amerika'daki anayasalar (örneğin, 1826 Portekiz, 1821 Kolombiya, 1824 Meksika Anayasaları gibi) üzerinde, 1831 Belçika Anayasası 1837 İspanyol Anayasası üzerinde, 31.01.1851 tarihli Prusya Anayasası ise 1876 Osmanlı Kanun-i Esasi'si ve 1890 tarihli Japonya Anayasası üzerinde etkili olmuştur. Bkz. Gemalmaz, s.181-183.

²³² Gemalmaz, s.229 vd.

²³³ Gemalmaz, s.233.

²³⁴ 1919 Alman Cumhuriyeti (Weimar) Anayasası hk. Kapani, s.55; Gemalmaz, s.271 vd., Weimar Anayasasından etkilenen anayasalar arasında 1919 Romanya, 1920 Estonya, 1920 Çekoslovakya, 1921 Polonya, 1921 Yugoslavya, 1931 İspanya Anayasaları belirtilebilir (Gemalmaz, s.281).

²³⁵ "Kimse keyfî olarak tutuklanamaz. Bireysel özgürlüklerin koruyucusu olan yargı erki, yasada öngörülen koşullara uygun olarak bu ilkeye riayet edilmesini temin eder" (Fr.Ay. m.66).

²³⁶ "Bireyin hürriyeti teminat altına alınmıştır. Kanunda belirtilen haller haricinde ve kanunda belirtilen şeklin dışında hiç kimse hakkında adli takibat yapılamaz. Suçüstü halleri hariç, hiç kimse hâkimin gerekçeli kararı olmaksızın tutuklanamaz. Gerekçeli karar tutuklama anında, ya da en geç yirmi dört saat içerisinde verilmelidir"(Bel.Ay. m.12)

²³⁷ Avusturya Anayasası'nın 78/a maddesine göre ayrıca "bireylerin can, sağlık, hürriyet veya malları gerçek bir tehlike ile karşı karşıya ise, ya da böyle bir yakın tehlike mevcut ise, emniyet yetkilileri,

Almanya, Polonya, İspanya, Portekiz, İtalya, Danimarka, Hollanda ve İrlanda anayasalarında ise kişi özgürlüğü ve güvenliğinin korunmasına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu anayasalarda insan onuru/haysiyeti, insan haklarının dokunulmazlığı ve devredilmezliği (Al.Ay. m.1, Por.Ay. m.24/1 ve 25/1, İsp.Ay. m.10 ve 15, Pol.Ay. m.30, İtl.Ay.m.2, Hol.Ay. m.10 ve 11, İrl.Ay. Giriş metni), kişi özgürlüğü ve güvenliği, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı (Alm.Ay. m.2, Por.Ay. m.27, 28 ve 31, İsp.Ay. m.17, Pol.Ay. m.41, İtl.Ay.m.13, Hol.Ay. m.15, Dan.Ay. m.71, İrl.Ay. m.40/4) ilkelerine yer verildikten sonra, ayrıca özgürlüklerin kısıtlanmasının sınırları ve yargı denetimine ilişkin süreler (Alm.Ay. m.104, Por.Ay. m.28 ve 30, İsp.Ay. m.55, Pol.Ay. m.31,233 İtl.Ay.m.13 ve 25, Hol.Ay. m.15 ve 113, Dan.Ay. m.71, İrl.Ay. m.40/4) güvence altına alınmıştır.

Söz konusu anayasalarda uluslararası hukukun genel ilkelerinin kabul edildiğine, uluslararası antlaşmalara ve sözleşmelere öncelik ya da üstünlük tanındığına ilişkin çeşitli düzenlemelere (Alm.Ay. m.24, Avust.Ay. m.9, İtal.Ay. m.10, Pol.Ay. m.9, Fr.Ay. m.55, İrl.Ay. m.29/5, Hol.Ay. m.91, 94, Por.Ay. m.7, 91/2,3, Yun.Ay. m. 28/1) yer verilmiştir. İspanya Anayasasında ayrıca “*Anayasa tarafından tanınan temel haklar ve özgürlüklerle ilgili ilkelerin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’ne ve bu konuda İspanya’nın onay verdiği uluslararası antlaşmalara ve sözleşmelere uygun olarak yorumlanacağı*” (İsp.Ay. m.10/2) açıkça vurgulanmıştır.

1.3.3.2. Hukukumuzda Anayasal Koruma

1.3.3.2.1. Hukukumuzdaki Gelişmeler

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının hukukumuzdaki gelişme sürecinde, Osmanlı Devleti’ndeki 1808 Sened-i İttifak, 03.11.1839 Gülhane Hatt-ı Hümayunu (Tanzimat Fermanı), 28.02.1856 Islahat Fermanı, 1875 Fermanı Adalet ve 1876 tarihli Kanun-i Esasi başlıca belgelerdir²³⁸. İlk belgelerde sayılan somut haklar, zamanın hak ve özgürlükler katalogu ile kıyaslanamayacak kadar cılız²³⁹ olsa da

bu riski ortadan kaldırmaktaki yetkilerine bakılmaksızın, ilgili yetkili merciinin konuya müdahalesine kadar asli yardımı yapmakla yetkilidir”.

²³⁸Kapani, s.85 vd.; Gemalmaz, s.196; Bülent Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, Yapı Kredi, 5. Bs., İstanbul 2000.

²³⁹Tunaya, s.324; Kapani, s.96; Tanör, s.117.

özellikle 1839 tarihli fermanla cezaların yasallığı ve yargılamasız ceza olmaz ilkeleri gibi kişi güvenliği açısından önemli gelişmeler kaydedilmiştir²⁴⁰. Hak ve özgürlüklerin anayasalara geçirilmesi eğilimi ve anayasaların yönlendirici etkileşimi süreci, Osmanlı-Türk anayasacılık gelişiminde 1876 tarihli Kanun-i Esasi’de yansımalarını bulmuştur²⁴¹. Kanun-i Esasi, Tanzimat’ın bu konuda getirdiklerini çok aşan bir düzenlemeyle ortaya çıkmıştır. Bu belgede yer alan, kişi özgürlüğü (m.9) ve kişi dokunulmazlığına (m.10) ilişkin yargısal güvenceler azımsanamaz. Buna karşılık, Kanun-i Esasi uygulamaya geçirilemediğinden özgürlükler alanında bir gelişme sağlanamamıştır²⁴².

Türkiye’de 1921 Anayasasında insan haklarına açıkça değinilmemiştir. 1924 Anayasasının hazırlanışında, doğal haklar doktrinine dayanan 1875 Fransız Anayasası ve geniş ölçüde ondan esinlenmiş olan Polonya Anayasası göz önünde tutulmuştur. 1924 Anayasasının “haklar ve özgürlükler” bölümünde (m.68-88) “kamu özgürlükleri” soyut bir şekilde düzenlenmiş, bu hak ve özgürlükler güvenceye alınmamıştır²⁴³.

1961 Anayasasında ise kişi hak ve özgürlükleri ile güvenceleri açısından daha çok 1949 Federal Almanya Anayasasından esinlenilmiştir. Felsefi açıdan özgürlük anlayışı gerçekçi bir temele dayandırılmış; herkesin “kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere” sahip olduğu hükme bağlanmıştır (m. 10/1)²⁴⁴. Ayrıca sosyal ve ekonomik hakların tanınmasıyla çağdaş özgürlük anlayışını benimseyen güvenceli bir sistem getirilmiştir. 1971 ve 1973 değişiklikleri ile kişi güvenliği önemli kısıtlamalara uğramıştır²⁴⁵. 1982 Anayasasının özgürlükler sistemi çeşitli açılardan haklı olarak eleştirilmekte²⁴⁶ ise

²⁴⁰ Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları, s.47;

²⁴¹ Akın, s.59; Gemalmaz, s.197; Akıllıoğlu, s.139.

²⁴² Bkz. Kapani, s.103, Tanör, s.145 vd..

²⁴³ Kapani, s.108 vd.; Akın, s.59; Akıllıoğlu, s.140; Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları,, s.47.

²⁴⁴ Kapani, s.117.

²⁴⁵ 1961 metnine göre, yakalanan veya tutuklanan kişilerin yirmidört saat içinde hâkim önüne çıkarılmaları gerekiyordu. Bu süre genel olarak kırksekiz saate, toplu olarak işlenen (siyasal nitelikteki) suçlarda ve sıkıyönetim zamanında ise, 1971 değişikliğiyle yedi güne, 1973 değişikliğiyle de onbeş güne çıkarılmıştır. (Kapani, s.134); Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s.290 vd.

²⁴⁶ Akıllıoğlu, s.142;

de, kişi dokunulmazlığı (m.17), kişi özgürlüğü ve güvenliği (m.19) bakımından 1961 Anayasası ile başlayan “*Habeas Corpus güvencesi*” anlayışı korunmuştur²⁴⁷.

1.3.3.2.2. Anayasamızdaki Koruma Sistemi

1.3.3.2.2.1. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri

İnsan hakları hukukunun genel teorisi, iç hukuk ile uluslararası hukukun bütünleşmesine dayanmaktadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ni (1948) temel olarak kabul eden Avrupa Konseyi Statüsü (1949) ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950) ve Avrupa Toplumsal Andlaşması (1961) “Avrupa Anayasası” niteliğindedir. Uluslararası kaynaklar ve koruma sistemi iç hukukun bir parçası, tamamlayıcısı konumundadır²⁴⁸.

Uluslararası sözleşmelerin iç hukukumuzdaki hiyerarşik değerini Anayasanın 90. maddesi belirlemektedir. Bu düzenleme ile usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler ile iç hukuk normlarının çelişmesi halinde ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda *temel hak ve özgürlüklere ilişkin*²⁴⁹ uluslararası sözleşmelere öncelik verileceği belirtilmiştir²⁵⁰.

Anayasanın 90. maddesine göre, hâkimler bir davada uygulanacak yasa hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme arasında bir çatışma bulunduğunda uluslararası sözleşmeyi uygulamak zorundadırlar. Bu bağlamda hâkimin usulüne göre onaylanmış olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ve ek Protokollerini uygulama yükümlülüğü bulunmaktadır²⁵¹.

²⁴⁷ Kuzu, s.68, 94, 107.

²⁴⁸ Akıllıoğlu, s.100.

²⁴⁹ Doktrinde, Anayasanın 90. maddesinde “*insan haklarına koruma veya güvence sağlayan*” sözleşme yerine “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” sözleşme teriminin tercih edilmesi eleştirilmektedir. Bkz. İnceoğlu vd. s.9; Akıllıoğlu, s.105.

²⁵⁰ Akıllıoğlu, s.106; Erdoğan, s.121; 2004 anayasa değişikliği öncesinde uluslararası sözleşmelerin yasalardan daha üstün bir yere sahip olduğunu savunanlar olduğu gibi, uluslararası sözleşmeler ile yasaların eş değerde olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır. Anayasa mahkemesi de 27.02.1997 tarih ve 1996/55 E.- 1997/33 K. sayılı kararında uluslararası sözleşmeler ile yasaları eş değerde görmüştür. Bkz. İnceoğlu vd. s.8.

²⁵¹ Akıllıoğlu, s.105; Erdoğan, s.173; Hakim Sözleşmeyi yorumlarken AİHM kararlarına uygun bir biçimde yorum yapmalıdır, aksi halde AİHS’i öncelikle uygulama görevini yerine getirmiş olmaz. Bkz. İnceoğlu vd. s.9, 20; Gemalmaz, M. Semih, “Ulusal Yüksek Yargı Yerleri Kararlarında Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgelerinin Kavranış ve Kullanılışı”, **Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı**, İmaj yay, Ankara 2006, s. 117-183.

AİHS'nin iç hukukumuzdaki hiyerarşik değeri Yasama organına da yükümlülük getirmektedir. Anayasa, insan haklarına koruma getiren uluslararası sözleşmeyle çatışan kanunun uygulanmamasını emrettiği için, uygulanması mümkün bulunmayan bir kanun Meclis tarafından kabul edilemez. Aksi halde, uluslararası sözleşmeyle çatışan kanunun Anayasaya aykırılığı ve Anayasa Mahkemesinin kanunu iptal etme yetkisi gündeme gelecektir²⁵².

Türkiye AİHS'yi 18 Mayıs 1954'te onaylamış; 28 Ocak 1987'de Komisyona bireysel başvuru hakkını, 28 Ocak 1990'da Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini tanımıştır. Anayasanın 148. maddesine 12.9.2010 tarihli değişiklikle eklenen *“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır”* düzenlemesiyle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı hukukumuzda girmiştir. İnsan haklarını korumanın en etkili yolu olan yargı yoluyla korumanın nihai aşaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru yoludur. Bu yola başvurabilmek için iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir²⁵³.

1.3.3.2.2. Anayasamızda Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı

Temel hak ve özgürlükleri iç hukuk yolları ile korumanın en bilinen yolu, temel hak ve özgürlükleri yazılı ve katı bir anayasada sayarak güvence altına almaktır. Yasama organına karşı koruma için anayasa yargısına, yürütme organına ve özel kişilere karşı koruma açısından ise idari yargıya ve adli yargıya başvuru yolları en etkili araçlardır²⁵⁴.

Uluslararası hukukta temel haklara yön veren ilkelerin başında gelen insan onuru/insan haysiyeti Anayasamızda da temel kavram olarak benimsenmiştir. Evrensel ilkeleri kabul eden çağdaş anayasalara benzer biçimde, Anayasamızın başlangıç kısmında ve 17. maddesinde “kişi dokunulmazlığı, insanın yaşama,

²⁵² İnceoğlu vd. s.10.

²⁵³ Erdoğan, s.308 vd.; Gözler, s.306.

²⁵⁴ Gözler, s.301; Erdoğan, s.308 vd.

maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya işleme tâbi tutulamayacağı” vurgulanmıştır²⁵⁵.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı Anayasanın 19. maddesinde “herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir” ifadesiyle tanınmış, yine AİHS 5. maddesi ile aynı doğrultuda ayrıntılı biçimde bu hakkın kapsamı ve istisnaları düzenlenmiştir²⁵⁶. Ayrıca bu hükümlere aykırı işlemler nedeniyle mağdur olan kişilere devlet tarafından tazminat ödenmesi kabul edilmiştir²⁵⁷.

²⁵⁵ Akıllıoğlu, s.7; Kalabalık, s.39.

²⁵⁶ “Kişi hürriyeti ve güvenliği

Madde 19 – 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 hakim kararıyla tutuklanabilir. Hakim 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 hakim huzuruna çıkarılınca kadar bildirilir.

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 hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.

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.

Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir”.

²⁵⁷ Böylece açık kanun hükmü bulunmayan hallerde de AİHM içtihadına uyumlu olarak Devletin sorumluluğu kabul edilmiş bulunmaktadır. İncoğlu vd. s.185; Akıllıoğlu s.146.

19. madde gerekçesinde, kişi özgürlüğü ve güvenliği kavramı “*kişinin vücut ve hareket serbestisine sahip olması*” olarak, bu hakkın güvencesi ise “*kimsenin kanunda gösterilen hal, kusur ve şartlar dışında bu hareket serbestisinden mahrum edilmemesi; yani yakalanıp tutuklanamaması*” biçiminde tanımlanmıştır. AİHS’nin 5. maddesiyle büyük benzerlik gösteren bu düzenlemeyle keyfi yakalama ve tutuklamaya karşı güvenceler (*habeas corpus güvencesi*) kurala bağlanmıştır. Özgürlük haklarının başında yer alan bu güvence İnsan Haklarının özü niteliğindedir²⁵⁸. Öte yandan, maddenin kapsamı yakalama ve tutuklama kavramları ile sınırlı olmadığından, kişinin herhangi bir nedenle özgürlüğünden yoksun bırakıldığı her durumda uygulama alanı bulunmaktadır²⁵⁹.

Kişi özgürlüğünün kısıtlanabileceği istisnai haller AİHS 5/1 maddesinin (a)-(f) bentleri²⁶⁰ ile uyumlu biçimde Anayasanın 19. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında sınırlayıcı sayım yoluyla belirlenmiştir. Özgürlük lehine yorum kuralı gereğince bunlar sınırlıdır, yorumla genişletilemez. Dolayısıyla, 19. maddede belirtilen sebeplere dayanmayan sınırlamalar 13. maddeye göre Anayasaya aykırılık oluşturacaktır²⁶¹. Böylece, özgürlükten yoksun kılmanın ancak kanunda gösterilen durumlara bağlı olduğu vurgulanmıştır (Ay. m.19/2, AİHS m.5/1). Devletin, gerek maddi ve gerekse muhakeme hukukuna ilişkin hükümlere uygun hareket etme yükümlülüğü bulunmaktadır. AİHS m.5 açısından, özgürlükten yoksun kılmanın

²⁵⁸ Akıllıoğlu s.93.

²⁵⁹ İnceoğlu vd. s.184; bkz. aynı doğrultuda AYM 26.11.2002, 2000/82 E.-2002/193 K.

²⁶⁰ “**a)** Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması; **b)** Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması; **c)** Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması; **d)** Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması; **e)** Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması; **f)** Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması”

²⁶¹ Akıllıoğlu s.222; İnceoğlu vd. s.186; Hak ve özgürlüklerin ancak yasa yoluyla sınırlandırılması kuralı, insan hakları uluslararası hukukunun temel ilkelerinden biri olduğundan, yasanın hatta anayasanın İHAS’a uygunluğu denetlenebilir. Bkz. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku (2013), s.82.

ulusal alandaki kurallara uygun olarak yapılmış olması, bu işlemin Sözleşme'ye uygunluğunun ön koşuludur²⁶².

Anayasanın 19. maddesinde belirtilen negatif yükümlülüklerin yanı sıra, 5. madde uyarınca devletin pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre “Kişi hürriyeti, herkesin genel olarak faydalanması gereken temel haklardandır. Bundan mahrumiyet diğer bazı temel hak ve özgürlüklerin kullanımını doğrudan ve olumsuz etkiler. Hukuka aykırı olarak hürriyetinden yoksun bırakılan kişinin bu durumdan bir an önce kurtarılması için gerekli ve etkili tedbirlerle, bu ihlallerin tekrarını önlemek bakımından caydırıcı yasal düzenlemeleri yapmak devletin pozitif yükümlülüklerindendir”²⁶³.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ilgili Anayasamızdaki düzenlemelerin AİHS'nin 5. maddesiyle büyük ölçüde örtüştüğü; ancak bu hakkın kısıtlanması bakımından iki uyumsuzluk bulunduğu görülmektedir. İlk olarak Anayasamızın 38/10. maddesindeki “*İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir*” hükmüne göre idarenin özgürlüğü bağlayıcı ceza verebilmesi, AİHS'nin 5/1-a maddesine aykırıdır²⁶⁴. İkincisi ise, AİHS'nin 5/2 maddesinde,

²⁶² AİHM tarafından bir yasal düzenlemenin taşınması gereken erişilebilirlik, öngörülebilirlik ve belirlilik niteliklerinin Anayasa Mahkemesi tarafından da aranması gerekmektedir. Buna göre kişilerin özgürlüklerinden yoksun kılınması için gerekli koşulların yasayla açık biçimde ortaya konmuş ve uygulamanın da öngörülebilir olması aranır. Anayasa Mahkemesi de 19. madde kapsamında kişi özgürlüğüne ve güvenliğine yönelik sınırlamalara dair yasal düzenlemelerin “içeriği açıkça anlaşılamayan” kavramlara dayanılarak getirilmesini Anayasaya aykırı bulmuştur (26.11.1986, 1985/8 E.- 1986/27 K.). Bkz. İnceoğlu vd. s.186; Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları, s.206;

²⁶³ AYM 28.01.2010, 2009/6 E.- 2010/719 K. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/899778f5-71e9-452d-aa7c-fcef6819ca46?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>; İnceoğlu vd. s.186.

²⁶⁴ Disiplinsizlik nedeniyle üstü tarafından 21 gün oda hapsi cezasına çarptırılan bir astsubayın Türkiye aleyhine yaptığı başvuru hakkında AİHM, kişinin özgürlüğünden ancak bir mahkeme tarafından verilen kararla yoksun bırakılabileceğini, cezayı veren üstün bir yargıç niteliği taşımadığını, askeri hiyerarşi nedeniyle kendi üstlerinden bağımsız hareket edemeyeceğini belirterek AİHS'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğine hükmetmiştir. A.D. C. Turquie, Req. Kn.29986/96, 22.12.2005, para.22). Kararın çevirisi için http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/29986_96.pdf; Anayasa Mahkemesi 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 23. maddesinde yer alan “*Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli Devlet memurları ... hakkında*” oda hapsi cezası verilebileceğine dair düzenleme hakkında açılan iptal davasında, bu düzenlemede öngörülen göz veya oda hapsi cezalarının, niteliği, yerine getirilmesi ve sonuçları bakımından ceza hukuku anlamında özgürlüğü bağlayıcı ceza niteliği taşımayan sadece disiplini koruma ve bozulan disiplini sağlama niteliğinde olan cezalar olarak değerlendirmiş ve bu konunun Anayasanın 38. maddesinde belirtilen “Silahlı Kuvvetlerin iç

özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin derhal bilgilendirilme hakkı güvence altına alınmış olmasına rağmen, Anayasamıza göre toplu olarak işlenen suçlarda dört gün sonra dahi bilgilendirme yapılabilmesidir (Ay. m.19/4-5). Bu iki düzenlemenin AİHS ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir²⁶⁵.

1.3.4. Ceza Hukukunun Sağladığı Koruma

1.3.4.1. Genel Olarak

Ceza hukukuna yüzyıllar boyunca hâkim olan keyfilik, kişi özgürlüğünün ve dokunulmazlığının büyük zarar görmesine yol açmıştır. 18 yüzyılda buna bir tepki ve insanlığın zaferi olarak ortaya çıkan klasik liberal doktrine göre ceza hukukunun başlıca hedefi “kişi özgürlüğü ve dokunulmazlığına hiç bir şekilde zarar vermeden ve bunları tehlikeye düşürmeden toplumu savunmak, toplumun savunması ile çatışması durumunda ise kişi özgürlüğü ve dokunulmazlığını üstün tutmak” olmuştur²⁶⁶.

Günümüzde ceza hukukunun şekillenmesinde büyük rol oynayan “suç politikasının” temel ilkelerinden biri de insan haklarına olabildiğince saygılı olmak ilkesidir. Kişi hak ve özgürlüklerinin korunması esasına dayanan bu ilke, suç oluşturacak fiillerin belirlenmesindeki ölçüyü de göstermektedir. Topluma zarar veren veya zarar verme tehlikesini taşıyan fiillere karşı toplumsal tepkilerin oluşturulmasında Birleşmiş Milletler ve Avrupa İnsan Hakları sözleşme ve bildirilerinde yer alan esaslar mutlaka göz önünde bulundurulmalı ve bunlara aykırı uygulamalara yer verilmemelidir²⁶⁷.

düzeni” ifadesi kapsamına girdiğini belirterek Anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkeme “TSK.nde görevli bulunan gerek asker ve gerekse sivil personel hakkında idare tarafından kişi hürriyetini bağlayıcı yaptırımların uygulanabilmesine olanak tanıyan düzenlemelerin yapılmasına Anayasanın 38. maddesinde izin verilmiş olduğu” sonucuna varmıştır. Bkz. AYM 25.11.2005, 2000/34 E.- 2005/91 K. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9a64aecf-9aa1-4336-b2fd-13bd54e9ac40?excludeGereke=False& wordsOnly=False>

²⁶⁵ İnceoğlu vd. s.207; Erdoğan, s.191 vd.

²⁶⁶ Dönmezer/Erman, I., kn.95; Sulhi Dönmezer, Siyasal İklim, Bilimlerin Durumu ve Ceza Hukuku, İÜSBFD, Y: 3, S; 3-5, 2012, s.16 vd.; Beccaria, s.57.

²⁶⁷ Dönmezer, Siyasal İklim, Bilimlerin Durumu ve Ceza Hukuku, s.25 vd.

Özgürlük doğrudan doğruya ceza hukukunu ilgilendiren bir kavramdır. Ceza hukuku kişi özgürlüğü ile en yakın ilgili olan kanundur²⁶⁸. Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan “kanunsuz suç olmaz” (*nullum crimen sine lege*) ve “kanunsuz ceza olmaz” (*nulla poena sine lege*) ilkeleri kişi hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Dayanağını Anayasamızın 38. maddesinin oluşturduğu ve TCK'nın 2. maddesinde yer alan “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” ile ceza hukuku uygulamasında devletin bireye karşı keyfi muamelede bulunmasının önlenmesi amaçlanmıştır. *Suçta kanunilik ilkesi*, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilememesini, *cezada kanunilik ilkesi* ise hiç kimsenin belli bir suçla ilgili olarak kanunda öngörülmeleyen bir ceza ile ya da kanunda öngörülen cezadan daha ağır bir ceza ile cezalandırılmamasını ifade eder. Bu ilkelere göre, ceza kanunu hükümleri açık, belirgin ve kesin olmalı; ayrıca kolay anlaşılır, sonuçları önceden görülebilir olmalıdır²⁶⁹. Kişi özgürlüğünün güvencesi için ceza kanunu kusursuz bir hukuk tekniğine sahip olmalıdır²⁷⁰.

Türk Ceza Kanunun 1. maddesine göre, “*Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir*”. 5237 sayılı TCK'nın hazırlanmasında esas alınan felsefi düşüncelere yer veren TBMM Adalet Komisyonunun Türk Ceza Kanunu Tasarısına ilişkin 03.08.2004 tarih ve 1/593 E.-60 K. sayılı Raporunda “*suç siyaseti ile güdülen amaca ulaşabilmek için, uyulması gereken ana ilkeler, kusur ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve hümanizm ilkesi*” olarak belirtilmiştir²⁷¹.

Ceza muhakemesi hukuku gerçeği araştırırken kişi hak ve özgürlükleriyle toplumun çıkarını uzlaştırmaya çalışmakta ve özellikle de bireyi korumaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin Anayasal çerçevede sınırlanması sadece hak ve

²⁶⁸ “Devlet Hürriyeti himaye etmekle kendi temel nizamlarından birini de korumuş olmaktadır” (Özek, Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri, s.949).

²⁶⁹ Montesquieu, s.196; Beccaria, s.31; Heinrich, I, kn.23; Özgenç, Genel Hükümler, s.116.

²⁷⁰ Erem/Danışman/Artuk, s.73; “Suç ve cezaları tayin eden ve suçların tesbiti ve cezaların uygulanması usulünü düzenleyen açık ve iyi kanunların mevcudiyeti, hürriyetin güvenilir garantisi, hattâ, kişi hürriyetlerinin etkili bir (biçimde) korunması için ilk şarttır” Florian, “Delitti”, s.148’den naklen (Ersoy, kn.39).

²⁷¹ TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı:664, Komisyon Raporu, s.224 vd.

özgürlüklerin alanını daraltmak için değil, aynı zamanda çizilen sınırlar içinde her türlü saldırı ve müdahaleden korunmasını sağlamak içindir. Ceza muhakemesi hukukunda bireyin hak ve özgürlüklerini sağlamak üzere kabul edilen şekil ve formaliteler, yürütme ve yargılama kuvvetlerinin yetkilerini sınırlandırması bakımından, insan hak ve özgürlüklerinin bekçisidir²⁷². Kişi hak ve özgürlüklerine önemli ölçüde müdahaleyi gerekli kılan ceza muhakemesine ilişkin yasal düzenlemeler, Anayasada öngörülen sınırlama ölçütleri göz önünde bulundurularak yapılmaktadır²⁷³. Ceza Muhakemesi Kanununda, kişi özgürlüklerinin sınırlandırılması gerektiğinde uyulması gereken kurallar ayrıntılı biçimde güvence altına alınmaktadır. Tutuklama, yakalama, arama, elkoyma, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme gibi muhakeme işlemlerinde devlet organlarının keyfiliğini önlemek için hâkim kararı aranmaktadır²⁷⁴.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlarını gösteren Anayasa’da belirlenen yetki ve sınırlar çerçevesinde, her kanun hak ve özgürlükleri hem sınırlayıcı hem de koruyucu işlevi yerine getirir²⁷⁵. Anayasa’da düzenlenen hak ve özgürlüklerin güvencesi olarak, bunları ihlal eden davranışlar kanunlarda suç olarak tanımlanmışlardır²⁷⁶. Ceza ve ceza muhakemesi kanunları bireyin gerek devletle gerekse diğer bireylerle ilişkileri bakımından koruma sağlar. Ceza ve ceza muhakemesi hukuku bir yandan bireyin devletle olan ilişkisinde keyfiliğin

²⁷² “Amerikan hukukunda devletin yaşam, özgürlük veya mülkiyet haklarını kısıtlayabilmesi için ‘dürüst yargılama ilkesini’ yerine getirmesi gerekmektedir. Bunlardan özgürlüğün kısıtlanması, fiziksel kısıtlama ve yasal düzenlemeyle engelleme olmak üzere iki şekilde olabilir. Kişi özgürlüğünün fiziksel olarak kısıtlanması bir suçlama nedeniyle olabilir. Fiziksel kısıtlama için dürüst (hakkaniyete uygun) yargılama yapılmış olmalıdır. Eğer böyle bir muhakeme sonucunda verilmiş bir karar yoksa yakalamanın ‘makul şüpheye’ dayanması ve yakalanan kişinin derhal hâkim önüne çıkarılması zorunludur. Öte yandan cezai mahkûmiyet dışında da (çocuğun eğitilmesi ya da kendisi veya çevresi açısından tehlike yaratan akıl hastalarının tedavisi amacıyla) özgürlüğün fiziksel olarak kısıtlanması, bu gereksinimin dürüst yargılamayla tespit edilmesiyle mümkündür. Çocukların gözetimine alınmalarında özgürlük hakkı sınırlı olarak kabul edilmiştir. Ağır bir suç işlemekle suçlanan çocuklar ve gençler bakımından gözetimine alma gencin yararına görülmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesinin bir kararına göre ‘büyüklerin aksine, küçükler daima bir tür gözetim durumundadır; ana-babası veya okulu çocuğun durumunu sürekli olarak izlemekle yükümlüdür. Bu nedenle çocuğun tam özgürlüğe sahip olduğu söylenemez’ ” (Kunter/Yenisey, kn.15).

²⁷³ Özgenç, Genel Hükümler, s.60.

²⁷⁴ Ersoy, kn.41; Kuzu, s.2.

²⁷⁵ Dönmezer/Erman, I, kn.18; Ersoy, kn.34.

²⁷⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s.55, 59.

önlenmesi bakımından kişi hak ve özgürlüklerini güvence altına alan ilkelere yer vermekte; diğer yandan bireyler arası ilişkilerde özgürlükleri ihlal eden fiilleri ceza yaptırımını altına almak suretiyle suç saymaktadır²⁷⁷.

Maddi ceza hukukunun özgürlüğe sağladığı koruma, üç şekilde ortaya çıkabilmektedir. Özgürlüğe karşı suçlar: birey-devlet ilişkileri bakımından devlet organlarının kişi özgürlüklerine karşı fiilleri, bireyin Anayasal özgürlük düzenine karşı fiilleri ve son olarak da bireyler arasındaki ilişkiler bakımından kişilerin birbirlerinin özgürlüklerine karşı fiilleri olabilmektedir²⁷⁸. Konumuz olan kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu, kişilerin birbirlerinin özgürlüklerine karşı fiilleri kapsamında yer almaktadır.

1.3.4.2. Hukuksal Değer

Hukuksal değerlerin korunması, suç politikasının belirleyici bir ölçütüdür²⁷⁹. Belirli bir fiilin suç haline getirilmesi, genel bir ifadeyle, belirli bir toplum içinde ceza yaptırımıyla karşılanması gereken hareketlerin soyut ve belirli bir içerikle tanımlanmasıdır²⁸⁰. Bu nedenle, bir ceza normunun anlam ve kapsamının, koruma alan ve yönünün doğru saptanması, öncelikle o normla tamamen veya kısmen korunmak istenen hukuksal değerın doğru saptanmasıyla mümkündür²⁸¹.

Hukuksal değerler esasen bireye ait olan ve onun özgürlüğünden kaynaklanan zorunluluklar olup, her alanda bu özgürlüğün yaşanmasına ve geliştirilmesine hizmet eder²⁸². Suçun doğrudan doğruya veya dolaylı olarak devlete özgü değerleri

²⁷⁷ Bkz. Ersoy, kn.17, 20; Özek, Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri, s.933.

²⁷⁸ Ersoy, kn.40.

²⁷⁹ Suçla korunan hukuksal değer, ceza kuralı ile korunan ve bir suçun ihlal ettiği, zarar verdiği veya tehlikeye maruz bıraktığı (bireysel, toplumsal, maddi veya maddi olmayan) çıkardır. Suçla korunan hukuksal değer, “suçun hukuki konusu”, “korunan hukuki menfaat”, “korunan hukuki değer”, “korunmak istenen hukuki yarar”, “kanun kuralının koruduğu subjektif hak”, “suçun ihlal ettiği hukuk kuralının kendisi”, “yurttaşın kanun kuralına uymak görevinin ihlali” ve “hukukun teşkilatlanmış toplum (devlet) düzeninin korumadaki çıkarının suç ile dolayısıyla ihlali” olarak da ifade edilmiştir. Bkz. Erem/Danışman/Artuk, s.244; Ünver, Hukuksal Değer, s.51 vd.

²⁸⁰ Ünver, a.g.e., s.669.

²⁸¹ Ünver, a.g.e., s.820.

²⁸² Ünver, a.g.e., s.67.

ihlal ettiği anlayışı, çağımızda geçerliliğini yitirmiştir²⁸³. Günümüzde devlet, insan haklarına dayanan anayasal kurallarla bağımlı “görevleri” yerine getiren bir siyasal örgütlenme olması dolayısıyla; bireyle devlet arasında bir haklar veya hukuksal değerler çatışması yoktur. Devlet bireye ait değerleri korumakla görevli olduğundan, bu korumaya ilişkin gerekli yasal düzenlemeleri ve pozitif ceza normlarını yaratmak devletin takdirinde olan bir şey olmayıp, devletin ödevidir²⁸⁴.

Doktrinde, hukuksal değerler *bireysel* (bireye ait) ve *bireysel olmayan* (topluma ait veya kolektif) hukuksal değerler olarak ikiye ayrılmaktadır²⁸⁵. Genellikle yaşam, sağlık, özgürlük ve mülkiyet gibi hukuksal değerler *bireysel*, topluma ilişkin olarak düzenlenen devlet sırrı, dış güvenlik, paranın sahte olmaması, trafik güvenliği gibi diğer hukuksal değerler ise *bireysel olmayan hukuksal değerler* kabul edilir. Bu ayırım, özellikle bir hukuksal değer ihlaline rıza gösterilebilip gösterilemeyeceğinin belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Yine kimin rıza gösterebileceğı ya da kimin saldırıya karşı gelerek savunabileceğı sorunlarının çözümü, hukuksal değerın hangi nitelikte olduğuyla ilgilidir. Ayrıca ceza muhakemesinde, mağdurun iradesine verilecek değer bakımından da bu ayırım önemlidir²⁸⁶.

Bireysel olmayan, doğrudan doğruya topluma ait hukuksal değerler üzerinde kişilerin tasarruf yetkisi yoktur. Kişi kendisine ait olmayan hukuksal değerleri

²⁸³ “... liberalizmin ve bireyciliğın devleti zayıflattığı gerekçesiyle, otoriter yapısıyla devleti bir şahsiyet ve üstün değerlerin sahibi sayan anlayış 1930 yılında İtalyan CK’nda, 1936 yılında da TCK’da devletin güvenliğine karşı suçları devletin şahsiyetine karşı suçlar haline getirmiş ve bu suçları faşist doktrine uygun hale getirmiştir. Bu anlayış gereğı, tüm suçlar doğrudan veya dolayısıyla devlete karşı işlenmektedir ve korunan hukuksal değer, bir anlamda devletin hukuk düzenini oluşturma, devletin suçu önleme iktidarındır: İhlal edilen hukuksal değerin maddi konusu ve pasif süjesi başkası da olsa, suç “devlete özgü değeri” ihlal eder” (Ünver, a.g.e., s.573); Özek, 1997 Tasarısına İlişkin Düşünceler, s.28.

²⁸⁴ Özek, 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısına İlişkin Düşünceler, s.43.

²⁸⁵ Bkz. Ünver, Hukuksal Değer, s.547.

²⁸⁶ Ünver, a.g.e., s.551.

koruyan suç tiplerinin ihlaline rıza gösteremez²⁸⁷. Bu nedenle açıklayacağı rızanın da hukuken hiçbir geçerliliği olmayacaktır²⁸⁸.

Kişi yaşamı, beden bütünlüğü, kişi özgürlüğü, cinsel özgürlüğü, malvarlığı, özel hayatı ve onuruna ilişkin bireysel olan hukuksal değerler üzerinde kural olarak tasarrufta bulunabilecektir. Ancak, bireysel hukuksal değerlerden hangileri üzerinde mutlak surette tasarruf edilebileceği tartışmalıdır²⁸⁹. Hangi kişisel hakların bu kapsamda olduğu değerlendirilirken, bütün hukuk düzenine hâkim olan genel ilkeler göz önünde tutulmalıdır. Bu çerçevede kişisel hakların gözden geçirilmesiyle, mutlak tasarruf edilebilen hakların ve dolayısıyla rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği suç tiplerinin belirlenmesi mümkündür²⁹⁰.

Ceza hukukunda hükümlerin yorumu açısından, hükmün amacını, içeriğini araştırmak, yani hükümle korunan hak ve yararı açıkça ortaya çıkarmak (amaçsal= teleolojik yorum) büyük önem taşımaktadır²⁹¹. Bu nedenle, yorum yapılırken yalnızca suç tipinin unsurları değil, ayrıca ilgili suç tipinin korumayı amaçladığı hukuksal değer de göz önünde tutulmalıdır²⁹². Bir fiilin suç olarak tanımlanmasıyla bir veya birden çok hukuksal değer koruma altına alınmış olabilir²⁹³. Bir suç tipinde -örneğin yağma ya da dolandırıcılık suçlarında- birden fazla hukuksal değer ile karşılaşıldığında, amaçsal yorum için bu hukuksal değerlerin birbirleriyle ilişkisi de ortaya çıkarılmalıdır²⁹⁴.

²⁸⁷ Dönmezer/Erman, II, n.754; Kayıhan İçel/ Füsün Sokullu-Akıncı/ İzzet Özgenç/ Adem Sözüer/ Fatih Selami Mahmutoğlu/ Yener Ünver, **Suç Teorisi** (Suç Kavramına İlişkin Genel Bilgiler, Suçun Yapısal Unsurları, Suçun Özel Oluşum Biçimleri, 2. Kitap), 3. Bası, İstanbul, 2004, s.186; Ünver, Hukuksal Değer, s.553.

²⁸⁸ Meral Ekici-Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, On İki Levha, 1.Bs. İstanbul 2012, s.124.

²⁸⁹ Ekici- Şahin, s.111.

²⁹⁰ Dönmezer/Erman, II, n.754; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/ Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.186.

²⁹¹ “Burada ilgili cezai düzenlemenin hangi amaca hizmet ettiği, hangi hukuksal değeri koruma altına almak istediği, bu hukuksal değeri en etkin biçimde koruyabilmek için nasıl bir yolun izlenmesi gerektiği, belirli bir yorumun takibinin diğer suç tipleri açısından hangi sonuçları beraberinde getireceği ve yapılacak yorumun hukuk düzeninin tamamı bakımından ne gibi etkileri olabileceği sorularına yanıt aranır” Heinrich, I, kn.147.

²⁹² Ünver, Hukuksal Değer, s.609, 846 vd.

²⁹³ Özgenç, Genel Hükümler, s.171.

²⁹⁴ Ünver, Hukuksal Değer, s.853.

1.3.4.3. Özgürlüğe Karşı Suçlarla Korunan Hukuksal Değerler

Ceza hukuku bakımından “özgürlük” ceza yaptırımıyla korunan hukuksal bir değerdir. Ceza hukukunda “özgürlük” bir hak sayılmış ve suç konusu olarak kabul edilmiştir. Bu hakkın ihlali suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Özgürlüklerin doğrudan doğruya güvencesini oluşturan ceza hukuku, özgürlüklere etkili biçimde koruma sağlar²⁹⁵.

Özgürlükler ceza sorumluluğunun esası bakımından “doğal özgürlük”, “metafizik özgürlük” ve “siyasi özgürlük” olarak sınıflandırılmaktadır. *Siyasal özgürlük* vatandaşın devlet yaşamına aktif bir şekilde katılmasını sağlayan anayasa ile tanınmış olan hakları, *metafizik özgürlük* kişinin irade özgürlüğünü, *doğal özgürlük* ise kişinin almış olduğu karara uygun olarak hareket edebilmesini (iradi hareket serbestisini) ifade etmektedir. İradi hareket serbestisinin varlığı üç unsurun bulunmasına bağlıdır: Öncelikle insanın saik oluşturma yeteneği bulunmalı, ikinci olarak kişinin bizzat oluşturduğu saike uygun olarak (iradeyi bozan tehdit, cebir ve hile gibi etkenler olmaksızın) karar verebilme imkânı bulunmalı, üçüncü unsur olarak da kişinin almış olduğu karara uygun hareket edebilme yeteneği bulunmalıdır²⁹⁶.

AIHS’nin 5. maddesiyle benzerlik gösteren Anayasamızın 19. maddesinin gerekçesinde, kişi özgürlüğü ve güvenliği kavramı “*kişinin vücut ve hareket serbestisine sahip olması*” olarak, bu hakkın güvencesi ise “*kimsenin kanunda gösterilen hal, kusur ve şartlar dışında bu hareket serbestisinden mahrum edilmemesi; yani yakalanıp tutuklanamaması*” biçiminde tanımlanmıştır. Esasen keyfi yakalama ve tutuklamaya karşı güvenceleri (*habeas corpus güvencesini*) kurula bağlayan ve özgürlük haklarının başında yer alan bu güvence insan haklarının özü niteliğindedir²⁹⁷. Öte yandan, kişi özgürlüğü ve güvenliği kavramı

²⁹⁵ Erem, Hürriyet ve Suç, s.1.

²⁹⁶ Bkz. Walter Kern, Die Nötigung Nach Art. 181 des Schweizerischen Strafgesetzbuch, Zürich 1942, s.16-17’den naklen (İlhan Üzülmöz, *Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, Turhan, Ankara, 2007, s.15).

²⁹⁷ Akıllıoğlu s.93.

yakalama ve tutuklama ile sınırlı olmayıp, kişinin herhangi bir nedenle özgürlüğünden yoksun bırakıldığı her durumu kapsamaktadır²⁹⁸.

Erem'e göre, "kişi özgürlüğü" kavramı dar ve geniş anlamda anlaşılabilir. *Dar anlamda* kişi özgürlüğü şahısların diledikleri gibi hareket edebilme özgürlüğünü, *geniş anlamda* kişi özgürlüğü ise bütün kamu özgürlüklerini kapsamaktadır. Yazara göre kişi özgürlüğünün, ancak bütün kamu özgürlüklerini kapsar şekilde anlaşılması ve bütün halinde sağlanması durumunda gerçek özgürlükten söz edilebilir. Ceza hukukunda "kişi özgürlüğü" terimi dar sayılabilecek anlamda kullanılmıştır²⁹⁹.

Ceza hukukunda özgürlük kavramı, bireyin irade özgürlüğünü, yani iradesini etki altında kalmaksızın oluşturup, bu iradeye uygun olarak hareket edebilmesini ifade etmektedir. Ceza kanunlarında, kişi iradesine karşı gerçekleştirilen bu tür fiiller ceza yaptırımını altına alınarak özgürlüğe karşı suç tipleri belirlenmiştir³⁰⁰. Genel olarak kişi özgürlüğüne karşı suçlarla korunan hukuksal değer, bireyin tüm alanlarda serbest olarak hareket etme özgürlüğüdür. Bu suçlarla bireyin hukuka uygun hareket edebilme imkânı ve kapasitesi (potansiyeli) korunmaktadır³⁰¹.

Doktrinde "özgürlüğe karşı suçlar" bakımından da "*dar anlamda*" ve "*geniş anlamda*" ayrımı yapılmaktadır. Özgürlüğe yönelik saldırının başka bir amaca ulaşmak için yalnızca bir araç olduğu -insan ticareti, yağma gibi- fiiller "*geniş anlamda*", buna karşılık doğrudan doğruya kişisel özgürlüğe yönelen fiiller ise "*dar anlamda*" özgürlüğe karşı suçlar kapsamında ele alınmaktadır³⁰².

Ceza hukukunda korunan kişi özgürlüğü, hukuksal değer olarak somutlaştırıldığında, bireyin huzur, sükûn ve güvenlik duygusu içerisinde varlığını devam ettirme hakkını, özgürce karar verebilme ve vermiş olduğu kararı

²⁹⁸ İnceoğlu vd. s.184; bkz. Aynı doğrultuda AYM 26.11.2002, 2000/82 E.-2002/193 K.

²⁹⁹ Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel hükümler** C.II, s.1177 vd.; Özek, Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri, 963.

³⁰⁰ Önder, Özel Hükümler, s.2; ayrıca bkz. Üzülmöz, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s.20; İradî hareket psikolojik açıdan istişare, karar ve icra olmak üzere üç ayrı aşamada incelenmektedir. Bkz. Adnan Güriz, İrade Hürriyeti, **AÜHFD**, Y.965-66, C.22-23, S.1-4, s.637.

³⁰¹ Özek, Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri, s.963.

³⁰² Kienapfel, Diethelm, Grundriss des Österreichischen Strafrecht BT/I Wien 1978, kn.691'den naklen (Tezcan/ Erdem/Önok, s.466).

uygulayabilme özgürlüklerini kapsamaktadır³⁰³. Doktrinde, özgürlüğe karşı suçlardan bireyin hareket serbestisini sınırlandıran veya ortadan kaldıran suç tipleri *dış özgürlüğe karşı suçlar*; bireyin herhangi bir şekilde hareket serbestisini fiili ya da maddi olarak sınırlamayan, ancak korkusuz, iradesine uygun biçimde karar verme özgürlüğünü kısıtlayan -tehdit, şantaj ve cebir gibi- suç tipleri ise *iç özgürlüğe karşı suçlar* olarak adlandırılmaktadır. Böylece kişi özgürlüğü *iç* ve *dış özgürlük* olmak üzere iki yönden korunmaktadır³⁰⁴.

Suçların büyük bir kısmında, suçtan zarar görenin iradesiyle karşıtlık bulunduğu, az veya çok, doğrudan veya dolaylı olarak suçtan zarar görenin yapmak veya davranmak konusunda belli bir özgürlüğü sınırlanır veya kaldırılır. Bu nedenle geniş anlamda, hemen bütün suçların özgürlüğü ihlâl edici nitelikte olduğu düşünülebilir. Çoğunlukla suçla korunan hukuksal değer bir özgürlüğün ihlali olmadığı halde, fiilin sonucu olarak da bir özgürlük ihlali ortaya çıkabilmektedir. Oysa suçla korunan hukuksal değer kişi hak ve özgürlüğü olmadıkça, özgürlüğe karşı suçlardan söz edilemez³⁰⁵.

Hukuksal değerler, somut değerın önemine göre derecelendirilirler³⁰⁶. **Jescheck** ve **Weigend**, hukuksal değerlerin hiyerarşisi içersinde vücut bütünlüğü ve insan onuru gibi bireysel değerlerin bir kısmını *üstün/önemli bireysel değerler*

³⁰³ Üzülmmez, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s.21; **Üzülmmez**, suçla korunan hukuksal değerden hareketle TCK’da öngörülen özgürlüğü korumaya yönelik suçları dört gruba ayırarak sınıflandırmıştır: “ **a-** İrade oluşturma hürriyetini, yani iç hürriyeti ihlâl eden suçlar. (m.106, 107, 108), **b-** İrادی hareket hürriyetini, kısaca dış hürriyeti ihlâl eden suçlar. (m.108, 109, 113). **c-** Kişilerin huzurunu, sükûnunu, güvenlik duygusunu ve özel hayatını ihlâl eden suçlar. (m.106, 107, 116, 120, 123). **d-** Anayasal hakları koruyan suçlar. (m.117, 118, 114,115, 121, 122, 124)” (Üzülmmez, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s.24).

³⁰⁴ Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel hükümler** C.II, s.1178; Özek, Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri, s.963.

³⁰⁵ Ersoy, kn.18; “Söz konusu ferdi hürriyet olunca, ferdi ilgilendirse dahi kişinin sahip olduğu bir eşyaya karşı işlenmiş olan eylemin hürriyet aleyhinde olduğunu kabul edilemeyeceği de kolaylıkla anlaşılır. Aynı espri içinde bir eylem gerçekleştirildiğinde hürriyetin tahdidi bu eylemde bir araç olmakta ve fakat amaç değişik bir nitelik göstermekte ise, aracın hürriyet olması bu suçların hürriyet aleyhinde işlenmiş olduğunu kabule yetmez. Bu ifademizin örneklerini ceza kanunun şehvet hissi ile kaçırma (md. 429), ırza ve namusa tasaddi ve ırza geçme (md. 414 vd.), yağma (md. 495) ve korkutarak faydalanma (md. 498) cürümlerinde görmek mümkündür” Önder, Özel Hükümler, s.3.; Kanımızca, yazarın 765 sayılı TCK’daki bu suçları belirtilen konuda örnek olarak göstermesi isabetli olmamıştır. Çünkü yazarın da belirttiği gibi, eski kanundaki adam kaldırma (m.499) ve şehvet hissi ile kaçırma (md. 429) suçlarının, failin saikini önplanda tutan kişi özgürlüğüne yönelik fiiller oldukları gözden uzak tutulmamalıdır. Bkz. Önder, Özel Hükümler, s.552, Önder, Özel Şahıslara ve Mala Karşı, s.358; Koca, Yağma Cürümleri, s.314-315.

³⁰⁶ Ünver, a.g.e., s.503.

olarak adlandırılan ayrı bir grup içinde incelemektedirler. Çağdaş ceza hukuku anlayışının en önemli eğilimlerinden birisi, bireysel hukuksal değerler olarak kabul edilen değerlerin ihlalinin “katlanılamaz saldırılar” olarak kabul edilmesidir³⁰⁷.

Alman doktrinde, hukuk düzeninin asli normu olan Alm.Ay.’nın 1/1. maddesine atıf yapılarak, insan onurunun en yüksek hukuksal değer olarak düzenlendiği belirtilmektedir³⁰⁸. Polonya Anayasasının 30. maddesinde “kişinin doğal ve devredilemez onuru kişi ve vatandaş özgürlükleri ve haklarının kaynağını oluşturur” düzenlemesine yer verilmiştir. Portekiz (Ay. m.24/1 ve 25/1), İspanya (Ay. m.10 ve 15), İtalya (Ay. m.2), Hollanda (Ay. m.10 ve 11), İrlanda (Ay. giriş metni) anayasalarında benzer düzenlemelere rastlanmaktadır. Anayasamızın başlangıç kısmında ve 17. maddesinde de “kişi dokunulmazlığı, insanın yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya işleme tâbi tutulamayacağı” vurgulanmıştır.

İnsan onuru/haysiyeti kavramı uluslararası hukukta temel haklara yön veren ilkelerin başında gelmektedir³⁰⁹. Buna göre devlet, bütün faaliyetlerinde insan onurunu gözetip korumakla yükümlüdür. İnsan onuru ceza hukuku bakımından en yüksek değer olması dolayısıyla, ceza normunun içeriğinde gözetilmesi gereken bir temel ilkedir. Bu ilke, suç teşkil eden davranış normlarının saptanmasında olduğu kadar, ceza yaptırımı, ceza muhakemesi ve infazı alanında da göz önünde bulundurulmalıdır³¹⁰. İnsan onuru bir üst kavram/hukuksal değer sayılmakta ve somut olaya göre, hakaret, adam öldürme, kasten yaralama ya da kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma gibi suç tipleriyle korunan hukuksal değerlerle birlikte korunmaktadır³¹¹.

³⁰⁷ Ünver, a.g.e., s.551.

³⁰⁸ Ünver, a.g.e., s.504.

³⁰⁹ “Haysiyet, kişinin kendi bedeninin ve kendi kendinin sahibi olarak kalmasını gerektirir. Kimse haysiyetinden vazgeçemez: haysiyet, kendi kendine gösterilmesi gereken saygıdır. İnsan haysiyeti, diğer bütün hak ve özgürlüklerden üstün olması özelliğiyle istisna kabul etmeyen bir ilkedir. Bu nedenle, haysiyet aynı zamanda, bir ödev ve görevdir” (Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku (2013), s.20).

³¹⁰ Ünver, Hukuksal Değer, s.591.

³¹¹ Ünver, a.g.e., s.941 vd.

1.3.4.4. Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçuyla Korunan Hukuksal Değer

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını güvence altına alan uluslararası belgelerle (İHEB m.3, KSHS m.9, ABTHŞ m.6, AİHS m.5) aynı doğrultuda olan Anayasamızın 19. maddesinin, bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı tüm durumlar için geçerli olduğunu belirtmiştik³¹². Buna göre, devletin müdahale etmeme (negatif) yükümlülüğünün yanı sıra, bireyleri üçüncü kişilerin -kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını sınırlayan- fiillerine karşı koruma (pozitif) yükümlülüğü bulunmaktadır³¹³. Devletin “kişi özgürlüğü ve güvenliği” hukuksal değerini koruma yükümlülüğünün bir sonucu olarak³¹⁴, kişi özgürlüğüne yönelik saldırılar, çeşitli hükümlerle güvence altına alınmaktadır³¹⁵. Uluslararası hukukta en yüksek hukuksal değer olarak kabul edilen “*insan onurunun*” korunmasını amaçlayan suç tiplerinden biri de bireyin “beden özgürlüğünü ortadan kaldıran ya da kısıtlayan” fiilleri cezalandıran “kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma” suçudur.

Hukukumuzda, gerek eski kanundaki gerekse yeni kanundaki düzenleme açısından, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu ile bireyin özgür iradesiyle hareket edebilme serbestisinin korunduğu kabul edilmektedir³¹⁶.

Alman doktrin ve uygulamasında, bu suç tipiyle korunan hukuksal değer in kapsamı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Çoğunlukla, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu ile bireyin *potansiyel* (gerçekleştirilmesi mümkün) hareket etme özgürlüğünün korunduğu görüşü kabul edilmektedir. Buna

³¹² Harris/O'Boyle/Warbrick, s.24; *Engel v Hollanda* A 22 (1976); 1 EHRR 706 PC para. 58; *Bozano v Fransa* Alil (1986); 9 EHRR 297 para. 54; *Assanidze v Gürcistan* 2004-11; 39 EHRR 653 para. 175 BD.; *Winterwerp v Hollanda* A 33 (1979); 2 EHRR 387 para. 37; *Storck v Almanya* 2005-V; 43 EHRR 96 para. 102; *H.L./Birleşik Krallık*, para.90; *Stanev/Bulgaristan [BD]*, para. 119.

³¹³ Harris/O'Boyle/Warbrick, s.131; İncoğlu, s.66, 182.

³¹⁴ Özel kişiler tarafından yapılan hak ihlalinin devletin sorumluluğu (yatay etki) hakkında bkz. Erdoğan, s.173; Kalabalık, s.39; Akıllıoğlu, s.66, 156; Harris/O'Boyle/Warbrick, s.19, 21.

³¹⁵ Erol Cihan, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit)”, *İÜHFİM*, C.XLI, S. 1-2, 1975, s. 47 vd.

³¹⁶ Erem, Özel Hükümler C.II, s.1179; Artuk, Hürriyeti Tahdit, s. 57; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.39; Üzülmüş, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1186; Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 9.Bs, Savaş, Ankara 2018, s.86; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.358; Tezcan/Erdem/Önok, s.509; Zeki Hafızogulları/Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3.Baskı, US-A, Ankara 2013, s.188; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13.Bs, Seçkin, Ankara 2018, s.424.

göre, kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma konusunda bir iradesi bulunmasa da özgürlüğün sınırlanmasıyla suç oluşur³¹⁷. Azınlıktaki görüş ise kişinin yalnızca belli bir yönde hareket etme hususunda irade oluşturabilecek ve bunu icra edebilecek durumda olmasının yeterli olmadığını, bu suç tipiyle kişinin o andaki *aktüel* (gerçekleştirmek üzere olduğu) hareket etme özgürlüğünün korunduğunu savunmaktadır. Ayrıca kişinin hareket etme yönünde irade oluşturabileceği, ancak failin etkisi ile gerçekleştirmekten vazgeçtiği ya da uygulayamayacağını düşünerek *aktüel* hareket etme iradesi oluşturamadığının belirlendiği hallerde de suçun oluşacağı kabul edilmektedir³¹⁸.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuyla bireyin aktüel hareket özgürlüğünün korunduğunu savunan görüş, suçun oluşumunu failin gerçekleştirdiği fiile değil de, mağdurun iradesine bağlı kılması nedeniyle eleştirilmiştir. Kişinin potansiyel hareket özgürlüğünün korunduğu kabul edildiğinde ise, failin tipe uygun hareketiyle henüz mağdurun iradesinin oluşmadığı aşamada suçun icrası başlamakta ve özgürlüğün kısıtlanmasıyla birlikte suç tamamlanmaktadır. Buna göre “belli bir yere gitme veya belli bir yerde kalma yönünde irade oluşturma yeteneği bulunan” herkes bu suçun mağduru olabilecektir. Ayrıca TCK’nın 109. maddesinin formülasyonundan hareketle, aynı zamanda bu suçla aktüel hareket özgürlüğünün korunduğu belirtilmektedir³¹⁹.

Katıldığımız bu görüşe göre, fiilin işlendiği sırada mağdurun hareket serbestisini kullanma imkanına sahip olup olmaması veya onu kullanmak isteyip istememesi önemli değildir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuyla bireyin o andaki (aktüel) hareket serbestisi korunduğu gibi, gelecekteki (potansiyel) hareket serbestisi de korunmaktadır. Bu nedenle suçun oluşması için, mağdurun hareket serbestisinin kısıtlandığını bilmesi gerekmez. Bir kimsenin hukuka aykırı olarak diğerinin özgürlüğünü kısıtlaması suçun oluşumu için yeterlidir. Dolayısıyla suçun bir

³¹⁷ Albin Eser, § 239; SK-Horn, § 239, kn. 2a; Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl age, München 2006, kn. 3; Volker Krey, Strafrecht Besonderer Teil, C.: 1, 12. Aufl age, Stuttgart 2002, § 4, kn. 315; Fritjof Haft, Strafrecht Besonderer Teil II, 8. Aufl age, München 2005, s.165’den naklen (Üzülmez, Kisiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1187).

³¹⁸ Wilfried Küper, Strafrecht Besonderer Teil, Definitionen mit Erläuterungen, 6. Aufl age, Heidelberg 2005, 141-142 ve Gunther Arzt/Ulrich Weber, Strafrecht Besonderer Teil, Bielefeld 2000, § 9, kn. 13’den naklen (Üzülmez, Kisiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1187).

³¹⁹ Üzülmez, Kisiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1188.

akıl hastasına ya da ayırt etme gücü olmayan bir kimseye karşı da işlenmesi mümkündür³²⁰.

5237 sayılı TCK'nın 109/1. maddesinde “bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma” biçiminde tanımlanan kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu ile korunmak istenen hukuksal değer, kişinin iradesine göre, o anda kullanıp kullanmadığına bakılmaksızın sahip olduğu yer değiştirme ya da değiştirmeme özgürlüğüdür. Çünkü hareket serbestisi hem hareket etme özgürlüğünü hem de hareket etmeme özgürlüğünü kapsamaktadır. Bu suçla, bireyin istediği anda bulunduğu yeri değiştirme ya da değiştirmeme imkânının hukuka aykırı bir biçimde kısıtlanması fiili cezalandırılmaktadır³²¹. TCK'nın 109/3-f maddesinde suçun “çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı” işlenmesinin düzenlenmiş olması, suçla kişinin potansiyel hareket yeteneğinin de korunduğunu göstermektedir³²².

Doktrinde, bu suç tipinin kişinin fiziksel özgürlüğünü koruması dolayısıyla *dış özgürlüğe karşı suçlar* grubunda yer aldığı belirtilmekte³²³; suçla bireyin irade özerkliğine değil, sadece maddi özgürlüğüne (hareket etme serbestisine) zarar verildiği kabul edilmektedir³²⁴. Katıldığımız görüşe göre ise, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu ile mağdurun “özgür iradesiyle verdiği karara uygun olarak hareket edebilme imkânı” yok edilmektedir³²⁵. Bireyin hareket etme serbestisinin sınırlandırılması nedeniyle, kişinin hareket etme konusunda iradi olarak

³²⁰ Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.58-59; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.42; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.363; Tezcan/Erdem/Önok, s.511; Hafizoğulları/Özen, Özel Hükümler, s.187; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.425.

³²¹ Erem, Özel Hükümler C.II, s.1179; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.86; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.358; Üzülmmez, Kisiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1186; Tezcan/Erdem/Önok, s.512; Hafizoğulları/Özen, Özel Hükümler, s.188; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.426.

³²² Özbek ve diğerleri, a.g.e., s.425; Hasan Tahsin Gökcan, Kisiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, **Yargıtay Dergisi**, C.39, S.3, Temmuz, Ankara 2013, s.7.

³²³ Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel hükümler** C.II, s.1178; Özek, Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri, s.964; Üzülmmez, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s.24.

³²⁴ Bu görüşteki yazarlara göre, “cebiri, şantaj ve tehdit suçlarında bu suçtan farklı olarak bireyin sadece hareket hürriyeti değil, hareket hürriyetinin ön aşamasını oluşturan karar verme hürriyeti de korunmaktadır” (Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.425); Ayrıca bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s.509 vd.

³²⁵ Önder, Özel Hükümler, s.26.

davranmayla ilgili karar verme özgürlüğü de suçla korunan hukuksal değer içerisinde değerlendirilmektedir³²⁶. Madde gerekçesinde “*bu suç ile korunan hukukî değer, kişilerin kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyetidir*” denilerek bu hususa dikkat çekilmiştir. İradi hareket serbestîsinin, insanın saik oluşturma yeteneğine, bu saike uygun olarak karar verebilme imkânının bulunmasına ve sonuç olarak kişinin almış olduğu karara uygun hareket edebilme yeteneğinin bulunmasına bağlı olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

TCK'nın 109. maddesindeki düzenlemeler başka hukuksal değerlerin korunmasını da kapsamaktadır. Özgürlüğü kısıtlanan kişinin uzun süre kötü şartlarda yaşamak zorunda bırakılması ya da suçun nitelikli hallerinden biri olarak fiilin cebirle işlenmesi durumunda (TCK m.109/2), bireyin aynı zamanda vücut dokunulmazlığının da korunması söz konusu olabilmektedir³²⁷. Suçun çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi durumunda (TCK m.109/3-f) aile düzeninin korunması; cinsel amaçla işlenmesi durumunda (TCK m.109/5) bireyin cinsel özgürlüğünün korunması gündeme gelmektedir³²⁸. Bir kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanarak bu suçu işlemesi durumunda ise kamu idaresine ait yararın korunması amaçlanmaktadır. Ancak suçun nitelikli hallerinde ortaya çıkan hukuksal değerler ikincil nitelikte; kişi özgürlüğünün korunması ise öncelikli hukuksal değerdir³²⁹.

Sonuç olarak, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması fiili, bireyin yalnızca fiziksel özgürlüğüne (hareket etme serbestîsine) değil, aynı zamanda özgür iradesiyle verdiği karara uygun olarak hareket edebilme özgürlüğüne de zarar vermektedir. Bu fiille, kişiliği yok sayılan birey adeta bir nesne haline getirilmekte ve bu durumda iken her türlü tehlikeye -çeşitli suçlara- maruz kalabilmektedir. Bu nedenlerle, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması suçu ile korunmak istenen hukuksal değer, aynı zamanda üst kavram, hukuksal değer sayılan “*insan onurunu*” korumaktadır.

³²⁶ Gökcan, Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma, s.7.

³²⁷ Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.425; Gökcan, Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma, s.8.

³²⁸ Gökcan, Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma, s.8.

³²⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s.510; Ünver, Hukuksal Değer, s.805.

İKİNCİ BÖLÜM

KİŞİYİ ÖZGÜRLÜĞÜNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN

UNSURLARI VE NİTELİKLİ HALLERİ

2.1. MADDİ UNSURLAR

2.1.1. Fiil

2.1.1.1. Genel Olarak

Suç teorisinin hareket noktasını oluşturan fiil (hareket/davranış) kavramı, doktrinde icrai ve ihmali hareketi kapsayan üst bir kavram olarak kullanılmaktadır¹. Suçun tüm unsurları ancak fiil esas alınarak tanımlanabilir, çünkü her bir unsur öncelikle tipik fiilin varlığını gerektirir. Maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık unsuru bir diğerinden bağımsız olarak açıklanamaz; fiil, suçun unsurlarını birbirine bağlayan ortak noktadır².

Doktrinde klasik suç teorisini savunanlar, fiilin hareket dışında neticeyi de kapsadığını öne sürmektedir. Bu görüşteki yazarlara göre “dar anlamda hareket” insanın iradi davranışından; “geniş anlamda hareket” ise dar anlamda hareket, netice ve nedensellik bağından oluşur. Suçun yasal tanımında yer alan ve dış dünyada ortaya çıkan netice de geniş anlamda hareketin bir unsurudur. Netice, suçun maddi unsurunu oluşturan fiilin alt unsurlarından biridir³.

5237 sayılı TCK ile benimsenen suç teorisinde, fiil “*kişinin iradesiyle hâkim olduğu, belli bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelik ve dış dünyada cereyan eden bir*

¹ Bernd Heinrich, (Editör:Yener Ünver), (Çev: Hakan Hakeri/ Yener Ünver/ Veli Özer Özbek/ Özlem Yenerer Çakmut/ Barış Erman/ Koray Doğan/ Ramazan Barış Atladı/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, 1.bs., Adalet, Ankara 2014, kn.192; Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11.Bs., Seçkin, Ankara 2018, s.90.

² İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bs., Seçkin, Ankara 2018, s.173; Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ M. Emin Alşahin/ Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bs. Adalet, Ankara 2017, s.231 vd.

³ Bkz. Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.I, 11. Bs., Beta, İstanbul 1999, kn. 502, 514; Nurullah Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi** (Hareket-Netice-Sebebiyet Alâkası), İstanbul 1954, s.8; Uğur Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, AÜHF, Sevinç, Ankara 1970, s.35, 49; Kayıhan İçel, **Suçların İctimai**, İstanbul 1972, s. 28; Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9.Bs, Seçkin, Ankara 2018, s.225.

davranış” olarak tanımlanmaktadır⁴. Her suçta bir hareket vardır ve hareket kavramının açıklanmasında ontolojik teorilerden amaçsal (gai, final) hareket teorisi esas alınmaktadır. Alman hukukunda 1930’lu yıllardan itibaren Welzel tarafından ortaya konulan bu teoriye göre, insan davranışının belli bir amaca yönelik olarak gerçekleşmesi, ona fiil niteliğini kazandırır⁵. Söz konusu fiil, bir suç tanımında yer alan ve esas itibarıyla *haksızlık* oluşturan bir fiildir⁶. Suçun yasal tanımında yer verilen netice, fiilin bir alt unsurunu değil; fiilden ayrı olarak suçun maddi unsurlarından birini oluşturur⁷.

2.1.1.2. Tipik Fiil

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun tanımı açısından karşılaştırmalı hukukta farklı sistemlere rastlanmaktadır⁸. Suç tipi, kimi ülke kanunlarında “*bir kimsenin diğerini özgürlüğünden yoksun bırakması*”⁹ ya da “*bir kimsenin diğerini gayrimeşru surette özgürlüğünden yoksun bırakması*”¹⁰ olarak ifade edilmektedir. Bu hukuk sistemlerinde suç tipi fiilin gerçekleştiriliş şekillerini içermemektedir¹¹.

Özgürlükten yoksun bırakma fiilinin hangi hallerde gerçekleşeceğine ilişkin ayrıntılara kanunda yer veren diğer sistemi kabul eden Fransız Ceza Kanunu’nun 224-1. maddesinde “*bir kimse, kanunun öngördüğü durum ve yetkili otoritenin emri olmaksızın, bir başkasını hapseder, alıkoyar, kaçırmaya veya yakalarsa (durdurursa)*”¹² ifadesiyle suç tipi tanımlanmıştır. Bu sistemden etkilenen ülkelerin

⁴ Heinrich, I, kn.103; Özgenç, Genel Hükümler, s. 173.

⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s.162, 174; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.231; Koca/Üzülmez; Genel Hükümler, s.101; “Belirli (amaçtan bağımsız) bir hareketin neye *neden olduğunu* sorgulayan nedensel hareket teorisinden farklı olarak, amaçsal hareket teorisinde somut bir olayda insan hareketinin neyi *amaçladığı* sorusu belirleyici olmaktadır” (Heinrich, I, kn.104).

⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s.174.

⁷ Heinrich, I, kn.158, 159; Özgenç, Genel Hükümler, s.184.

⁸ Bkz. 1.1.2.3. Tanım

⁹ 1930 İtalyan CK. (m.605), Danimarka CK. (m.261), 1969 Polonya CK. (m.165), 1997 Polonya CK. (m.189), 1996 Rus CK. (m.126).

¹⁰ 1889 İtalyan CK. (m.146), 1921 Arjantin CK. (m.141), 1968 Bulgar CK. (m.142), 1936 Küba Sosyal Savunma Kanunu (m.170/A).

¹¹ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A.Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. Bs. Adalet, Ankara, 2013, s.369.

¹² Fransız Mahkeme kararlarına göre “her ne kadar aynı metinde düzenlenmiş ve müeyyide altına alınmış olsa da, yasadışı (yakalama) durdurma (*arrestation*) ve yasadışı olarak kapalı bir alanda

kanunlarında¹³, fiilin bazı işleniş şekillerine yer verildikten sonra, ayrıca herhangi bir şekilde özgürlükten yoksun bırakma suçunun işlenebileceği kabul edilmektedir¹⁴. Örneğin Alman Ceza Kanununun 139. maddesinde suç tipi “*her kim, bir insanı hapseder veya başka bir şekilde hürriyetinden yoksun kılarsa*” cümlesiyle tanımlanmıştır. Doktrinde her iki sistemde de sonucun değişmeyeceği, önemli olanın mağdurun özgür iradesiyle verdiği karara uygun olarak hareket edebilme imkânının yok edilmesi olduğu belirtilmiştir¹⁵.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu 765 sayılı TCK'nın 179. maddesinin 1. fıkrasında, “*bir kimse diğer bir kimseyi gayrimeşru surette kişi hürriyetinden mahrum ederse*” şeklinde tanımlanmıştır¹⁶. Doktrinde, bu tanımın çok yalın olduğu ve fiilin gerçekleştiriliş şekillerini içermediği eleştirisi yapılmıştır¹⁷. Kanun koyucunun kişi özgürlüğünü en geniş biçimde koruma amacından hareketle, “*hürriyetten mahrumiyet*” kavramının geniş yorumlanması savunulmuştur¹⁸. Yargıtay bu dönemde verdiği isabetli kararında, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu “*failin başkasının istediği gibi karar verme ve hareket etme serbestisini, haksız bir şekilde, uzun veya kısa süreli olarak ortadan kaldırmak fiil ve hareketleri*” olarak tanımlamıştır¹⁹.

5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin 1. fıkrasında suç tipi “*bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun*

tutma (*séquestration*) fiilleri birbirinden farklı iki ayrı suç olup, nitelik ve unsurları farklıdır. Yasadışı durdurma anlık bir suç olup, bir kişinin rızası aleyhine yakalanmasıdır. Oysa yasadışı olarak bir alana kapatma temadisi olan bir suç olup, bir kişinin herhangi bir [kapalı] alanda, iradesi dışında, tutulmasıdır. (Crim. 26 juill. 1966, (Ben Barka): Bull. crim. no 211; JCP 1966. II. 14864, note N. S. 12 juin 1981: Bull. crim. no 198, 24 janv. 1996: ibid. no 42. Rappr.: Crim. 8 nov. 1979, (Trignol): Bull. crim. no 311).

¹³ 1981 İsviçre CK. (m.183/1), 1987 Alman CK. (§239/1), 1974 Avusturya CK. (m.99/1), 1886 Portekiz CK. (m.330), 1867 Belçika CK. (m.434), 1950 Yunanistan CK. (m.325), 1940 Brezilya CK. (m.148), 1948 Romanya CK. (m.492), 1995 İspanya CK. (m.163).

¹⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.370.

¹⁵ Ayhan, Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4.Bs. Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s.28; Rosenfeld, E, H. Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit, VD. BT.V/385 vd.,460'dan naklen (Önder, Özel Hükümler, s.26).

¹⁶ Bu dönemde doktrinde, tanımın çok yalın olduğu ve fiilin gerçekleştiriliş şekillerini içermediği eleştirisi yapılmaktaydı. Bkz Önder, Özel Hükümler, s.25.

¹⁷ Önder, Özel Hükümler, s.25.

¹⁸ Faruk Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel hükümler**, C.II, Seçkin, Ankara 1993, 1179.

¹⁹ Yargıtay C.G.K. 08.10.1979 tarih ve 8/312-446 sayılı kararı için bkz. Çağlayan, M.Muhtar, **Türk Ceza Kanunu**, 3. Bs., C: II, Yetkin, Ankara Tarihsiz, s.413.

birakma” olarak tanımlanmıştır. Her iki kanundaki tanımın içeriği örtüşmekle birlikte, yeni TCK’da suçun unsurları daha açık bir hale getirilmiştir²⁰. Doktrinde, kişi özgürlüğü, bir yere gitmeyi veya bir yerde kalmayı da içeren üst bir kavram olarak kullanılabildiğinden, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılmanın neyi ifade ettiğine açıklık getirilmesi ve böylece fiilin somutlaştırılması “belirlilik ilkesine” (*nulla poena sine lege certa*) uygun bulunmaktadır²¹.

Gerçekten 765 sayılı TCK'nın yürürlükte bulunduğu dönemde, özgürlükten yoksun bırakılmanın söz konusu olabilmesi için kişinin (bağlanması, bayıltılması veya hipnoz edilmesi suretiyle) hareket özgürlüğünün tamamen (mutlak biçimde) ortadan kaldırılmasının gerekli olup olmadığı tartışılmıştır²². Doktrinde, suçun oluşması için mağdurun istediği gibi hareket etme iradesini uygulamasını engellemek için konulmuş maddi veya manevi engelleri aşamayacak durumda bulunması, (örneğin, mağdurun sınırlı bir alanda (bir otomobilde, belirli bir park, cadde, şehir veya eyalette) tutulmuş olması) yani hareket özgürlüğünden kısmen yoksunluğu yeterli görülmüştür²³. Buna göre, mağdurun yer değiştirme

²⁰ Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5.Bs., Adalet, Ankara 2018, s.442; “Bu suçun oluşumu için öncelikle failin, mağduru kişisel özgürlüğünden yoksun kılmaya yönelik hareketleri bilmesi ve istemesi, yarattığı engelle mağdurun yer değiştirme olanağını kısa veya uzun bir süre, tamamen veya kısmen ortadan kaldırması gerekir” (Yargıtay 6. CD 14.12.2016, 6116/89081).

²¹ İlhan Üzülmüş, **Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, Sa.1, 2, Y. 2007, s.1184. (Çevrimiçi) http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/11_46.pdf (Erişim: 20.01.2019); Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, **Özel Hükümler**, s.358-359; Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 16. Bs., Seçkin, Ankara 2018, s.512; Belirlilik ilkesi hakkında bkz. Faruk Erem/Ahmet Danışman/ Mehmet Emin Artuk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14.Bs., Seçkin, Ankara 1997, s.99; Heinrich, I, kn.28; Özgenç, Genel Hükümler, s.127; Buna karşılık Hafizoğulları ile Özen, “*suçun tanımının suçun hukuki konusunu tam olarak cezai korumaya kavuşturmadığı ... 765 sayılı TCK'daki suç tanımının bu tanıma nispetle eksiksiz olduğu*” görüşündedirler. Bkz. Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3.Baskı, US-A, Ankara 2013, s.188.

²² Bkz. Erol Cihan, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit)”, **İÜHF**, C.XLI, S. 1-2, 1975, s. 53 vd.; Bkz. İsmail Dursun, Hürriyeti Tahdit Suçu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul 1999, s.62 vd; İtalyan Yargıtay’ı 05.12.1989 tarihli bir kararında, derhal uygulanabilir olmayan ve olağanüstü nitelikli araçlara başvurmak suretiyle özgürlüğe tekrar tam olarak kavuşmak mümkünse, mutlak olmayan (geçici-nispi) bir özgürlükten yoksun bırakma durumunda da suçun oluşacağını kabul etmiştir. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s.513.

²³ Erem, **Özel Hükümler**, s.1182; Cihan, **Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü**, s. 58; Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 9.Bs, Savaş, Ankara 2018, s.88.

özgürlüğünün kaldırılması ya da herhangi bir şekilde hareket özgürlüğünün kısıtlanmasıyla suçun oluşacağı sonucuna ulaşılmıştır²⁴.

Yeni Kanundaki düzenlemenin açıklığı bu tartışmaya son vermiştir. TCK'nın 109. maddesinin gerekçesinde, “bir kimsenin hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılmasıyla suçun oluşacağı” belirtildikten sonra, kişinin bir yere kapatılması, bir yerde tutulması, bir yere götürülmesi veya gitmesine izin verilmemesi fiilleri örnek olarak gösterilmiştir. Buna göre, suçun oluşması açısından kişinin hareket serbestisinin tamamen ortadan kaldırılması zorunlu değildir. Önemli olan, bir kimsenin “*hareket serbestisinin sınırlandırılması*”. Ayrıca, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun oluşması için, kişinin hareket serbestisi kesintisizlik (temadi) oluşturabilecek -*önemli sayılabilecek*- bir süre kısıtlanmış olmalıdır²⁵. Suç tipinin, az ya da çok devamlılık (temadi) unsurunu içerdiği, yasal tanımda yer verilen “*hürriyetinden yoksun bırakan*” ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır²⁶.

Kişinin “*hareket serbestisi*” sadece hareket etme özgürlüğünü değil, aynı zamanda hareket etmeme özgürlüğünü de kapsar. Buna göre, suçun oluşması için özgürlükten yoksunluğun tam olması, her türlü kaçış kurtuluş yolunun kapalı olması gerekmez. Mağdurun karşı karşıya bırakıldığı maddi ve manevi engelleri kolaylıkla yenerek istediği gibi hareket edememesi; hareket serbestisinin uzun veya kısa bir süre için, tamamen ya da kısmen ortadan kaldırılması yeterlidir. Örneğin, kapısı açık olan bir yerde tutulan kişinin başına nöbetçi ya da köpek konularak serbestçe ayrılmasının engellenmesi, mağdur hakkında sahte belge düzenleyerek sağlık kurumuna kapatılmasının sağlanması veya kişinin pasaportu çalınarak yurt

²⁴ Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü, s. 54.

²⁵ Heinrich, kn.166; Ayhan Önder, Mütemadi Suç, **İHFM**, C.XXIX, S.1-2, İstanbul 1963, s.115; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.88; Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 11.Bs. Yetkin, Ankara 2016, s.263; Tezcan/Erdem/ Önok, s.514; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.447.

²⁶ Bkz. Erem/Danışman/Artuk, s.352;“suçun oluşabilmesi açısından geçmesi gereken süre konusunda TCK’da bir açıklama bulunmamaktadır. Hürriyeti yoksun kılma kavramı açık olmayan bir süreyi zorunlu olarak içerir ve fiil ile sonucun hukuken kabul edilebilecek bir zaman müddetince sürmesini gerektirir. Her olayda hem fail hem de mağdur açısından kişi hürriyetinden yoksun kılma niteliğini taşıyıp taşımadığı hareketlerin ağırlığı, önemi ve ciddiyeti ile hakim tarafından değerlendirilip belirlenmesi gerekir. Yani önceden zaman uzunluğunun belirlenmesi mümkün değildir” (6 CD, 20.11.2017, 2014/9528 - 2017/5122).

dışına çıkmasının engellenmesi fiilleriyle kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu işlenebilir²⁷.

765 sayılı TCK'nın 179. maddesi bakımından kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı yere önem verilmemiştir²⁸. Buna karşılık bazı Yargıtay kararlarında, “mağdurun failin hâkimiyet alanına girmesi” şeklinde kanunda yer almayan bir unsur araştırılıyordu²⁹. Doktrinde, özellikle şehvet hissi veya evlenmek amacıyla kaçırma (765 s.TCK m.429- 431) suçlarında aranan kaçırma ve alıkoyma unsurlarının, mağdurun tamamıyla failin hâkimiyeti (nüfuz ve etkisi) altına girdiği anda tamamlanmış sayılacağı kabul edilmekteydi³⁰. Ayrıca, ırza geçme ve tasaddi suçları bakımından mağdurenin kaçırıldığı veya alıkonulduğu yerin failin nüfuz ve egemenlik alanı kapsamına girmemesi halinde, failin kastının “cinsel suçların işlenebilmesi için zorunlu bir yer temini amacına yönelik” olması nedeniyle kaçırma ve alıkoyma unsurlarının gerçekleşmeyeceği belirtilmekteydi³¹. Bu uygulama kısmen eleştirilmiş ve esasen kişi özgürlüğüne karşı işlenen bu suçların, kanunda belirtilen saikle işlenebilmesi göz önünde tutularak adaba aykırı suçlar

²⁷ Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.87; Tezcan/Erdem/Önok, s.513; Artuk/Gökçen/Alşahin/ Çakır, Özel Hükümler, s.360; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13.Bs, Seçkin, Ankara 2018, s.426; AİHM'e göre de “Kişinin belli bir noktadan -ister sokakta ister başka bir açık alanda- ayrılamaması ya da belli bir araç ya da odada (mutlaka bir hücre olmak zorunda değil) kalmaya zorlandığı ve bu şekilde kişinin tamamen belli bir mekâna hapsedildiği durumlarda genellikle 5. Madde hükümlerine başvurmak söz konusu olacaktır”. *Ashingdane-Birleşik Krallık* (Macovei, s.32).

²⁸ Önder, Özel Hükümler, s.29; “bir çocuğun veya bir akıl hastasının bir kapalı kurumda tutularak serbestçe hareket edebilmesi ve dış dünyayla ilişkiye geçebilmesi söz konusu olmasına rağmen orayı terkedememesi halinde bu suç meydana gelecektir” Schäfer (LK), § 239, kn.2'den naklen (Recep Gülşen, **Hürriyeti Tahdit Suçları** (TCK. m.179-187), Ankara, 2002, s.61).

²⁹ Hasan Tahsin Gökcan, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, **Yargıtay Dergisi**, C.39, S.3, Temmuz, Ankara 2013, s.16.

³⁰ Sulhi Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar**, 4. Bası, İstanbul 1975, s.236-241; “Mağdurun, failin egemenlik alanına girmesiyle rızayla kaçırma veya alıkoyma suçu oluşacağından, YCGK.nun 10.1.1986 gün 5/3 s. kararı ile 5.Ceza Dairesinin 7.2.1985 gün 4530/447, 25.12.1984 T. 4485/4988 sayılı kararlarında meskun mahalde, şehir banliyosunda, yollarda, şehvi davranışta bulunmadan gezmede, hakimiyet altına almadan bahsedilemeyeceği için alıkoyma suçunun oluşmadığı belirtilmiştir” (Vural Savaş/ Sadık Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanununun Yorumu**, C.II, Ankara 1995, s.4206). Aynı yönde YCGK., 8.7.1991, 5-197/228; Yargıtay 765 sayılı TCK'nın 179. maddesi ile ilgili bazı kararlarında da bu koşulun varlığını araştırılıyordu. “... sanığın silâh tehdidiyle mağdure ve arkadaşını Batıkent'e 500 m. mesafede kırsal kesimde ekinlerin arasına götürmek suretiyle mağdurenin egemenlik alanından kendi hakimiyet sahasına götürdüğü suçun tamamlandığı” (8. CD. 14.04.1993, 2139/3927) bkz. Osman Yaşar, **Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar**, Ankara 2001, s.103.

³¹ İsmail Malkoç, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s.336-339.

arasında düzenlemiş olmasının, suçla korunan hukuksal değeri değiştirmeyeceği; Kanunun özgürlükten yoksunluğun nerede gerçekleştirildiğine önem vermediği belirtilmiştir³². Yeni TCK'nın 109 maddesinin “mağdurun failin hâkimiyet alanına girmesi” unsurunu içerdiğinden söz edilerek, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun uygulama alanını daraltacak biçimde yorumlanması mümkün değildir³³. Buna karşın, uygulamada bu hususun araştırılması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir³⁴.

Yine, suçun işlendiği yerin normal özellikte olması veya tedavi edici veya aşağılatıcı bir yer olması, suçun oluşumu bakımından bir fark yaratmaz³⁵. Ancak, hâkim, özgürlükten yoksunluk koşullarını cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurabilecektir (TCK m.61).

2.1.1.3. Tipik Fiilin Özellikleri

Fiilin niteliğine göre suçlar çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur: Hareketin sayısına göre *tek hareketli*, *birden fazla hareketli*, *seçimlik hareketli* ve *itiyadi suçlar*; hareketin önemine göre *serbest hareketli* ve *bağlı hareketli suçlar*, hareketin icrasına göre *ani hareketli suçlar* ve *mütemadi (kesintisiz) suçlar*; hareketin şekline

³² Önder, Özel Hükümler, s.556-557.

³³ Alman CK'da, “şantaj amacıyla insan kaçırma” suçu açısından “Fail tarafından başka bir kişi üzerinde fiziki hâkimiyet kurulduğunda, 239a maddenin I 'inci fıkrası anlamındaki ‘Sich Bemächtigen’ unsuru gerçekleşmiş olur. Bunun için, kişinin bulunduğu yerin değiştirilmesine veya kişiyi hürriyetten yoksun kılma suçunun tamamlanmasına gerek yoktur.” (BGH 2 StR 614/98, 10 Mart 1999 tarihli karar). Mağdur, kendi davranışlarını bedeni açıdan belirleyemezse, fiil gerçekleşmiş sayılır. Bunun aracı, hem fiziki önlemler (örneğin bir ip ile bağlamak), hem de tehdit (örneğin bir ateşli silah ile) veya hile olabilir” Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch, 53. basım, 2006, § 232, kn. 31'den naklen Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu**, (Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük), 1. Bs., Beta, İstanbul 2009, s.iv).

³⁴ “Karara göre sanığın yakınanın yanına giderek yakından kendisini mobiletle gezdirmesini istemesi, yakınanın kabul etmemesi üzerine bıçak çekerek “Beni mobiletinle gezdir, yoksa mobiletinin lastiklerini keserim, mobiletine zarar veririm” diye söyleyerek yakınanın kendisini mobiletle fuar içinde gezdirmesini sağlamak biçimindeki eyleminin, yakınanın sanığın hâkimiyet alanına girmemesi, umuma açık yerde üstü açık mobiletle gezdirmesi nedenleriyle tehdit suçunu oluşturur” (Y. 4. CD. 6.2.2007, 2006/8912 - 2007/1212) (Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.427); Gökcan, Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma, s.16-17.

³⁵ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.61.

göre, *icrai hareketle işlenen suçlar, ihmali hareketle işlenen suçlar ve ihmali suretiyle icra suçları* olarak sınıflandırma yapılmaktadır³⁶.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun tanımından, serbest hareketli, tek hareketli, icrai ya da ihmali hareketle işlenebilen mütemadi (kesintisiz) suç özelliklerini taşıdığı anlaşılmaktadır.

2.1.1.3.1. Serbest Hareketli Suç Olması

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu serbest hareketli bir suçtur³⁷. Çünkü tanımda suçun hangi hareketlerle işlenebileceği konusunda bir özelleştirme yapılmamıştır³⁸. TCK'nın 109/1. maddesi “bir kimsenin hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılması” neticesini göstermiş, ancak bunun nasıl gerçekleştirileceği üzerinde durmamış ve hareketin biçimine de bir önem vermemiştir.

Yeni TCK'da benimsenen amaçsal (final) hareket teorisine göre somut bir olayda insan hareketinin neyi *amaçladığı* sorusu belirleyici olmaktadır³⁹. Serbest hareketli suçlar, kanunda gösterilen neticeyi meydana getirmeye elverişli herhangi bir hareketle işlenebilir⁴⁰. Bu suç açısından da önemli olan, kişinin hareket etme özgürlüğünü engellemeye elverişli bir hareketin yapılmış olmasıdır⁴¹.

Bu bakımdan kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu çeşitli şekillerde ve değişik araçlarla gerçekleştirilebilir. Kişinin yakalanması, bağlanması, çıkış kapılarının tutulması gibi fiziksel ya da tehdit, hile gibi manevi araçların yanı sıra kilit, silâh gibi mekanik araçlar ya da uyuşturucu ve benzeri kimyasal maddeler

³⁶ Gian Domenico Pisapia, **İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım**, (Çev. Atıf Akgüç) Padova 1965, Adalet Bakanlığı, Ankara 1971, s.43; Dönmezer/Erman, C.I, kn. 505-513; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Bs., Seçkin, Ankara 2018, s.232; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.253; Özgenç, Genel Hükümler, s. 177.

³⁷ Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü, s.66; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.360; Tezcan/Erdem/Önok, s.513; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.426; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.446.

³⁸ Serbest hareketli suç hakkında bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.178; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.265; Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, s.225; Demirbaş, Genel Hükümler, s.232.

³⁹ Heinrich, I, kn.104.

⁴⁰ Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş, 17. Bs., Ankara 2012, s.131.

⁴¹ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.446.

kullanılarak suçun işlenmesi mümkündür. Suçun oluşması için mağdurun mutlaka kapalı bir yerde tutulması zorunlu değildir, fail mağdurun bir yerden ayrılmasına herhangi bir şekilde engel olabilir⁴². Örneğin, bir kara, hava ya da deniz taşıtının hareket halinde olması mağdurun buradan tehlikesizce ayrılmasını engelliyorsa kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu oluşur. Ayrıca mağdurun yer değiştirmesi için zorunlu olan araçların ortadan kaldırılmasıyla da suç işlenebilecektir. Örneğin, felçli bir kimsenin tekerlekli sandalyesinin, ayağı kırık birinin koltuk değneklerinin, kişinin takma bacağına, banyoda olan çıplak birinin elbiselerinin saklanması ya da çatıya çıkan kişinin inememesi için merdivenin alınması gibi hareketler suçu oluşturacaktır⁴³. Öte yandan basit güçlükler çıkarılmasının, kişi özgürlüğünün ortadan kaldırılması olarak yorumlanmaması gerektiği belirtilmiştir⁴⁴. Bu konuda fiilin gerçekleştirildiği koşullar göz önünde bulundurularak, yani somut olayın özelliklerine göre (ex ante) yapılacak bir değerlendirmeye sonuca ulaşılmalıdır.

Bu suç serbest hareketli olmakla birlikte, kişinin hareket etme ya da hareket etmeme özgürlüğünü sınırlayan neticenin belli hareketlerle gerçekleştirilmesi suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir. Örneğin fiilin cebir, tehdit veya hile ile (m.109/2) ya da silahla (m.109/3-a) gerçekleştirilmesi hallerinde cezanın artırılması öngörülmüştür.

2.1.1.3.2. Tek Hareketli Suç Olması

TCK'nın 109/1 maddesindeki tanıma göre, suçun meydana gelmesi için *bir kimsenin hareket serbestisini sınırlayan* hareket yeterli olduğundan kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu *tek hareketli* suçlardandır. Bununla birlikte,

⁴² AİHM kararlarında “Akıl hastalarıyla ilgili davalar göstermektedir ki; 5. madde için önemli olan, kişinin ‘kilitli’ koşullar altında tutulması değil, süregiden bir gözetim ve denetim rejimine ne ölçüde tabi olduğu ve pratikte bulunduğu yeri terk etme özgürlüğü olup olmadığıdır. *Ashingdane v Birleşik Krallık* davasında, bir akıl ve ruh hastalıkları hastanesinde tutma emri ile zorla tutulan bir kişinin, ‘açık, yani kilit altında olmayan bir koğuştta kalmasına, gün içinde ve haftasonları hastaneyi refakatsiz olarak terk etmesine izin verilmesine rağmen 5. maddenin koruması altında olduğuna’ karar verilmiştir” (*HL v Birleşik Krallık*), (*Nielsen v Danimarka*) bkz. Harris/O’Boyle/Warbrick, s.127.

⁴³ Önder, Özel Hükümler, s.29; Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü, s.52; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.360; Tezcan/Erdem/Önok, s.513; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.447.

⁴⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s.513.

suçun yasal tanımında gösterilen hareketin az da olsa bir süre devam etmesi, suçun tamamlanması için zorunludur. Mütemadi suçta, suçun yasal tanımında gösterilen hareketin tekrarlayarak devam etmesi (çokluğu), kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun *tek hareketli* suç niteliği ile çelişmez⁴⁵.

Burada hareketin tekliği veya çokluğu, doğal anlamda değil, hukuki anlamda anlaşılmalıdır. Örneğin kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun işlenmesi sırasında mağdurun önce yakalanması, bir süre kapalı bir yerde tutulması, daha sonra başka bir yere götürülmesi halinde doğal anlamda hareketler birden fazladır. Ancak bu gibi durumlarda hukuki anlamda hareket tektir ve fiilin tek hareketle işlendiği kabul edilmelidir. Doğal anlamda birden fazla olan bu hareketler, ancak işlenen suçun haksızlık içeriğinin belirlenmesinde (TCK m.61) göz önünde bulundurulabilecektir⁴⁶.

2.1.1.3.3. İcraî ya da İhmalî Hareketle işlenebilen Suç Olması

Suçlar, kanunun yasakladığı bir hareketin (yasaklayıcı normun) ihlali biçiminde “*icraî*” (aktif) hareketle veya kanunun yapmayı emrettiği bir hareketi (emredici normu) yapmamak suretiyle “*ihmalî*” (pasif) hareketle işlenebilir. Suçla korunan hukuksal değer, icraî hareketli suçlarda bu değere saldırı oluşturan bir hareketin yapılması, ihmalî hareketli suçlarda ise bu değeri koruyan hareketin yapılmaması suretiyle ihlal edilmektedir⁴⁷.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun esasen icraî hareketle işlenen suçlardan olduğu kabul edilmektedir. Suçun tanımından, “*bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma*” fiilinin icraî bir hareketle işlenebileceği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Bir kimsenin elini ayağını bağlamak, kapalı bir yere kilitlemek, rızası dışında bir

⁴⁵ 2.1.1.3.5. Mütemadi Suç Olması

⁴⁶ Bkz. Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s.94; Özgenç, Genel Hükümler, s.177; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.122.

⁴⁷ Hakan Hakeri, İhmalî Suçlar, **CHD**, C.2, S.4, Ağustos 2007, s.137 vd.; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17.Bs, Adalet, Ankara 2014, s.154; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.256; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.87; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.396; Heinrich, I, kn.168.

yerden başka bir yere götürmek, sağlıklı bir kimseyi sahte rapor ile akıl hastanesine yatırmak gibi fiiller icrai hareketlerdir⁴⁸.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun ihmalî hareketle işlenmesi de mümkün görünmektedir⁴⁹. Kural olarak, Ceza Kanununda düzenlenen her suç hem icrai hem de ihmalî hareketle işlenebilmekte⁵⁰, özellikle *serbest hareketli suçlar icrai* ya da *ihmalî* davranışla gerçekleştirilebilmektedir⁵¹. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu gibi, kural olarak icrai hareketle işlenebilen bir suçun ihmalî hareketle işlenmesi halinde gerçek olmayan ihmalî suç⁵² (görünüşte ihmalî suç/ ihmal suretiyle icra suçu/ garantörsel ihmalî suç) söz konusu olmaktadır. Örneğin, yanlışlıkla kapıyı üzerine kilitlediği kimseyi durumun farkına vardıktan sonra serbest bırakmayan ve bu suretle kurtarma yükümlülüğüne aykırı hareket eden kimsenin, hatasını fark ettiği andan itibaren kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu ihmalî bir hareketle işlemiş olacağı belirtilmektedir⁵³. Burada kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun neticesine engel olma yükümlülüğünün öngelen (daha önce gerçekleştirilmiş olan) tehlikeli fiilden⁵⁴ kaynaklandığı öne sürülmektedir⁵⁵.

⁴⁸ Erem, Özel Hükümler, s.1181 vd.; Önder, Özel Hükümler, s.29; Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü, s.64; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.49; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.360; Tezcan/Erdem/Önok, s.513.

⁴⁹ Dönmezer/Erman, I, kn.521; Önder, Mütamadi Suç, s.75-120, 87; Erem, Özel Hükümler, II, s.1182; Önder, Özel Hükümler, s.29; Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü, s.64; M. Emin Artuk, Hürriyeti Tahdit Cürmü, in: **Halid Kemal Elbir'e Armağan**, İstanbul 1996, s.60.

⁵⁰ Hakeri, İhmali Suçlar, s.141 vd.; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.398; Alman Ceza Kanunu'nda yer alan hemen hemen tüm suçlar hem icrai ve hem de ihmalî davranışla gerçekleştirilebilecek niteliktedir. Bkz. Heinrich, I, kn.171.

⁵¹ Özgenç, Genel Hükümler, s.229; Gerçek olmayan ihmalî suçlarda cezalandırılabilirlik bakımından neticeyi önleme yükümlülüğü, ancak serbest hareketli netice suçlarında ihmalî davranışın icrai davranışa eşdeğerde olmasıyla mümkündür. Bağlı hareketli suçlar kanunda sayılan hareketlerin dışında bir hareketle işlenemeyeceğinden böyle bir eşdeğerlikten söz edilemez. Bkz. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.396.

⁵² Gerçek (saf) ihmalî suçlar ise ihmalî hareketin bizzat suç tipinde gösterildiği suçlardır. Gerçek ihmalî suçlar ve görünüşte ihmalî suçlar ayrımı hakkında bkz. Heinrich, I, kn.170, 171; Hakeri, İhmali Suçlar, s.140 vd.; Hakeri, Genel Hükümler, s.156; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.257 vd.; Özgenç, Genel Hükümler, s.225 vd.; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.389 vd.; Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, s.495 vd.

⁵³ Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü, s.67; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.49; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.359; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.447.

⁵⁴ Maiwald'a göre, öngelen tehlikeli fiilden kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğü, sadece hukuka uygunluğu izin verilen risk ilkesinden doğan tehlikeli fiiller bakımından söz konusu olabilir.

Oysa görünüşte ihmali suçtan dolayı failin cezalandırılabilmesi için, neticeyi önlemek hususunda soyut bir ahlaki yükümlülüğün varlığı yeterli değildir. Neticenin önlenmesi açısından mutlaka hukuki bir yükümlülüğün (garantörlük durumunun) varlığı zorunludur⁵⁶. TCK'da ihmali hareketin icrai harekete eşdeğer sayılacağı haller ve yaptırımları sadece üç suç tipinde [kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (m. 83), kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi (m. 88), ihmali suretiyle işkence (m. 94/5) suçlarıyla] sınırlı olarak düzenlenmiştir⁵⁷. Böylece diğer suçların ihmali bir hareketle işlenmesi durumunda failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı tartışmalı hale gelmiştir. Bu görüşe göre, *suçta ve cezada kanunilik*⁵⁸ ilkesi açısından, görünüşte ihmali suçlara ilişkin bir

Bkz. Maiwald, Manfred: İcraî ve İhmali Davranış - Bir Başkası İçin Hareket Etmek, (Çev. Cumhuriyet Şahin), **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, Konya 1998, s.168.

⁵⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.259-260, 263; Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesinin, öngelen tehlikeli fiil esasına dayalı ilk kararında (20 Ekim 1893) açıkça öngelen tehlikeli fiilden doğan garantörlükten söz edilmemektedir. Karara konu olayda, sanık içeride bir kimsenin bulunduğunu bilmeden koridora çıkan kapıyı kilitlemiş, ancak içeride mağdurun bulunduğunu fark etmesine rağmen açmamış, mağdurun kapıyı kırma tehdidi üzerine kapıyı bir süre sonra açmıştır. Mahkeme olayda ihmali suretiyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun gerçekleştiğine, sanığın garantörlüğünün de, sanığın mağduru içeriye kilitlemesi hareketinden kaynaklandığına karar vermiştir. Bkz. Hakeri, İhmali Suçlar, s.160.

⁵⁶ Kayıhan İçel/ Füsün Sokullu-Akinci/ İzzet Özgenç/ Adem Sözüer/ Fatih Selami Mahmutoğlu/ Yener Ünver, **Suç Teorisi** (Suç Kavramına İlişkin Genel Bilgiler, Suçun Yapısal Unsurları, Suçun Özel Oluşum Biçimleri, 2. Kitap), 3. Bası, İstanbul, 2004, s.63; Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 18. Bs. Seçkin, Ankara 2018, kn.338; Hakeri, Genel Hükümler, s.158; Özgenç, Genel Hükümler, s.230; “Bu durumda yasal tanımında o suçun tamamlanabilmesi için ayrıca bir neticenin aranmadığı suç tipleri (sırf hareket suçları), gerçek olmayan ihmali suç şeklinde işlenemezler” bkz. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.400; “Geleneksel tarzda koruma yükümlülüğünün iradî biçimde üstlenilmesi, neticeyi önleme yükümlülüğünün ikinci bir kategorisini oluşturmaktadır. ... Sözgelimi neticeyi önleme yükümlülüğünün varlığı için bu konuda taraflar arasında imzalanmış olan hukukten muteber bir sözleşmeye gerek yoktur. Hatta yok hükmündeki bir sözleşme dahi, belli şartlarda neticeyi önleme yükümlülüğünün dayanağını oluşturabilir. Fakat, belirtmek gerekir ki; bu üstlenme, hiçbir surette kanun karşısında korumayı kapsayamaz. Örneğin bir suçun müşterek failleri kendi aralarında birbirlerini yakalatmamak için anlaşmış olmalarına rağmen; bunlardan biri, imkân olduğu halde taahhüdünü yerine getirmemesi halinde; ihmali suretiyle hürriyeti tahdit suçunu işlemiş kabul edilemez. Aksine, kişi taahhüdünü yerine getirmiş olsaydı, suçluyu kayırma suçunu (Alman CK., §258) işlemiş olurdu” (Maiwald, Manfred: İcraî ve İhmali Davranış - Bir Başkası İçin Hareket Etmek, s.165.

⁵⁷ Bkz. Nur Centel, İhmali Davranışla Kasten Öldürme ve Yaralama Suçları, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.III, **Prof.Dr.Köksal Bayraktar'a Armağan**, (Ed. Prof. Dr. Dr. Eric Higendorf/Prof. Dr. Yener Ünver), YÜHF, İstanbul 2010, 75-92.

⁵⁸ Montesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine (De l'Esprit des Lois)**, Çev: Fehmi Baldaş, Hiper Link, İstanbul Tarihiziz, s.196; Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (Çev. Sami Selçuk), 3. Baskı, İmge Kitabevi, 2013, Ankara, 2013, s.31; Heinrich, I, kn.23; Özgenç, Genel Hükümler, s.116; “Önemle ifade etmek gerekir ki; bir ceza hukuku düzeninin ihmali davranışların

düzenlemeye genel hükümlerde yer verilmemiş olması karşısında, ihmali hareketle işlenebileceği kanunda açıkça belirtilmeyen suçların, ihmali hareketle işlenmesi mümkün değildir. Kanun sadece m.83, 88 ve 94/5 maddelerindeki suçlarda ihmali hareketi icrai harekete eş değer gördüğünden, bunların dışında kalan suçların ihmali hareketle işlenebileceğini kabul etmek kanun koyucunun iradesiyle de çelişecektir⁵⁹.

Öte yandan 765 sayılı TCK döneminden beri kabul gören diğer bir görüşe göre, ihmal suretiyle icranın aslında hareketin bir görünüş türü olduğu ve bu yüzden kanunda düzenleme ihtiyacının bulunmadığı öne sürülmektedir⁶⁰. İhmalin kaynağı olarak, yasal düzenlemeler, sözleşme hükümleri, önceden gelen tehlikeli hareket ve hatta örf ve adet kuralları görüldüğünden⁶¹ niteliği uygun ve neticenin meydana gelmesi elverişli ise diğer suçlar bakımından da ihmal suretiyle icra suçlarının oluşacağı kabul edilmektedir⁶². Bu görüşteki yazarlara göre, yeni TCK görünüşte ihmali suçlar bakımından bir sınırlandırma getirmemiş olduğundan, bu tür suçların oluşması için kanunda ayrı ve açıkça düzenlemeye gerek de yoktur⁶³.

Alman CK. 13. maddesinde, gerçek olmayan ihmali suç “hukukî bir yükümlülüğe aykırı hareket ederek, bir suç tipine ait neticenin meydana gelişine engel olunmaması” olarak tanımlanmıştır⁶⁴. İtalyan CK. 40/2. maddesinde benzer biçimde “hukukî bir yükümlülüğe aykırı olarak tipik neticenin önlenmemesi ile böyle bir neticenin icraî bir hareketle ortaya çıkışına sebebiyet vermemenin (eşit) aynı olduğu” kabul edilmiştir. Daha ileri bir düzenleme olan 1995 İspanyol Ceza Kanununun 11. maddesinde öncelikle, ilgili icrai suç tipinin anlamıyla

cezalandırılabilirliği konusunda açık bir hüküm ihtiva etmesi gerekir” Maiwald, Manfred: İcraî ve İhmalî Davranış - Bir Başkası İçin Hareket Etmek, s.163.

⁵⁹ Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, kn.350; Üzülmüş, Kisiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1191; Hakeri, Genel Hükümler, s.158.

⁶⁰ Dönmezer/Erman, I, kn.511-512.

⁶¹ Önder, II, 126-127; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler (2002), s.440.

⁶² Kanbur, Mehmet Nihat, Türk Ceza Kanununda Mevcut Hükümler Çerçevesinde İhmal Suretiyle İcra Suçlarına İlişkin Sorunlar Üzerine Değerlendirmeler (Nisan - 2012, **CHD**, Y.7, S.18, s. 66-67.

⁶³ Ünver, **Adliye Karşı İşlenen Suçlar**, 2. Bası, Seçkin Yay, Ankara, 2010, s.59.

⁶⁴ Alman CK. §13- “Fiilin ihmal suretiyle icrası (1) Bir ceza kanununda yer alan bir suç tipindeki bir neticeyi bertaraf etmekte ihmal gösteren bir kişinin bu kanuna göre cezalandırılabilmesi için, neticenin meydana gelmemesi için hukukî yükümlülük şeklinde bir sorumluluk üstlenmiş olması ve bu ihmali davranışın kanundaki suç tipini gerçekleştiren icraî bir davranış gibi kabul edilmiş olması şarttır. (2) Ceza, 49’uncu maddenin 1’inci fıkrası gereğince indirilebilir”. Yenisey/Plageman, s.15;

ilişkilendirilen genel bir karşılaştırılabilirlik hükmüne yer verilmiş ve ardından garanti yükümlülüğünün kurucusu olarak, kanun, sözleşme ve önceden gerçekleşen tehlikeli icraî veya ihmali davranış gösterilmiştir⁶⁵. Fransız Ceza Kanununda ise gerçek ihmali suçlar geniş biçimde düzenlenmiş (md.223-6, 434-11) ancak gerçek olmayan ihmali suç tanımlanmamıştır. Karşılaştırmalı hukukta, gerçek olmayan ihmali suçların temel koşullarının ceza kanununun genel hükümlerinde açıkça tanımlanmamış olması, kanunilik ilkesinin bir gereği olarak giderilmesi gereken bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir⁶⁶. Kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı göz önünde tutulduğunda, ihmali hareketle işlenebileceği belirtilmeyen tüm suçlar bakımından genel hükümler içerisinde bir düzenleme yapılmadıkça ya da bu suça özgü bir düzenleme eklenmediği sürece bir suçun neticesi ihmalî bir hareketle ortaya çıksa dahi böyle bir durumda fail cezalandırılmayacaktır⁶⁷.

Hukukumuzda kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun ihmalî hareketle işlenmesi mümkün olmakla birlikte, bu suçun yasal tanımında açıkça ihmali hareketin icrai harekete eş değer görüldüğü belirtilmemiştir. Buna karşılık, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunun sürekliliği çeşitli, karma hareketlerle gerçekleştirilmektedir. Katıldığımız görüşe göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu icrai ve ihmalî hareketlerden oluşan mütemadi bir suçtur. Bu tür karma

⁶⁵ “23 Kasım 1995 tarihli İspanyol Ceza Kanunu md. 11: Bir neticenin meydana getirilmesiyle gerçekleşen cürümler ve kabahatler ancak, failin özel bir hukukî yükümlülüğü ihlâl ederek neticeyi engellememesi ile ona sebebiyet vermesi kanundaki anlama uygun olarak eşit değerde öngörülmüşlerse, ihmal suretiyle işlendikleri kabul edilir. Bu maksatla ihmal ve icra şu şekilde eşit olarak öngörülür: a) Harekete geçmek için kanun veya sözleşme gereği özel bir yükümlülük varsa; b) İhmal eden, daha önceki bir icrai veya ihmali hareketleriyle korunan hukuki değer bakımından bir risk meydana getirmiş ise” (Hans-Hieinrich Jescheck, 1989 TCK Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Çev. Adem Sözüer, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, Konya 1998, s.27.

⁶⁶ Jescheck, 1989 TCK Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, 26.

⁶⁷ Erem/Danışman/Artuk, s.356; Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, kn.350; Üzülmöz, Kisiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s1191; Tezcan/Erdem/Önok, s.514; Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, s.498; Akyürek, Güçlü, İhmali Suçlar, **Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan**, 2014, s.158; Alman doktrinde ihmal suretiyle icra suçlarında, icrai suçlar için öngörülmüş bulunan cezanın indirilmesi genellikle kabul edilmektedir. Alman Hukukunda icrai suçların yasal tiplerinin mahkeme içtihatlarıyla ihmal suçlarına çevrilmesinin Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bu tartışmaları önlemek amacıyla yapılan yasal düzenleme “belirlilik ilkesini” henüz tam olarak sağlamasa da sorun kısmen çözülmüştür. Bkz. Kanbur, İhmal Suretiyle İcra Suçları, s.36, 44; Hakeri, Genel Hükümler, s.160; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 7. maddesinde “Kabahatin ihmali davranışla işlenmesi” başlığıyla “Kabahat, icraî veya ihmali davranışla işlenebilir. İhmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icraî davranışta bulunma hususunda hukukî yükümlülüğün varlığı gereklidir” hükmüne yer verilmiştir.

hareketli fiillerin ihmalî hareketi barındırması, aynı zamanda icrai hareketi de içeren fiilin tekliği dolayısıyla cezalandırılabilirlik açısından sorun yaratmaz⁶⁸. Doktrinde, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun ihmalî hareketle işlenebileceği kabul edilmektedir. Buna göre, failin bir kişiyi yanlışlıkla odaya kilitlediğini fark etmesine rağmen kapıyı açmamaması halinde ihmali hareketle gerçekleştirdiği fiili nedeniyle TCK'nın 109. maddesi uyarınca cezalandırılması mümkündür⁶⁹. Böylece, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun neticesini oluşturan fiilin hem icrai hem de ihmali hareketi kapsadığı kabul edilmektedir.

Öte yandan, bir hukuka uygunluk sebebine dayanarak özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimsenin, bu hukuka uygunluk sebebinin (örneğin gözaltı süresinin) sona ermesinden sonra serbest bırakılmaması suretiyle işlenen suçun, ihmali hareketle gerçekleştirildiğine ilişkin görüşlere⁷⁰ katılmıyoruz. Kanımızca, kamu görevlisinin bir kimseyi hukuka aykırı biçimde gözaltına alması veya hukuka uygun olarak gözaltına alınmış olan kişiyi serbest bırakması gerektiğinde salıvermemesi hallerinde hareketin niteliği açısından fark yoktur. Her iki durumda tipe uygun fiil -tutma, alıkoyma- icrai hareketle gerçekleştirilmekte ve aynı hareket

⁶⁸ *Kitzinger* ile *Riemerschmidf*, suçun sadece icrai fiil ile işlenmesi haline örnek olarak, suçun devamlı bir şekilde fiili cebir kullanılması -failin mağduru aralıksız sıkıca kollarının arasında tutması- suretiyle işlenmesini göstermişlerdir. *Önder* mütemadi suçun işleniş biçimlerini incelerken, *Heiserer*, *Egenolf*, *Riemerschmidf*, *Hafkesbring* ile *Alff* tarafından yazılan doktora tezlerine atfen kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun icrai ve ihmali hareketlerden oluşan mütemadi bir suç olduğu sonucuna varmıştır. *Önder'e* göre mağdurun özgürlüğünün sınırlandırılmasından sonra bu halde bırakılması cezayı gerektiren, ihmali bir durumu oluşturmakta ve bu hukuka aykırı fiil süresince mütemadi olan suç işlenmektedir. Bkz. *Önder*, *Mütemadi Suç*, s.75-120, 87; Ayrıca bkz. *Pisapia*, s.49; *Kunter*, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, s.94; *Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır*, *Özel Hükümler*, s.362.

⁶⁹ *Koca/Üzülmez*, *Özel Hükümler*, s.447.

⁷⁰ Bkz. *Önder*, *Genel Hükümler II*, s.209; *Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç*, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C.I-III, 2.Bs., Adalet, Ankara 2014, s.3727; *Özgenç*, *Genel Hükümler*, s.360, dn.505; “Kanaatımızca da hürriyetin tahdidi suçu icrai ve ihmali hareketlerden meydana gelmekte olan mütemadi bir suçtur: zira mağdurun hürriyetinin tahdit edilmesinden sonra bu halde bırakılması, hukuka aykırı bir ihmali ve cezai müstelzim bir durumu meydana getirmektedir. Bu hukuka aykırı durumun devamıncada mütemadi olan suç işlenmektedir” *Önder*, *Mütemadi Suç*, s.75-120, 87; Bizimde katıldığımız *Dönmezer/Erman*'a göre, “temadiyi devam ettirme faaliyetinin daima ihmalî olarak gerçekleşmesi şart değildir; meselâ hapsedilmek suretiyle hürriyeti kısıtlanan mağdurun kaçmasına tehdit veya cebir yahut buna engel olacak önlemlerin alınması ile engel olunabilir ve bunların hepsi ihmalî değil icrai birer harekettir” (*Dönmezer/Erman I*, kn.521).

(temadi) süreklilik göstermektedir. Bizce, fark yalnızca tipik fiilin başladığı andan itibaren ya da sonradan hukuka aykırılık unsuru taşımasıdır⁷¹.

2.1.1.3.4. Müttemadi Suç Olması

Kasten işlenen her suç, kanunda yazılı tipin gerçekleşmesiyle tamamlanır⁷². Suçla korunan hukuksal değerin ihlalinin maddi anlamda sona erdiği an ise suçun bitmesini ifade eder. Maddi anlamda suçun bitmesi genellikle suçun şeklen tamamlanmasını takip eder⁷³. *Ani suçlarda* (kasten öldürme veya yaralama) ya da durum suçlarında (iz bırakan suçlarda) (örneğin, yaralanmanın etkisinin devamı) yasal tanıma uygun hareketin yapılmasıyla veya neticenin gerçekleşmesiyle suç aynı anda tamamlanır ve biter⁷⁴. *Müttemadi (kesintisiz) suçlarda* ise “fiilin icrası” bir anda tamamlanmamaktadır⁷⁵. Müttemadi suçta hukuka aykırı durumun sürdürülmesi failin iradesine bağlıdır⁷⁶. Suçun tamamlanması ve bitmesi (sona ermesi) farklı suç tipleri için ayrıca değerlendirilmelidir⁷⁷.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu, ani suç- müttemadi suç ayırımı bakımından *müttemadi* suçlardandır⁷⁸. Suçun oluşması için, kişinin hareket serbestisi kesintisizlik (temadi) oluşturabilecek -önemli sayılabilecek- (az ya da çok) bir süre kısıtlanmış olmalıdır⁷⁹. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu,

⁷¹ Bkz. 2.3.2.3. Görevin İfası

⁷² Heinrich, I, kn.707.

⁷³ Heinrich, I, kn.713.

⁷⁴ Heinrich, I, kn.167, 719; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7.Bs. Yetkin, Ankara 2016, s.243; Koca/ Üzülmöz, Genel Hükümler, s.125 vd.

⁷⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s.183; “Kesintisiz suçlarda suç, ihlal edici durumun oluşturulduğu anda değil, bu durumun suçun varlığı için gerekli olan asgari ölçüde devam ettirildiği anda tamamlanmış olur” (Önder Tozman, **Suçta Teşebbüs**, Adalet, Ankara 2015, s.151).

⁷⁶ Dönmezer/Erman, C.I, kn. 519.

⁷⁷ Heinrich, I, kn.713.

⁷⁸ Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu, Türk hukukunda müttemadi suçun klasik örneğidir. Bkz. Önder, Özel Hükümler, s.26; Dönmezer/Erman, C.I, kn. 519-524; Bkz. Önder, Müttemadi Suç, s.75-120, 86; Erem/Danışman/Artuk, s.352; Tezcan/Erdem/Önok, s.514; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.360 vd; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.88; Hafizoğulları/Özen, Özel Hükümler, s.188; Soyaslan, Özel Hükümler, s.263; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.426; Koca/Üzülmöz, Özel Hükümler, s.447.

⁷⁹ Heinrich, kn.166; Önder, Müttemadi Suç, s.115; Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.273; Soyaslan, Özel Hükümler, s.263; Tezcan/Erdem/ Önok, s.514; Koca/Üzülmöz, Özel Hükümler, s.447; Nur Centel/ Hamide Zafer/ Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10.Bs. Beta, İstanbul 2017, s.270; Erem/Danışman/Artuk, s.352; “Kanundaki bu tanımdan temadi açıkça

süreklilik göstermeyen, anlık sayılabilecek hareketlerle oluşmaz; bu nedenle *zorunlu mütemadi suçlardandır*⁸⁰. Örneğin, kişiyi elinden veya kolundan tutma ya da çıkışını çok kısa bir süre için engelleme şeklindeki fiiller bu suçu oluşturmayacaktır. Yargıtay kararları, kişinin hareket serbestîsinin kısıtlandığı sürenin suçun oluşması bakımından yeterli olup olmadığı konusunda, somut olayın özelliklerine göre (ex ante) yapılacak bir değerlendirmeye sonuca ulaşılması gerektiği yönündedir⁸¹.

Alman CK. prg. 239'da düzenlenen kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçu bakımından da mağdurun sadece çok kısa bir süre tutulması, suçun oluşması bakımından yeterli bulunmamaktadır⁸². Fransa uygulamasında, Fransız CK. 224-1 maddesinde yer verilen fiillerden, yasaya aykırı olarak durdurma/yakalama (*arrestation*) fiilinin anlık bir hareketle oluşacağı, tutma/alıkoyma (*détention*) veya kapalı bir yerde hapsetme (*séquestration*) fiillerinin ise birkaç dakika gibi kısa bir süre sürmüş olsa da, mağdurun bir süre iradi olarak serbest bırakılmamış olması koşuluyla gerçekleşebileceği kabul edilmektedir⁸³.

Ayrıca Alman CK.'nun 239/3-1, 1997 Polonya CK.'nun 189/2, 1994 Fransız CK.'nun 224-4, İspanyol CK.'nun 163 maddesi gibi bazı ülkelerin ceza kanunlarında fiilin belli bir süreden daha kısa veya uzun bir süre devam etmesi suçun cezasının indirilmesini ya da artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Suçun nitelikli unsurları kapsamında bu konuya değindik.

anlaşılmaktadır" (Erem/Danışman/Artuk, s.352); "hürriyeti tahditten söz edilebilmesi için, kısıtlama eylemi korunan hukuki yararı ihlal etmiş olacak bir süre olması da gerekir" (Önder, Özel Hükümler, s.26).

⁸⁰ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s.100; Dönmezer/Erman I, kn.522; Önder, Mütemadi Suç, s.115; Demirbaş, Genel Hükümler, s.248; Zeki Hafızogulları/Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11.Baskı, US-A, Ankara 2018, s.190; Soyaslan, Özel Hükümler, s.263; Mütemadi suçun çeşitleri hk. Bkz. Tuğrul Katoğlu, Mütemadi Suç, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara, 1996, s.99; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.362.

⁸¹ "Suçun oluşabilmesi için gereken sürenin ne olduğu kanunda açıklanmamıştır. Ancak kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma kavramının anlık olmayan bir süreyi zorunlu olarak içerip veya fiil ile sonucun hukuken kabul edebilecek bir zaman müddetince sürmesi gerekir. Bu bakımdan her olayda bu hususlar değerlendirilip fiilin kişi özgürlüğünden yoksun kılma niteliği taşıyıp taşımadığı, hareketin ağırlığı, öneminin takdir edilmesi gerekir" (Yargıtay 6. CD 14.12.2016, 6116/89081).

⁸² Bkz. Heinrich, I, kn.166.

⁸³ (Crim. 12 oct. 1977: Bull. crim. no 302; RSC 1978. 632, obs. Levasseur 4 juin 1982: Bull. crim. no 146; Gaz. Pal. 1982. 2. 601, note Doucet; RSC 1983. 271, obs. Levasseur). Bkz. *Nouveau Code pénal*, Paris, Dalloz, 2005, s. 414 vd.

“Mütemadi suçun ne zaman tamamlanmış sayılacağı” konusu, “mütemadi suçta neyin devam ettiği” sorusuna verilecek cevapla yakından ilgilidir. Her suçta mutlaka bir neticenin bulunduğunu kabul eden anlayışın bir sonucu olarak, mütemadi suçta neticenin devam ettiği⁸⁴, hem hareket hem neticenin devam ettiği⁸⁵ ya da hukuka aykırılığın devam ettiği⁸⁶ şeklinde çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Doktrinde, hareketin yapıldığı anda suçun tamamlanmış olacağını ve bundan sonra sadece neticenin devam edeceğini savunan⁸⁷ görüşün, “mütemadi suç” ile “neticesi devam eden ani suçları” karıştırdığı eleştirisi yapılmıştır⁸⁸. Kanımızca, bu eleştirinin, mütemadi suçta neticenin (yalnız başına ya da hareketle birlikte) devam ettiğini kabul eden tüm görüşler açısından geçerli olduğu söylenebilir. Çünkü bu hallerde suçun tamamlanması, neticenin oluşmasıyla birlikte aynı anda gerçekleşmektedir, kesintisizlik özelliği ise sadece suçun tamamlanmasından sonra bitmesine kadar geçen evrede söz konusu olmaktadır.

Benimsediğimiz görüşe göre ise, mütemadi suçta devam eden netice değil, suçun yasal tanımında gösterilen harekettir⁸⁹. Suçun yasal tanımında gösterilen hareketin az da olsa bir süre devam etmesiyle suç tamamlanmakta ve böylece netice meydana gelmektedir. Suçun kesintisizlik özelliği, hem suçun tamamlanması aşamasında, hem de bu aşamadan sonra, suçun sona ermesine (bitmesine) kadar devam etmektedir. Mütemadi suçun tamamlanma aşamasının belirlenmesindeki

⁸⁴ Dönmezer/Erman I, kn.519; Demirbaş, Genel Hükümler, s.247; Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, s.229; Öztürk/Erdem’in ifadesiyle “ortaya çıkan hukuka aykırı durum” sürdürülmektedir. Bkz. Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, kn.358; aynı yönde Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.361.

⁸⁵ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s.99; Soyaslan, Genel Hükümler, s.243; Centel/Zafer/Çakmut, s.270.

⁸⁶ **Hafizoğulları/Özen**’e göre “hukuka aykırılık, suç oluşturan fiilin yapılması ile birlikte kesintisiz olarak devam etmelidir” (Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s.189); yazarlara göre kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu açısından “Kanun, suçun oluşması için, kesintisizliğin belli bir süre sürmesini aramamaktadır. Fiziki zeminde kişinin hareketinin engellenmesi ile birlikte suç oluşur” (Hafizoğulları/Özen, Özel Hükümler, s.188); Bkz. Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s.96-99; Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz, İstanbul 1992, s.185-186.

⁸⁷ Doktrinde, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu sırf hareket suçu olarak nitelendiren yazarlara göre de “mütemadi suçlarda, kanuni tipte yer alan hareketin yapılmasıyla suç tamamlanmakta, ancak bitmemektedir” (Artuç/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.267); Aynı yönde Tezcan/Erdem/Önok, s.514, 530.

⁸⁸ Erem/Danışman/Artuk, s.352.

⁸⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s.183-184; Koca/ Üzülmöz, Genel Hükümler, s.125; **Pisapia** da mütemadi suçta, suçu oluşturan hareketlerin birden çok olduğu görüşündedir. Bkz.Pisapia, s.51

güçlük, tamamlanmış suç ile suçun bitmesine kadar temadi eden hareketin karışmasından kaynaklanmaktadır⁹⁰. Buna göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu, mağdurun iradesine uygun olarak hareket etmesinin *önemli sayılabilecek* (az ya da çok) bir süre kısıtlanmasıyla **tamamlanır**; mağdurun hareket serbestîsini tamamen kazandığı anda **biter**⁹¹.

Mütemadi suçlarda hareketlerin çokluğu, suç tipinde öngörülen hukuka aykırılığın ortaya çıkması ve sürekliliği bakımından kavramsal bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Doğal anlamda birden fazla olan hareketin suç tipinde birleştirilmiş olması nedeniyle, hukuki anlamda hareket (fiil) tektir⁹². Buna göre, hukuka aykırı durumun ortaya çıkmasını veya sürekliliğini sağlayan her bir davranış bağımsız bir fiil olarak değil, tek bir fiilin kısımları olarak görülür. Fiilin icrasının kısa süreli kesintiye uğraması (örneğin, özgürlüğünden yoksun bırakılan mağdurun kısa süreli olarak failin elinden kaçmayı başarması ve tekrar yakalanması) mütemadi suçlarda tipik fiil tekliğini ortadan kaldırmaz. Bu durumda fiilin icrası kısa süreli kesintiye uğramasına rağmen fiil çokluğundan söz etmek mümkün değildir⁹³.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunun sürekliliği çeşitli -karma- hareketlerle gerçekleştirilebilir⁹⁴. Ancak, suçun öncelikle icrai hareketle başlayıp, arkasından kesintisizliğin mutlaka ihmalî hareketle devam etmesi zorunlu

⁹⁰ Bkz. Erem/Danışman/Artuk, s.352-353.

⁹¹ Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.88; Koca/ Üzülmmez, Özel Hükümler, s.447; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.426.

⁹² Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s.94; Mütemadi suçta hareketin sayısı sorunu hk. Bkz. Önder, Mütemadi Suç, s.96 vd.; bkz. Katoğlu, Mütemadi Suç, s.49.

⁹³ Neslihan Göktürk, **Fikri İctima (Suçların İctimai)**, Adalet, Ankara 2013, s.136 vd.

⁹⁴ **Kitzinger** ile **Riemerschmid**, suçun sadece icrai fiil ile işlenmesi haline örnek olarak, suçun devamlı bir şekilde fiili cebir kullanılması -failin mağduru aralıksız sıkıca kollarının arasında tutması- suretiyle işlenmesini göstermişlerdir. **Önder** mütemadi suçun işleniş biçimlerini incelerken, **Heiserer**, **Egenolf**, **Riemerschmid**, **Hafkesbring** ile **Alff** tarafından yazılan doktora tezlerine atfen kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun icrai ve ihmalî hareketlerden oluşan mütemadi bir suç olduğu sonucuna varmıştır. **Önder'e** göre mağdurun özgürlüğünün sınırlandırılmasından sonra bu halde bırakılması cezayı gerektiren, ihmalî bir durumu oluşturmakta ve bu hukuka aykırı fiil süresince mütemadi olan suç işlenmektedir. Bkz. Önder, Ayhan, Mütemadi Suç, **İHFM**, C: XXIX, S: 1-2, İstanbul 1963, s.75-120, 87; Ayrıca bkz. Pisapia, s.49; Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s.94; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.362.

değildir⁹⁵. İcrai hareketle başlayan suçun icrai veya ihmali hareketle devam etmesi ya da ihmali hareketle başlayan suçun icrai hareketle devam etmesi biçiminde ortaya çıkması mümkündür⁹⁶. Kanımızca, bu tür karma hareketli fiillerin ihmali hareketi barındırması, aynı zamanda icrai hareketi de içeren fiilin tekliği dolayısıyla cezalandırılabilirlik açısından sorun yaratmaz. Öte yandan ihmali hareketle başlayan suçun yine ihmali hareketle devam etmesi (örneğin, yanlışlıkla kapı üzerine kilitlenen kimsenin durumun farkına varıldıktan sonra serbest bırakılmaması) mümkün olmakla birlikte, bu durumda sadece ihmali hareketten ibaret olan fiilin cezalandırılabilirliğinin kanunilik ilkesi açısından tartışmalı olduğunu belirtmiştik⁹⁷.

Ayrıca, bir hukuka uygunluk sebebine (örneğin tutukluluk ya da gözaltı kararına) dayanarak özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimsenin salıverilmemesi suretiyle işlenen suçun, ihmali hareketle gerçekleştirildiğine ilişkin görüşlere⁹⁸ katılmadığımızı belirtmiştik. Kanımızca, kamu görevlisinin bir kimseyi hukuka aykırı biçimde gözaltına alması veya hukuka uygun olarak gözaltına alınmış olan kişiyi serbest bırakması gerektiğinde salıvermemesi hallerinde hareketin niteliği açısından fark yoktur. Her iki durumda tipe uygun fiil -tutma, alıkoyma- icrai hareketle gerçekleştirilmekte ve aynı hareket (temadi) süreklilik göstermektedir. Bize göre, fark yalnızca tipik fiilin başladığı andan itibaren ya da sonradan hukuka aykırılık unsuru taşımasıdır⁹⁹.

⁹⁵ Dönmezer/Erman, C.I, kn.521; Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s.189.

⁹⁶ Koca/ Üzülmüş, Genel Hükümler, s.127.

⁹⁷ Bkz. 2.1.1.5. İcrai ya da İhmali Hareketli Suç

⁹⁸ Bkz. Önder, Genel Hükümler II, s.209; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C.I-III, 2.Bs., Adalet, Ankara 2014, s.3727; Özgenç, Genel Hükümler, s.360, dn.505; “Kanaatımızca da hürriyetin tahdidi suçu icrai ve ihmali hareketlerden meydana gelmekte olan mütemadi bir suçtur: zira mağdurun hürriyetinin tahdit edilmesinden sonra bu halde bırakılması, hukuka aykırı bir ihmali ve cezai müstelzim bir durumu meydana getirmektedir. Bu hukuka aykırı durumun devamıncada mütemadi olan suç işlenmektedir” Önder, Mütemadi Suç, s.75-120, 87; Bizimde katıldığımız **Dönmezer/Erman**’a göre, “temadîyi devam ettirme faaliyetinin daima ihmali olarak gerçekleşmesi şart değildir; meselâ hapsedilmek suretiyle hürriyeti kısıtlanan mağdurun kaçmasına tehdit veya cebir yahut buna engel olacak önlemlerin alınması ile engel olunabilir ve bunların hepsi ihmali değil icrai birer harekettir” (Dönmezer/Erman I, kn.521).

⁹⁹ Bkz. 2.3.2.3. Görevin İfası

Suçun tamamlanmasıyla suç işlenmiş olacağından cezalandırılabilirlik açısından suçun bitmesinin bir önemi bulunmamakla birlikte, bazen suçun tamamlanması ile bitmesi arasında geçen süre önem taşıyabilir. Bu süre içerisinde suçu nitelikli hale dönüştürecek bir durumun ortaya çıkması, başka bir failin suça iştiraki ya da başka bir suçla içtimai halleri suçun bitmesi anına göre değerlendirilmelidir¹⁰⁰. Bununla birlikte, bize göre, karma hareketli fiillerden birinin kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun nitelikli unsurunu oluşturması halinde, suçun bitmesi anında da nitelikli unsurun varlığı aranmamalıdır. Buna göre, örneğin mağdur çocuğun özgürlüğünden yoksun bırakılma sürecinde on sekiz yaşını tamamlaması ya da ağır hastalık nedeniyle kendini savunamayacak durumda bulunan kişinin iyileşmesi TCK'nın 109/3-f maddesinin uygulanmasına engel olmaz. Kanımızca, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun işlenmesi sırasında nitelikli unsurun gerçekleşmesi yeterli olduğundan, bu durum “failin tekliği kuralının ihlal edildiği” anlamına gelmez¹⁰¹.

Mütemadi suçlarda fiilin icrası devam ettiği sürece, fiilin ifade ettiği haksızlık da işlenmeye devam etmektedir. Çünkü suçun yasal tipi, sadece haksız duruma sebebiyet vermekle değil, aynı zamanda onun sürdürülmesiyle gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle, suçun mütemadi/ kesintisiz olma niteliği, failin, fiilin icrasını hem iradi olarak devam ettirmek hem de sona erdirmek hususunda hukuki iktidarının bulunmasını gerektirmektedir¹⁰².

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun değişik şekillerde sona ermesi (**bitmesi**) mümkündür. Fail, tamamlanmış olan fiile kendi iradesiyle (mağduru serbest bırakarak) son verebilir. Bu aşamada, TCK'nın 110. maddesindeki koşullar gerçekleşmişse etkin pişmanlık söz konusu olur. Öte yandan failin fiile son

¹⁰⁰ Heinrich, I, kn.714-717.

¹⁰¹ Krş. Yerdelen, Mütemadi Suç, s.139-140.

¹⁰² Dönmezer/Erman, C.I, kn.520; Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s.99; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.361; “Her ne kadar bazen mağdurun ya kaçması, ya da kapatıldığı yerden fail tarafından çıkarılmasının maddeten mümkün olmaması (faraza mağdurun bir mağaraya kapatılıp da oradan kurtulması için itfaiyenin müdahale etmesinin zorunlu bulunması) gibi hallerde, failin temadîye son vermek iktidarında olmadığı iddia edilmekte ise de, mütemadî suç kavramı bakımından önemli olan iktidar, temadîye son verecek maddî iktidar olmayıp, son verebilmek imkânını ifade eden hukukî bir iktidardır; kaldı ki, maddî imkânsızlık bulunan hallerde de, fail durumu ihbar etmek ve temadîye son verilmesini sağlamak gibi bir iktidara daima sahiptir” (Dönmezer/Erman, C.I, kn.520).

verebilme iktidarını kaybetmesi de (failin suçüstü yakalanması, mağdurun kurtarılması, kaçması ya da ölümü) temadinin bitmesine neden olur. Failin fiile son verebilme iktidarının bulunmaması (örneğin, yakalanan ya da tutuklanan failin özgürlüğünden yoksun bıraktığı mağdurun yerini söylemekten çekinmesi) durumunda ise temadinin devam ettiği kabul edilmelidir. Ayrıca fiil nedeniyle verilmiş olan kesinleşmiş mahkûmiyet kararı da temadiye son verir. Suçun sona ermesinden sonra aynı fiilin yeniden işlenmesi bağımsız bir suç oluşturacaktır¹⁰³.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun mütemadi/ kesintisiz olma niteliği, hem maddi ceza hukuku hem de şekli ceza hukuku konularının değerlendirilmesi bakımından önemlidir. Mütemadi suçlarda gönüllü vazgeçme ve suça teşebbüs suçun tamamlanmasına kadar mümkündür. Azmettirme dışındaki suça iştirak şekilleri, mağdurun meşru müdafaada bulunabilmesi suçun sona ermesine kadar mümkündür. Suçun işlendiği yer ve zamanın belirlenmesi, zamanaşımı süresinin başlaması, yetkili mahkemenin belirlenmesi açısından da suçun bittiği an esas alınmaktadır¹⁰⁴.

2.1.2. Netice

Netice, suçun yasal tanımında yer alan dış âlemdeki değişiklik olarak tanımlanmıştır¹⁰⁵. Doktrinde klasik suç teorisini savunanlar, fiilin hareket dışında

¹⁰³ Dönmezer/Erman, C.I, kn.520, 524; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.268; Öte yandan “Af kanunun çıkması mütemadi suçu kesmekte ve kanunun tesirini gösterdiği zamandan sonra işlenmekte bulunan mütemadi suç müstakil mahiyette ve yeniden işlenmekte olan bir mütemadi suç şeklinde kabul edilmelidir” (Önder, Mütemadi Suç, s.115); “Sürekli (mütemadi) suçlarda süreklilik devam ederken çıkan genel afla süreklilik hukuken kesilmektedir. Bu nedenle sürekli suçun aftan önceki kısmı sürekliliğin varlığı bakımından dikkate alınmaz, eğer sonraki eylemler(in) tek başına yeni bir suçun konusunu oluşturup oluşturmayacağı sürekli suçun niteliğine göre belirlenecektir. Örneğin TCK’nın 179. maddesinde öngörülen hürriyeti tahdit suçunun işlenmesi esnasında bu suçu kapsamına alan bir genel af ilan edilse, süreklilik kesilecek ve kanunun çıkmasından önceki kısım affedilmiş sayılacaktır. Ancak genel aftan sonra hürriyeti tahdit eylemine devam edilirse bu suç yeniden işlenmiş sayılır ve af kapsamı dışında kalır” (Sözüer, Adem, Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2001, 18: 223-252, s.246).

¹⁰⁴ Dönmezer/Erman, I, kn.522; Özgenç, Genel Hükümler, s.184; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.268-269; Mütemadi suçun sonuçları hk. Bkz. Katoğlu, Mütemadi Suç, s.109.

¹⁰⁵ Dönmezer/Erman, I, kn.502, 514-515.

neticeyi de kapsadığını kabul etmektedirler. Bu doğrultuda, her suçta var olan neticenin, bazen hareketten ayrı, bazen de harekete bitişik olduğu belirtilmiştir¹⁰⁶.

Yeni TCK’da benimsenen amaçsal suç teorisine göre, suçun yasal tanımında yer verilen netice fiilin bir alt unsurunu değil; fiilden ayrı olarak suçun maddi unsurlarından birini oluşturmaktadır. Böylece neticenin ifade ettiği haksızlık üzerine kurulu suç teorisi yerine, hareketin ifade ettiği haksızlığa dayalı bir suç teorisi kabul edilmiş ve her suçta mutlaka bir netice vardır şeklindeki anlayış terk edilmiştir. Doktrindeki “*neticesi harekete bitişik - neticesi hareketten ayrı suç*” (şekli suç-maddi suç) ayrımının yerini, “*sırf hareket suçları*” ve “*neticeli suçlar*” ayrımı almıştır¹⁰⁷.

Sırf hareket suçları, tamamlanmaları bakımından neticenin gerçekleşmesi gerekli olmayan sadece fiilin icra edilmesiyle tamamlanan suçlardır¹⁰⁸. Suçun hareketten başka, ayrıca dış dünyada bir değişikliğin meydana gelmesiyle tamamlanabildiği hallerde ise *neticeli suçlar* söz konusu olmaktadır¹⁰⁹. Buna göre, suçun yasal tanımında unsur olarak neticeye yer verilmişse, suçun tamamlanabilmesi için bu neticenin gerçekleşmesi gerekmektedir¹¹⁰. Bu ayrım açısından, doktrindeki hâkim görüş, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun *sırf hareket suçu* ya da *neticesi harekete bitişik suç* olduğunu kabul etmektedir¹¹¹.

¹⁰⁶ Bkz. Dönmezer/Erman, I, kn.518; Aynı yönde Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.172; Alacakaptan, s.48-51; Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.135; Demirbaş, Genel Hükümler, s.246 vd.; Hakeri, 163; Centel/Zafer/Çakmut, s.264.

¹⁰⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s.184; “Sonuçsuz suç kuramı” hakkında bkz. Erem/Danışman/Artuk, s.269-270; “suçların teşebbüse müsait olup olmaması açısından da bu ayrımın önemi vardır; şekli suçta tam teşebbüs hali mümkün olmadığı, eksik teşebbüs bazı hallerde gerçekleşebildiği halde, maddi suç tiplerinde gerek eksik gerek tam teşebbüs mümkündür” (Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.172-173).

¹⁰⁸ Heinrich, I, kn.158; Özgenç, Genel Hükümler, s.185; Koca/Üzülmez; Genel Hükümler, s.129.

¹⁰⁹ İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.65-67; Heinrich, I, kn.158, 159.

¹¹⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s.185; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.130.

¹¹¹ Üzülmez, Kisiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1191; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.621; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.360 vd; Tezcan/Ertem/Önok, s.530; **Hafizoğulları/ Özen** de, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun neticesiz suç olduğu görüşündedir. Bkz. Zeki Hafizoğulları/ Muharrem Özen, Hürriyete Karşı Suçlar, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan**, C.II, Turhan, Ankara 2010, s.2737; **Soyaslan**’a göre neticesi harekete bağlı bir suçtur. Bkz. Soyaslan, Özel Hükümler, s.264; Gülşen, 765 sayılı TCK döneminde hürriyeti tahdit (TCK m.179) suçunun bir zarar suçu olduğunu ve neticesi harekete bitişik bir suç olduğunu belirtmiştir. Bkz. Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.204.

Bizim katıldığımız görüş ise, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun *neticeli suç* olduğu yönündedir¹¹². Gerçekten, TCK'nın 109. maddesinde kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun netice unsuru, kişinin “bir yere gitme veya bir yerde kalma özgürlüğünden yoksun bırakılması” olarak gösterilmiştir. Kişinin hareket etme özgürlüğünün kaldırılması suçun netice unsurunu oluşturmaktadır¹¹³.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu, suçun konusu üzerindeki etkisi itibarıyla, *zarar suçu* niteliğindedir¹¹⁴. Netice suçlarının aynı zamanda zarar suçları olması zorunlu değildir. Buna karşılık, *zarar suçu* nitelendirmesi, daima aynı zamanda netice suçu niteliğine de sahiptir¹¹⁵. Tehlike suçlarının oluşması için, failin hareketi ile bir hukuksal değeri sadece tehlikeye düşürmesi yeterli olduğu halde, zarar suçlarında suçla korunan hukuksal değer ve suçun konusunun bir insan hareketiyle somut olarak sınırlandırılması (zarar görmesi) zorunludur¹¹⁶. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun yasal tanımında da, “kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakılması” suretiyle, suçla korunan hukuksal değerin bir insan hareketiyle somut olarak sınırlandırılması¹¹⁷, biçiminde bir zararın ortaya çıkması aranmıştır. Öte yandan, tehlike suçlarından olan hakaret, tehdit, iftira, yalan tanıklık gibi suçların ortak özellikleri, aynı zamanda fiilin icra edilmesiyle tamamlanan sırf hareket suçları olmalarıdır¹¹⁸. Gerçekten bu tür

¹¹² **Manzini** de özgürlükten yoksun bırakma suçunun bir zarar suçu ve maddi (neticeli) suç olduğunu savunmuştur. Bkz. Manzini, 1985, s. 710; Manzini, 1921, s.495'den naklen (Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.129, dn.235 ve 240); Yine “Mütemadi suçun ‘yalnız hareket suçu’yla sınırlandırıldığı iddiası da doğru sayılmaz. Çünkü mütemadi suçların daima sonuçsuz suçlar olmadığı da görülmektedir. Bir kimsenin özgürlüğünden yoksun edilmesinin “sonuçsuz” sayılması mümkün müdür?” (Erem/Danışman/Artuk, s.354-355).

¹¹³ Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü, s.64; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.446.

¹¹⁴ Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü, s.64; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, 61, 204; Gökcan, Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma, s.9.

¹¹⁵ Heinrich, I, kn.161; Özgenç, Genel Hükümler, s.215; Koca/Üzülmez; Genel Hükümler, s.120; Buna karşılık, neticesiz suçun olamayacağı görüşünü savunan **Dönmezer/Erman**’a göre, netice bir “zarar” olabileceği gibi bir “tehlike” de olabilir. Bkz. Dönmezer/Erman, I, kn.517.

¹¹⁶ Heinrich, I, kn.161; “Zarar suçu, korunan hukuki değerin ve suçun konusunun zarara uğratıldığı, eylemden etkilendiği, zararın bir netice olarak suçun objektif unsurlarına dahil olduğu suçlardır” (Koray Doğan, Tehlike Suçu İle Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimai Sorunu, **TAAD**, Y: 5, S: 16, Ocak 2014, kn.186).

¹¹⁷ Bkz. Heinrich, I, kn.161.

¹¹⁸ Bkz. Heinrich, I, kn.158; Özgenç, Genel Hükümler, s.215; Koca/Üzülmez; Genel Hükümler, s.129.

suçların yasal tanımında, suç tipinde hareketin dışında, ayrıca dış dünyada bir değişiklik meydana getirmesi (netice unsuru) öngörülmemiştir.

Ayrıca kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu esasen icraî hareketle işlenen suçlardan olmakla birlikte, ihmalî hareketle işlenmesinin de mümkün olduğu yönünde görüş birliği bulunduğunu belirtmiştik¹¹⁹. Bu durumda görünüşte (gerçek olmayan) ihmalî suç söz konusu olmaktadır¹²⁰. Oysa sırf hareket suçları, neticeye unsur olarak bünyelerinde yer vermedikleri için görünüşte ihmali suç olarak işlenemezler. Görünüşte ihmalî suçlarda kişi belli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek hususunda özel bir yükümlülük altında bulunduğu için, bu neticenin oluşumuna kendisi neden olmasa bile, bunun oluşumunu engellememiş olması halinde, ihmali davranışla bir suç işlemiş kabul edilmektedir¹²¹. Örneğin sırf hareket suçları arasında yer alan hakaret (TCK m.125) suçunun ihmalî hareketle işlenmesi mümkün değildir¹²². Buna karşılık kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu neticeli bir suç olduğundan ihmalî hareketle işlenmeye elverişlidir.

2.1.3. Nedensellik Bağlantısı ve Objektif İsnadiyet

Nedensellik bağı, failin fiili ile gerçekleşen netice arasındaki sebep - sonuç ilişkisini (*objektif ilişkiyi*) kuran doğal bir olgudur. Neticeli suçlarda, failin fiiliyle netice arasında *nedensellik (illiyet) bağı* yoksa fail o neticeden sorumlu tutulamaz. Gerek 765 sayılı TCK'da gerekse 5237 sayılı TCK'da düzenlenmemiş olan nedensellik bağı, neticeli suçlarda, suçun kanunda yazılı olmayan unsurları arasında yer almaktadır¹²³.

¹¹⁹ Erem, Özel Hükümler C.II, s.1182; Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü , s.64; Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.60; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.49; Üzülmmez, Kisiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1191; Özgenç, Genel Hükümler, s.229; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.359; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.87; Hafızogulları/Özen, Özel Hükümler, s.188; Tezcan/Erdem/Önok, s.514; bkz.: yuk. 2.1.1.5.

¹²⁰ Heinrich, I, kn.170, 171; Hakeri, İhmali Suçlar, s.140 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.259-260; Özgenç, Genel Hükümler, s.230.; Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, s.496; Koca/Üzülmmez, Genel Hükümler, s.396 vd.

¹²¹ Koca/Üzülmmez, Genel Hükümler, s.399-410.

¹²² Bkz. Koca/Üzülmmez, Özel Hükümler, s.474-475.

¹²³ Özgenç, Genel Hükümler, s.185 vd.; Koca/Üzülmmez, Genel Hükümler, s.132 vd.

Öte yandan hareket ile netice arasında nedensellik bağının varlığı, tek başına, faili bu neticeden sorumlu tutmak için yeterli değildir; ayrıca neticenin faile objektif olarak isnat edilebilmesi de gerekir. Bir neticenin faile insan olma özelliğinden kaynaklanan kabiliyet durumuna göre kendi eseri olarak yüklenip yüklenemeyeceği sorunu, ceza hukuku bakımından, bu davranışın özel normatif ölçütlere göre belirlenmesini gerektirir (*objektif isnadiyet teorisi*). Objektif isnadiyet ölçütü, sorumluluğu, sırf neticeye neden olan hareketlerle sınırlandırmaktadır¹²⁴.

Bir insan hareketinin sebebiyet verdiği netice faile, ancak, hareketinin suçun konusu üzerinde hukuken tasvip edilmeyen önemli bir tehlike (risk) yaratması ve tipik neticenin gerçekleşmiş olması halinde objektif olarak isnat edilebilir. Buna göre, netice “failin eseri” olmalı, üçüncü kişinin veya bir rastlantının eseri olmamalıdır¹²⁵. Öte yandan, riski azaltıcı haller, tehlikenin hukuken önem taşımayacak ölçüde artırıldığı haller, izin verilen risk halleri, tehlikenin netice olarak gerçekleşmediği haller, normun koruma alanına girmeyen haller, hukuka uygun alternatif davranışlar objektif isnadiyetin kalkmasına yol açar¹²⁶.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu açısından da neticenin faile objektif olarak yüklenebilmesi için, failin hareketi ile ortaya çıkan netice arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Nedensellik bağının varlığı için: somut olayda her türlü hayat tecrübesinin dışında kalan atipik bir gelişme olmamalı, fail olayın gelişimine egemen olabilmeli ve fail tarafından yaratılan tehlike tipte öngörülen neticede gerçekleşmiş olmalıdır. Ayrıca netice normun koruma alanının dışında olmamalıdır. Örneğin, asansörle bir binanın 20. katından bodrum katına inmekte olan fail (F) 15. katta asansöre giren mağdur (M) ile karşılaşmış ve ani bir kararla silahını doğrultarak M’nin cüzdanını ve telefonunu almıştır. Bu olay nedeniyle M inmek istediği zemin katın düğmesine basma fırsatı bulamamıştır. F yağma suçunu

¹²⁴ “Bununla birlikte, aksi de söz konusu olmakta ve ceza hukuku, doğa bilimleri anlamında sebebiyet vermediği bir netice için de bir kimseyi sorumlu tutmaktadır. Bu durum yükümlülüğe aykırı olarak bir zarar tehdidini engellemeyen ihmali hareketin faili bakımından geçerlidir” (Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.132-133).

¹²⁵ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.139.

¹²⁶ Adem Sözüer, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş Ve Pratik Çalışma Notu**, (Çevrimiçi) file:///F:/SÖZÜER%20CEZA%20HUKUKU%20UYGULAMA%20REHBERİ.pdf (Erişim: 20.01.2019), s.20-21.

gerçekleştirdikten sonra asansörün bodrum kattaki park yerine geldiğini görüp, hızla dışarıya kaçmıştır. Tam bu sırada arızalanan asansörün kapısı kapanmış ve mağdur 10 dakika boyunca mahsur kalmıştır. Olay nedeniyle M asıl inmek istediği zemin katta asansörden inememiş, F'nin asansörden çıkmasından sonra ise arıza nedeniyle 10 dakika süreyle özgürlüğünden yoksun kalmıştır. Mağdurun inmek istediği katı ve asansörün arızalanacağını bilmeyen F yağma suçunu gerçekleştirdiği süre dışında M'nin hareket serbestisini kısıtlamamıştır. Failin olayın gelişimine egemen olmadığı, atipik bir gelişme (asansör arızası) ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu açısından neticenin faile objektif olarak yüklenebilmesi mümkün değildir. Eğer F, asansörden hemen dışarıya çıkmaması için M'yi tehdit ederek içeride kalmasını sağlamış ya da asansörü bozmuş olsaydı, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçundan da sorumlu olurdu.

2.1.4. Fail

2.1.4.1. Genel Olarak

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun temel şekli açısından TCK'nın 109/1. maddesinde “hürriyetinden yoksun bırakan kişi” denilmek suretiyle, bu suçun herhangi bir kişi tarafından işlenebileceği kabul edilmiştir. Yasal tanıma göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu, faili bakımından özellik göstermeyen ve herkes tarafından işlenebilen bir suçtur¹²⁷. Yeni düzenleme, bu açıdan, 765 sayılı TCK'nın 179/1. maddesinden farklı değildir¹²⁸.

Amaçsal hareket teorisinin bir sonucu olarak, belli bir amaca yönelik irade ile hareket yeteneğine (*fiil ehliyetine*) sahip olan her gerçek kişi fail olabilir. Fiile yönelen bu *iradenin*, kusur yeteneğinin unsuru olan *irade yeteneği* ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla kusur yeteneğine sahip olup olmadığına bakılmaksızın, bütün gerçek kişiler ceza hukuku anlamında fiil ehliyetine

¹²⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.363; Soyaslan, Özel Hükümler, s.262; Hafizoğulları/Özen, Hürriyete Karşı Suçlar, s.2724.

¹²⁸ Artuk, Hürriyeti tahdit, s.58; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.40.

sahiptir¹²⁹. Buna göre, çocuk, akıl hastası ya da cebir veya tehdide maruz kalan kişinin davranışı da fiil niteliğini taşımaktadır. Bu gibi durumların cezai sorumluluğa etkisi (*kınanabilirlik*) ise kişilerin kusurluluğunun (*kusur ehliyetinin*) belirlenmesiyle ilgili olan ayrı bir konudur¹³⁰.

Tüzel kişilerin fiil ehliyeti bulunmadığından, bir suçun faili olamazlar. Bu nedenle ceza hukukunda tüzel kişiler açısından *ceza yaptırımına* hükmedilmesi mümkün değildir. Ancak TCK'nın 60. maddesi uyarınca bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olan bir suç nedeniyle, kanunun öngördüğü hallerde, o tüzel kişi hakkında *güvenlik tedbirine* hükmedilebilir¹³¹. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu bakımından TCK'nın 111. maddesinin açık hükmü uyarınca tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmesi mümkündür.

2.1.4.2. Failin Özelliği

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun temel şekli bakımından failin kişisel niteliğinin önemi bulunmamaktadır. Bununla birlikte, TCK'nın 109/3. maddesinde öngörülen iki durumda failin özelliği önem taşımaktadır: kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle suçu işlemesi (m.109/3-d) ve faille mağdur arasındaki akrabalık ilişkisi (üstsoy, altsoy veya eş olması) suçun cezasını ağırlaştıran nitelikli unsurları olarak düzenlenmiştir (m.109/3-e).

Herkes tarafından işlenebilen *genel suçların* nitelikli şeklinin özel faillik niteliği taşıyanlar tarafından işlenebildiği bu gibi durumlarda “*görünüşte özgü suçlar*” söz konusu olmaktadır. *Gerçek özgü suçların* aksine, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu gibi görünüşte özgü suçlar, özel faillik niteliğini taşımayan kişilerle, bu sıfatı taşıyan kişiler tarafından müşterek fail olarak birlikte

¹²⁹ Burada *fiil ehliyeti* kavramı, medeni hukuk alanındaki anlamda değil, *hareket yeteneği* anlamında kullanılmaktadır. bkz. İzzet Özgenç, Tüzel Kişinin Sorumluluk Ehliyeti, Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Düşünceler, **Reha Poroy'a Armağan**, 1995, s.325.

¹³⁰ Heinrich, I, kn.104; Özgenç, Genel Hükümler, s.162, 174; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.234; Koca/Üzülmez; Genel Hükümler, s.102.

¹³¹ Koca/Üzülmez; Genel Hükümler, s.668; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.299-303; Özgenç, Genel Hükümler, s.207.

işlenebilirler¹³². Bu durumda, özel faillik niteliğini taşıyanlar bakımından suçun nitelikli şeklinden, diğer müşterek failler bakımından ise (TCK 40/2 maddesi suçun nitelikli şekline yardım eden olarak sorumluluğu gerektirmesine rağmen, failliğin şerikliğe göre asliliği kuralı gereğince) bu nitelikli hal uygulanmaksızın sorumluluk söz konusu olacaktır¹³³. Örneğin, A ile B birlikte hareket ederek, A'nın evi terk eden eşini dışarıda yakalayıp zorla arabaya bindirdikten sonra eve getirmişlerdir. Bu durumda özel faillik niteliğini taşıyan A, TCK'nın 109/2 ve 109/3-e maddelerine göre, özel faillik niteliğini taşımayan müşterek fail B ise 109/2 maddesine göre cezalandırılacaktır.

2.1.4.2.1. Kamu Görevlisi

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun nitelikli (TCK m. 109/3-d) unsuru bakımından, *kamu görevlisi* kavramı, failin sahip olması gereken özel faillik niteliği olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle, kamu görevlisi kavramının kapsamının belirlenmesi önem taşımaktadır.

765 sayılı TCK'nın 279. maddesinde kamu görevi- kamu hizmeti ayrımı¹³⁴ yapılmış olmasına rağmen, uygulamada önceleri bu kavramlar eş anlamlı kabul edilerek, kamu hizmetiyle görevli olan kişiler “memur” sayılıyordu¹³⁵. Yargıtay kararlarında ceza kanunu bakımından memurun “kamu görevi” yapan kimse olduğunu kabul etmiştir¹³⁶. Bu ayrım nedeniyle kamu idaresi ya da kamu kurumunda görev yapan personel üstlendiği görev veya fonksiyona göre (yönetim

¹³² *Özgü suçların*, yasal tanıma göre sadece özel faillik niteliğini taşıyanlar tarafından işlenebilen (zimmet (m.247), görevi kötüye kullanma (m.257) suçları gibi) diğer türüne ise *gerçek özgü suçlar* denilmektedir. Gerçek özgü suçlara, özel faillik niteliğini taşımayan kişilerin müşterek fail olarak katılması mümkün değildir; ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilirler (m.40/2). Bkz. Koca/Üzülmüş, Genel Hükümler, s.115, 458. Özgü suçlar hk. Bkz. Dönmezer/Erman, C.II, kn.1169; Kayıhan İçel, **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bs., Beta, İstanbul 2014, s.277.

¹³³ Özgenç, Genel Hükümler, s.546 vd.; Akbulut, s.186; failliğin şerikliğe göre asliliği kuralı hk. İçel, Suçların İçtimai, s.214 vd.; İzzet Özgenç, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İstanbul 1996, s.35, 92; bkz. 3.2.2.2. Müşterek Faillik.

¹³⁴ Bkz. Selçuk, Sami, İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı, **Y.D.**, C: 23, S:1-2, Ocak-Nisan 1997, s.32, Okuyucu-Ergün, Güneş, **Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu**, Çakmak, Ankara 2008, s.13 vd.

¹³⁵ Sahir Erman, Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur, **Siyasal Bilimler Okulu Dergisi**, C.2, Ankara 1947, s.242 vd.

¹³⁶ CGK. 25.11.1985, 1-410/595.

ve idari kadrolarda görev yapanlar) kamu görevlisi ya da (yardımcı kadrolarda görev yapanlar) kamu hizmetlisi sayılmaktaydı¹³⁷. Bunun sonucunda, kamu görevlisi olan bir öğretmen, öğretmenevinde görevlendirildiğinde kamu hizmetlisi kabul edilebilmekteydi¹³⁸. Memur kavramını bazen daraltan bazen de genişleten çelişkili uygulamalara yol açan bu ayrım eleştiriliyordu¹³⁹.

TCK'nın 6/1-c. maddesinde yer verilen tanıma göre “ceza kanunlarının uygulanmasında; ... kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılır”. Buradaki kamu görevlisi terimi idare hukukunda kabul edilmiş olan memur tanımı ile her zaman örtüşmediğinden, tanımda özellikle “ceza kanunlarının uygulanmasında” vurgusuna yer verilmiştir. Bu tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak tek ölçüt, görülen işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Madde gerekçesinde “kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi” olarak tanımlanmıştır. Ayrıca kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret ya da herhangi bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir öneminin bulunmadığı açıklanmıştır¹⁴⁰.

Yürütülmekte olan kamusal bir faaliyetin belirlenmesi açısından üç unsurun varlığı aranmaktadır: 1- Kamu/toplum adına yürütülen bir hizmetin bulunması, 2- hizmetin kuruluşunun yasaya ve siyasi iradeye dayanması, 3- hizmetin

¹³⁷ Doktrinde görülen hizmetin niteliğine göre bunların alt ayrımları da yapılmaktaydı. Bkz. Erman, Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur, s.259 vd.; Selçuk, İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı, s.30.

¹³⁸ Bkz. H.Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, **Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma** Usulleri, Adalet, 4. Bs., Ankara 2016, s.3.

¹³⁹ Erman, Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur, s.270; Selçuk, İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı, s.21; Fatih Selami Mahmutoglu//Serra Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, 1.Bs, Beta, İstanbul 2017, s.60 vd.

¹⁴⁰ Özgenç, **Zimmet Suçu**, Ankara, 2009, s.48 vd.; Doktrinde kamusal faaliyet kavramının ne idare hukuku ne de ceza hukuku sahasında belirginleştirilememiş olduğu, kamu görevlisi kavramının kapsamının fazlasıyla geniş tutulmasının, ceza kanunu uygulamasının istisnailiği ilkesiyle ve kamu görevlilerinin işledikleri ve bunlara karşı işlenen suçların daha ağır biçimde cezalandırılmasının amacı (ratio legis) ile bağdaşmadığı eleştirileri yapılmaktadır. Bkz. Hafizoğulları/Özen, **Özel Hükümler**, s.50 vd.; Mahmutoglu/Karadeniz, s.63vd.; aynı yönde Okuyucu-Ergün, **Zimmet Suçu**, s.30 vd.; aynı yönde Burcu Demren Dönmez, **Türk Ceza Kanununda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı**, **TBBT**, S: 94, 2011, s. 117 vd.

yürütülmesinde kamu erkinin/otoritesinin kullanılması gerekmektedir. Böylece belirlenen kamusal faaliyetin yürütülmesine, genel idare esaslarına uygun biçimde katılan kişi kamu görevlisidir¹⁴¹.

TCK'nın 6/1-c. maddesinde kamu görevlileri bakımından herhangi bir sınırlama yapılmadığından, her kamu görevlisinin kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun faili olabileceği anlaşılmaktadır. 5237 sayılı TCK'da yer verilen “kamu görevlisi” tanımı, 765 sayılı TCK'daki ayrımı ortadan kaldırmıştır. Ayrıca eski kanundaki “memur” kavramına göre daha geniş kapsamlıdır¹⁴².

Bazı özel kanunlarda failin “memur sayılması” ya da “memur gibi cezalandırılması” gerektiği biçiminde -765 sayılı TCK 279. maddesine atıf yapan hükümler bulunmaktadır. TCK'nın genel hükümlerinin özel kanunlar bakımından bağlayıcı olması (TC m. 5) ve yürürlükten kaldırılan hükümler bakımından bu hükümlerin karşılığı olan maddelere atıf yapılmış olması (5252 sayılı K. m. 3/1) nedeniyle, “memur” kavramına yapıla atıfların “kamu görevlisi” kavramına yapılmış sayılacağı anlaşılmaktadır¹⁴³.

¹⁴¹ Gökcan/Artuç, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi, s.6 vd.; Devletin kamusal faaliyet çerçevesinde örgütlenip yürüttüğü bütün hizmetlerde istihdam ilişkisiyle çalışanlar (memur, hizmetli, şoför ya da kadrolu işçi ayrımı yapılmaksızın) kural olarak kamu görevlisidir. Seçim ile (kamusal göreve katılanlar (muhtar, ihtiyar heyeti) yasal biçimde görevlendirilenler (köy bekçisi, korucu), yargı faaliyetine atama ile kadro karşılığı sürekli olarak görevlendirilenler (hâkim, savcı, katip, mübaşir), yargı faaliyetine kamu hukuku usulüne göre geçici olarak katılanlar (avukat, bilirkişi, tanık) ile kamu hizmetinde öalistirilen işçiler (belediyede çalışan kadrolu memur, itfaiye eri, şoför) kamu görevlisidir. Kamu kurumlarında çalışan sözleşmeli personel de kamu görevlisi sayılmaktadır. Ancak, kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından yürütülmesi durumunda, kamu güç ve otoritesiyle organik bağı bulunmayan bu hizmeti yürütenler kamu görevlisi sayılmamaktadır. Ayrıca kamu kurumu niteliğindeki meslek örgütlerinin (örneğin Türk Tabipler Birliği) kamusal faaliyet yürütmeleri dolayısıyla çalışanlarının kamu görevlisi kabul edilmeleri gerektiği belirtilmiştir (Ay. m.135). Buna karşın, kamu kurumu niteliğindeki bazı meslek örgütlerinin (örneğin Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği) kanunlarında “memur gibi cezalandırma” niteliğinde düzenlemelere yer verilmiş olması, TCK 6/1-c maddesi doğrultusunda değerlendirme yapılmasına engel olduğundan eleştirilmiştir. Bkz. Gökcan/Artuç, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi, s.23 vd.; Kamu İktisadi Teşebbüsleri personeli, 765 s. TCK'nın 279. maddesine göre “kamu görevi” görmediği için, “ceza kanunu uygulamasında memur” sayılmıyordu. KİT'lerin personel rejimini düzenleyen 399 sayılı KHK'nin 11/B. maddesi uyarınca, “ifa ettikleri görevlerinden doğan” her türlü suçtan dolayı “memur” kabul edilmekteydi. TCK 6/1-C. maddesine göre KİT personeli, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlar dolayısıyla, kamu görevlisi olarak sorumlu tutulmaktadır. Bkz. Özgenç, Zimmet Suçu, s.50.

¹⁴² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.891 vd; Gökcan/Artuç, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi, s.11; Okuyucu, s.535.

¹⁴³ Kamu görevlisi olmadığı ve kamusal faaliyet yürütmediği halde özel kanunlarla (örneğin 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 62) memur gibi cezalandırılacağı belirtilen kimseler de vardır. Bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.894.

Özel kanunlarında kamu görevlisi gibi sorumlu olacakları açıkça belirtilen kişiler de özel faillik niteliğini taşımaktadır. Örneğin, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun 23. maddesi uyarınca “özel güvenlik görevlileri, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır”.

Öte yandan madde gerekçesinde, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerin üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı belirtilmiştir. Örneğin bir kamu kurumunun yemek ya da temizlik işlerini üstlenen özel işletmenin müdürü ya da diğer çalışanları kamu görevlisi sayılmamaktır.

Kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle suç işleme bakımından TCK'nın 109/3-d maddesinde öngörülen koşullar, suçun nitelikli unsurları kapsamında ayrıca incelenmiştir.

2.1.4.2.2. Akrabalık İlişkisi

Kişiye özgürlüğünden yoksun kılma suçunda failin özelliğinin önem taşıdığı ve dolayısıyla *görünüşte özgü suçun* söz konusu olduğu diğer bir durum, fail ile mağdur arasında akrabalık ilişkisinin bulunmasıdır.

TCK'nın 109/3-e maddesinde failin üstsoy, altsoy veya eş olması suçun cezasını ağırlaştıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Fail ile mağdur arasında bu nitelikli unsur bakımından akrabalık ilişkisinin varlığı Türk Medeni Kanunu hükümleri çerçevesinde belirlenmelidir¹⁴⁴.

TCK'nın m.109/3-e maddesinde suçun nitelikli unsurları için öngörülen koşullar ayrıca incelenmiştir.

2.1.5. Mağdur

2.1.5.1. Genel Olarak

Kişiye özgürlüğünden yoksun kılma suçunun konusu ile mağduru iç içe görünmekle birlikte aynı şeyler değildir. Bu nedenle, öncelikle suçun konusu ile mağdur ayırt edilmelidir. “Mağdur”, haksızlığa uğramış kişi anlamına gelmektedir.

¹⁴⁴ Bkz. 2.1.7.7. Üstsoy, Altsoy Veya Eşe Karşı İşlenmesi.

Suçun mağduru ise suçun konusunun ait olduğu kişidir¹⁴⁵. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuyla korunan hukuksal değerin ihlâl edilmesi, suçun konusuna - *belli bir kişinin iradesine göre yer değiştirme ya da değiştirmeme özgürlüğüne*- zarar vermektedir. Suçun mağduru ise suçun konusu olan *özgürlüğün ait olduğu kişi* olmaktadır. Suçun konusunu incelerken bu ayrıma değindik.

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişi dışındaki bireyler ya da tüzel kişiler suçun işlenmesi dolayısıyla suçtan zarar görmüş olabilirler; ancak mağdur olamazlar¹⁴⁶. Örneğin, bir futbolcunun kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun mağduru olması durumunda, futbolcunun eşinin ya da maçta oynayamamasından zarar gören sözleşmeli olduğu spor kulübünün kamu davasına katılmaları mümkün olabilir.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun mağduru ancak gerçek kişiler olabilir. Mağdur, fiilin işlendiği sırada hayatta olan kişidir. Türk Medeni Kanununun 28/1 maddesine göre “kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer”¹⁴⁷. Bir ölünün kısmen ya da tamamen ceset veya kemiklerinin alınması fiili, TCK'nın 130. maddesinde, kişinin (ölünün) hatırasına hakaret suçu olarak ayrıca düzenlenmiştir.

Kesintisiz (mütemadi) suçun tamamlanması için gereken sürede kişi hayatta olmalıdır. Böylece kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu işlenmiş olacağından, bu aşamadan sonra mağdurun ölmesi, cezalandırılabilirlik açısından bir önem taşımaz. Ancak mütemadi suçun tamamlanmasından sonra mağdurun ölümü, temadinin bitmesine, failin fiile son verebilme iktidarını kaybetmesine yol açar.

Ayrıca, hareket etme özgürlüğünden kısmen yoksun bulunan kişilerin de (ikinci bir sınırlama getirilerek) kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun

¹⁴⁵ Suçun konusu ile mağdur kavramının ayrımı için bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.213, 217; Ünver, Hukuksal değer, s.144; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.306, 283; Koca/Üzülmüş; Genel Hükümler, s.116, 117; Doktrinde mağdur kavramı karşılığında “suçun pasif süjesi” ibaresi de kullanılmaktadır. Bkz. Ünver, a.g.e., s.140 vd.

¹⁴⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s.210; Suçtan zarar gören kimse ile suçun mağduru kavramlarının ayrımı hakkında bkz. Kafes, Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi, **AÜHFD**, 60 (1) 2011, s.86.

¹⁴⁷ Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar (MK. m.28). Öztan, s.221 vd.

mağduru olması mümkündür¹⁴⁸. Örneğin, ceza infaz kurumunda tutuklu ya da hükümlü bulunanların kendilerine tanınan özgürlük alanı içerisindeki hareket serbestîlerinin hukuka aykırı olarak (iple bağlanmak ya da hücreye kilitlenmek suretiyle) kısıtlanması halinde suç oluşacaktır¹⁴⁹.

Faillik ve mağdurluk sıfatı aynı kişide birleşemeyeceği için, bir kişi aynı suçun hem faili hem de mağduru olamaz¹⁵⁰. Örneğin, iradesini etkileyen başka bir neden olmaksızın kendisini kapalı bir yere hapseden kişinin fiili kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu oluşturamaz. Ancak, mağdurun kendisini özgürlüğünden yoksun bırakmaya (örneğin, bulunduğu yerin kapısını kilitledikten sonra anahtarı yok etmeye) zorlanması halinde, zorlamada bulunan kişi dolaylı faillik yoluyla sorumlu olur.

2.1.5.2. Kişide Hareket Serbestîsi veya İrade Oluşturma Yeteneğinin Aranmaması

TCK'nın 109/1. maddesine göre kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun temel şekli, mağdur bakımından özellik göstermeyen ve herkese karşı işlenebilen bir suçtur. Çünkü suçun tanımında, mağdur olan kişide insan olmanın dışında herhangi bir özel nitelik aranmamıştır.

Eski TCK'nın 179/1. maddesi de kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun mağdurunun herhangi bir kimse olabileceğini kabul etmekteydi¹⁵¹. Bu dönemde gerek doktrinde gerekse uygulamada, Kanun koyucunun kişi özgürlüğünü en geniş biçimde koruma amacı doğrultusunda, “*hürriyetten mahrumiyet*” kavramının geniş yorumlandığını belirtmiştik¹⁵². Buna karşın doktrinde *hareket serbestîsi* veya

¹⁴⁸ “kişinin hapsedildiği mekânda bir miktar hareket özgürlüğüne sahip olması da 5. Madde hükümlerinin uygulanamayacağı anlamına gelmez. Bu durum, *Ashingdane-Birleşik Krallık* davasında görülmüştür. Bu davada, zorla akıl hastanesinde tutulan bir kişi, zorla alıkonulduğunun belli olmaması için kapıları kilitli olmayan bir koğuşta tutulmakta ve yanında kimse olmadan gündüzleri ve hafta sonları hastane dışına çıkmasına izin verilmektedir” (Macovei, s.32).

¹⁴⁹ Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.87; “İtalyan Temyiz Mahkemesi 25 Nisan 1975 tarihinde bir grup hükümlünün kaçmak için diğer grup hükümlüyü cezaevinin kilisesine kapatmasını hürriyetten yoksunluk saymıştır” Antolisei, I s.139’den naklen (Soyaslan, Özel Hükümler, s.263).

¹⁵⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.306.

¹⁵¹ Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.58.

¹⁵² Erem, Özel hükümler, II, 1179; Yargıtay C.G.K. 08.10.1979 tarih ve 8/312-446 sayılı kararı için bkz. Çağlayan, s.413; bkz. 2.1.1.1.

iradesini oluşturma bilinci bulunmayan kimselerin (örneğin, felçli, ağır hasta, baygın, kendini bilemeyecek derecede küçük, sarhoş veya uykuda olan kimselerin) kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun mağduru olup olamayacağı konusunda farklı görüşler vardı¹⁵³. Yeni TCK'nın 109/3-f maddesinde suçun “*çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı*” işlenmesi nitelikli haller arasında sayılmış ve anılan kişilerin mağdur olabileceği açıkça belirtilmiştir. Ancak *hareket serbestisi veya iradesini oluşturma bilinci bulunmayan kimseler* açısından eski TCK'daki tartışma sürmektedir¹⁵⁴.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuyla korunan hukuksal değerın kapsamını incelerken, doktrinde çoğunlukla, bu suçla bireyin *potansiyel* (gerçekleştirilmesi mümkün) hareket etme özgürlüğünün korunduğunu savunanların yanı sıra bireyin *aktüel* (gerçekleştirmek üzere olduğu) hareket etme özgürlüğünün korunduğunu savunanların da olduğunu belirtmiştik.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuyla bireyin *aktüel* hareket etme özgürlüğünün korunduğunu savunanlara göre, bu suçun mağduru, sadece belli bir yere gitme veya kalma konusunda irade oluşturma yeteneği bulunan kişiler olabilir. Buna göre, belli bir yaşıa altındaki çocuklar ile akıl hastalığı nedeniyle hareketlerini iradi olarak yönlendirme yeteneği bulunmayanlar suçun mağduru olamayacaktır. Yine, iradi olarak hareket edemeyecek biçimde sarhoş veya uykuda olanların, kendine gelip hareket etme yönünde irade oluşturmadağı süreçte, bu suçun mağduru olamayacağı kabul edilmektedir. Bu suçla kişinin *aktüel* hareket etme özgürlüğünün korunduğu kabul edildiğinde, suçun oluşması için öncelikle mağdurun bir yere gitme ya da bir yerde kalma yönünde irade oluşturmadağı, sonra da fail tarafından engellenmesi gerekmektedir. Bu görüş, suçun oluşumunu fail tarafından gerçekleştirilen fiile değil de, mağdurla ilgili bir duruma, yani onun irade oluşturmadağına bağı hale getirmesi nedeniyle eleştirilmiştir¹⁵⁵.

Öte yandan hareket etme yönünde irade oluşturma yeteneği bulunan kişinin, failin etkisi nedeniyle gerçekleştiremeyeceğini düşünerek aktüel hareket etme

¹⁵³ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.41-46.

¹⁵⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.363; Soyaslan, Özel Hükümler, s.262; Hafizoğulları/Özen, Hürriyete Karşı Suçlar, s.2724.

¹⁵⁵ Önder, Özel Hükümler, s.27; Üzümez, Kisiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1188.

iradesi oluşturmadağı (farazi hareket etme iradesinin engellendiğı) hallerde suçun oluşacağı kabul edilmektedir. Fail mağduru bilinçsiz hale getirdiğinde veya bilincinin yerine gelmesine engel olduğunda farazi iradenin engellenmesi söz konusu olmaktadır¹⁵⁶. Örneğin, uyku, alkol, uyuşturucu etkisiyle bilinci yerinde olmayan kişilere karşı bu suçun işlenemeyeceğı, ancak fiilin mağdurun bilinci ortadan kaldırılarak ya da bilinç yokluğunun (ilaçla, uyuşturucuyla) uzatılarak gerçekleştirilmesi halinde suçun oluşacağı kabul edilmiştir¹⁵⁷.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu ile bireyin potansiyel hareket etme özgürlüğünün korunduğunu savunanlara göre ise, yer değiştirme yönünde irade oluşturabilecek ve bunu icra edebilecek durumda olan kimselerin bir yere gitme veya bir yerde kalma konusunda aktüel bir iradesi bulunmasa da özgürlüğün sınırlanmasıyla suç oluşur. Örneğin, A'nın B'yi bulunduğu odaya önemli sayılabilecek bir süre kilitlemesi halinde, B kilitlendiğini hissetmese de suç oluşur¹⁵⁸. Suçun oluşması için mağdurun hareket serbestisinin kısıtlandığını bilmesi gerekli olmadığından, objektif olarak özgürlüğü sınırlanan herkes suçun mağdurudur. Aynı görüşü benimseyen İtalyan Yargıtay'ına göre, kişi özgürlüğü bireyin hareket etme yeteneğine bağlı değildir; insan bedensel olarak hareket etme olanağını ortadan kaldıran her türlü zorlamadan korunmaktadır¹⁵⁹.

Ancak bu görüşteki bazı yazarlar, suç tipinin neticeli bir suç olması dolayısıyla, mağdurun ancak hareket serbestisini kullanmak istediğı anda suçun neticesinin ortaya çıkacağını belirtmektedir. Bu yazarlara göre, kişi uyandığında ya da sarhoş olan kısmen de olsa kendine geldiğinde, ortada *hareket serbestisi veya*

¹⁵⁶ Wilfried Küper, Strafrecht Besonderer Teil, Definitionen mit Erläuterungen, 6. Auflage, Heidelberg 2005, 141-142 ve Gunther Arzt/Ulrich Weber, Strafrecht Besonderer Teil, Bielefeld 2000, § 9, kn. 13'den naklen (Üzülmez, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1187).

¹⁵⁷ Tezcan/Erdem/ Önok, s.513; "Bilinçsizlik ya da bilinçaltı, mağdurun hareket özgürlüğünü geçici bir biçimde kısıtladığı takdirde, fiilin daima cezalandırılabilir olduğunu belirtmek gerekir. Bir sarhoşun ya da uyuyan bir kişinin özgürlükten yoksun bırakılması halinde olduğu gibi" Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü, s.54).

¹⁵⁸ Albin Eser, § 239; SK-Horn, § 239, kn. 2a; Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, München 2006, kn. 3; Volker Krey, Strafrecht Besonderer Teil, C.: 1, 12. Auflage, Stuttgart 2002, § 4, kn. 315; Fritjof Haft, Strafrecht Besonderer Teil II, 8. Auflage, München 2005, s.165-166'den naklen (Üzülmez, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1187); Önder, s.27.

¹⁵⁹ "İtalyan Yargıtayı, bir kararında, hırsızlık fiili işlenirken, uyuyan ev sahiplerinin zamanında ve derhal mukavemetlerini engellemek için yatak odası kapısının üzerlerine kilitlenmesini hürriyeti tahdit suçu olarak kabul etmiştir" Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.43; Tezcan/Erdem/Önok, s.513.

iradesini oluşturma bilincine sahip bir kişiye yönelik bir fiil bulunduğundan bu kişiler suçun mağduru olabilirler. Ancak bu hallerde kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun tamamlanması, kişinin uyanarak veya ayılarak istediği yönde hareket edememesi durumunda mümkün olabilir¹⁶⁰. Aksi halde suç teşebbüs aşamasında kalacaktır¹⁶¹.

Bazı yazarlara göre ise, bulunduğu yeri değiştirme bilincine sahip olmayanlara karşı, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu işlenemez. Bu görüşe göre, yeni doğmuş bir bebeğin beşiğine bağlanması durumunda bir başka suç işlenmiş olabilir, ancak özgürlükten yoksun kılma suçu gerçekleşmez. İrade serbestisine sahip olan küçüklere karşı ise bu suç işlenebilir. Ancak çok küçük yaştaki çocuğun potansiyel olarak dahi hareket etme serbestisi bulunmadığı için, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun mağduru olamayacağı söylenmektedir¹⁶².

Katıldığımız görüşe göre, fiilin işlendiği sırada mağdurun hareket serbestisini kullanma imkânına sahip olup olmaması veya onu kullanmak isteyip istememesi önemli değildir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuyla bireyin o anda gerçekleştirmek üzere olduğu (aktüel) hareket serbestisi korunduğu gibi, gelecekte gerçekleştirilmesi mümkün (potansiyel) hareket serbestisi de korunmaktadır. Bu nedenle suçun oluşması için, mağdurun hareket serbestisinin kısıtlandığını bilmesi gerekmez. Bir kimsenin hukuka aykırı olarak diğerinin özgürlüğünü kısıtlaması, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun oluşması için yeterlidir. Dolayısıyla suçun bir akıl hastasına ya da ayırt etme gücü olmayan bir kimseye karşı da işlenmesi mümkündür¹⁶³.

¹⁶⁰ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, 2013, s.402-403; Bu suç tipiyle potansiyel hareket özgürlüğünün korunduğunu savunan Eser, uykuda veya bilinçsiz durumdaki sarhoşların bu durumları süresince, suçun mağduru olamayacaklarını belirtmektedir. Bkz. Albin Eser, § 239, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl age, München 2006, kn.3'den naklen (Üzülmez, Kisiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1187, dn.10).

¹⁶¹ Üzülmez, Kisiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1205; Koca/Üzülmez; Genel Hükümler, s.449.

¹⁶² Erem, Özel hükümler, II, 1179; Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü, s.52; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.86; Tezcan/Erdem/Önok, s.511 vd.

¹⁶³ Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.58; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.42; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.363; Tezcan/Erdem/Önok, s.511; Hafizoğulları/Özen, Özel Hükümler, s.187; “Felçli bir hastanın ya da uyumakta olan bir kişinin o an için hareket edemeyecek durumda olması önemli değildir. Ayrıca suçla korunan hukuki yarar, aynı zamanda kişinin bir yerde kalma hürriyetidir ve

Gerçekten 5237 sayılı TCK'nın 109/1. maddesinde tanımlanan kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu ile korunmak istenen hukuksal değer, kişinin iradesine göre, o anda kullanıp kullanmadığına bakılmaksızın hem hareket etme özgürlüğünü hem de hareket etmeme özgürlüğünü kapsamaktadır. Bu suçla, bireyin istediği anda bulunduğu yeri değiştirme ya da değiştirmeme imkânının hukuka aykırı bir biçimde kısıtlanması fiili cezalandırılmaktadır¹⁶⁴. Buna karşın, hareket serbestisi veya iradesini oluşturma bilinci bulunmayan kimselerin kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun mağduru olup olamayacağı konusunda eski Kanun döneminden bu yana süre gelen tartışmalar kapsamında ağır hasta, baygın, kendini bilemeyecek derecede küçük, sarhoş veya uykuda olan kimselerin ruhsal ya da fiziksel durumları ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Oysa gerek eski gerekse yeni TCK'da kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun tanımında, mağdur olan kişide insan olmanın dışında herhangi bir özel nitelik aranmamış; suçun mağdurunun belirlenmesi bakımından kişinin hareket serbestisi veya iradesini oluşturma bilincinin bulunup bulunmadığına bakılmamıştır¹⁶⁵.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu açısından, mağdurun 'irade oluşturma yeteneği', "fiilinin hukuki sonuçlarını öngörebilme" anlamında değil, "beşeri bir davranışta bulunabilme iradesi" olarak anlaşıldığından, bu suçla kişinin ayırt etme gücü olup olmadığına bakılmaksızın herkesin hareket serbestisi korunmaktadır. Hareket yeteneği hiç olmayan bebeklerin veya bilinci olmayan kişilerin suçun mağduru olup olamayacağı hususunda ise potansiyel ve aktüel hareket teorileri yetersiz kaldığından bu konuda farazi hareket teorisinden yararlanılması önerilmiştir¹⁶⁶. Bu durumdaki kişilerin hareket yeteneği onlardan sorumlu olan (veli, vasi, hastane veya diğer kurum görevlileri gibi) kişilerin iradelerine bağlı olduğundan, hareket serbestilerine ilişkin farazi özgürlüklerinin

felçli bir hasta veya uyumakta olan bir kişi hatta henüz yürüme yeteneğine sahip olmayan bir çocuk bu hürriyete sahiptir" (Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.425).

¹⁶⁴ Erem, Özel Hükümler C.II, s.1179; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.86; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.358; Üzülmmez, Kisiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1186; Tezcan/Erdem/Önok, s.509; Hafizoğulları/Özen, Özel Hükümler, s.188; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.424-425.

¹⁶⁵ "kötürümlerin, sakatların, bebeklerin ... Madem ki kaçırılmaları mümkündür, bunlar bu suçun mağduru olabilirler" (Hafizoğulları/Özen, Hürriyete Karşı Suçlar, s.2724).

¹⁶⁶ Gökcan, Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma, s.13 vd.

hukuka aykırı biçimde kısıtlanması da bu suç oluşturur. Bunun gibi hallerde, hareket serbestisi veya iradesini oluşturma bilinci bulunmayan kişiler mağdur, yasal temsilcileri ise “suçtan zarar gören” sıfatını alacaktır.

Ulaştığımız sonuca göre, fiilin işlendiği sırada hayatta olan herkes, kendisinin ya da onlardan sorumlu kişilerin iradesine uygun biçimde hareket serbestisine sahip olduğundan, yeni doğmuş bebek, akıl hastası ya da bilinci yerinde olmayan ağır hasta kimseler de suçun mağduru olabilir. Buna göre, yeni doğmuş bir bebeğin veya akıl hastasının yasal temsilcilerinin iradesinin aksine, hukuka aykırı olarak bir yerde kalmak özgürlüğünden yoksun bırakılması (örneğin kaçırılması) durumunda kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu oluşur¹⁶⁷. Yine herhangi bir nedenle bilinci yerinde olmayan (uyku, alkol, uyuşturucu madde etkisindeki, kazaya uğramış veya bitkisel yaşamdaki) kişinin “hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak özgürlüğünden yoksun bırakılması” (örneğin fidye almak için kaçırılması ya da bulunduğu yerde kilitli tutulması) durumunda -bilinci yerinde olmayan kişi uyanarak veya kendine gelerek fiili hissetmese bile- suçun tamamlanacağı kanısındayız. Bu durumda suçun teşebbüs aşamasında kalacağı yönündeki görüşe¹⁶⁸ katılmıyoruz¹⁶⁹.

Mağdurun *kamu görevlisi* olması (m.109/3-c), failin *üstsoyu, altsoyu veya eşi* olması (m.109/3-e), *çocuk ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kimse* olması (m.109/3-f) biçimindeki özellikleri kanunda suçun nitelikli halleri olarak düzenlenmiştir.

¹⁶⁷ Özbek ve diğerleri, *Özel Hükümler*, s.425; Hafizoğulları/Özen, *Hürriyete Karşı Suçlar*, s.2724; Koca/Üzülmez eserlerinin önceki baskılarındaki aksi yöndeki görüşü terk ederek; bebeğin bu suçun mağduru olabileceğini kabul etmektedirler; “Bu suçun mağduru ile ilgili olarak doktrinde verilen ve üzerinde durmaya gerek duyulmayacak örnekler -mesela, yeni doğmuş çocuğun beşiğe bağlanması gibi- bir kenara bırakılırsa, bu suç akıl hastasına, hastaya, yürüyemeyen özürlüye veya sarhoşa karşı da işlenebilir. Ancak, fiilin objektif unsurunun gayrimeşru olarak gerçekleştirilmiş olup olmamasına göre problem halledilir. Önemli olan, kişinin doğal anlamda bulunduğu yeri değiştirme iradesi içinde bu hususu gerçekleştirebilme yeteneğidir” Önder, s.27, 28. Uygulamada da kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun yeni doğan bebeğe karşı işlenebileceği kabul edilmektedir. (Yargıtay 14. CD 23.09.2014 - 4309/10378).

¹⁶⁸ Koca/Üzülmez; *Özel Hükümler*, 2013, s.402-403, 419; Bkz. Albin Eser, § 239, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl age, München 2006, kn.3'den naklen (Üzülmez, Kisiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1187, dn.10).

¹⁶⁹ Bkz. **3.2.1. Teşebbüs.**

2.1.6. Suçun Konusu

Suçun konusu ile ilişkili olan hukuksal değer esasen birbirinden farklı kavramlardır¹⁷⁰. Korunan hukuksal değer, suçun işlenmesiyle ihlal edilmektedir. Buna karşılık, suçun işlenmesiyle suçun konusu “zarar” görür veya “tehlikeye” maruz kalır¹⁷¹. Örneğin adam öldürme suçu ile ihlal edilen hukuksal değer kişinin yaşam hakkı, suçun konusu ise belirli bir kişinin yaşamıdır¹⁷².

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu ile korunan hukuksal değer, bir insan hareketiyle somut olarak sınırlandırılmasıyla (zarar görmesiyle) ihlâl edildiğinden, bu suçun “zarar suçu” niteliğinde olduğunu belirtmiştik¹⁷³. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuyla -ceza normuyla soyut olarak¹⁷⁴- korunan hukuksal değer ihlali, somut olarak belli bir kişinin iradesine göre yer değiştirme ya da değiştirmeme özgürlüğüne zarar vermektedir: belirli bir kişinin iradesine göre yer değiştirme ya da değiştirmeme özgürlüğü suçun konusunu oluşturmaktadır. Suçun mağduru ise suçun konusu olan *özgürlüğün ait olduğu kişi* olmaktadır¹⁷⁵.

Doktrinde, bazı durumlarda suçun konusu ile mağdurun birleşebileceği; özellikle kişilere karşı işlenen suçlarda çoğunlukla suçun konusunun, mağdur ve suçtan zarar görenle birleştiği belirtilmiştir¹⁷⁶. Suçun konusu ve mağdur kavramları birbirinden farklı kavramlar olmasına rağmen, suçun ihlal ettiği hukuksal değer sahibi ile suç oluşturan fiil kendisine karşı işlenen kişinin aynı olması halinde bu

¹⁷⁰ Bkz. Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, AÜHF, Ankara, Sevinç, 1970; Ünver, Hukuksal Değer, s.141 vd.

¹⁷¹ Özgenç, Genel Hükümler, s.214.

¹⁷² İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.96; Özgenç, Genel Hükümler, s.214; Doktrinde, suçun konusu kavramının karşılığında “suçun maddi konusu”; hukuksal değer kavramının karşılığında ise, “suçun hukuki konusu” ifadeleri de kullanılmaktadır. **Dönmezer/Erman**’ın adam öldürme suçunda korunması amaçlanan hukuksal değer de suçun maddi konusunun da bireyin yaşamı olduğuna ilişkin görüşleri doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. Ünver, Hukuksal Değer, s.131.

¹⁷³ Bkz. Netice 2.1.2.

¹⁷⁴ “hukuki yararlar sosyal düzenin ideal değerlerinin ifadesi olup, soyut bir nitelik arzederler. Hukuki yararların somut-reel bir varlığa sahip olmaması nedeniyledir ki, bizzatihi zarara ya da tehlikeye uğratılamazlar” (Sözüer, Suça Teşebbüs, s.148-149).

¹⁷⁵ Suçun konusu ile mağdur kavramının ayrımı için bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.213, 217; Ünver, Hukuksal değer, s.144; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.307; Koca/Üzülmez; Genel Hükümler, s.116, 117; “Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile cezalandırılması istenen konu, bireyin hareket özgürlüğünün hukuka aykırı biçimde kaldırılması veya kısıtlanmasıdır” (Yargıtay 6.CD 14.12.2016 - 6116/89081).

¹⁷⁶ Dönmezer/Erman II, kn. 1173; Erem/Danışman/Artuk, s. 242.

sıfatların aynı kişi üzerinde toplanması mümkündür¹⁷⁷. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun konusu ile mağduru iç içe olmakla birlikte aynı şeyler değildir¹⁷⁸.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun konusu ile mağduru bazen karıştırılmaktadır. Örneğin, bir kararda¹⁷⁹ “*mağdureye ait yeni doğan bebeğin hastaneden gizlice alınıp götürülmesi şeklindeki eyleminin ... TCK’nın 109/1, 3-f maddelerine göre cezalandırılması gerekirken*” ifadesiyle yeni doğan bebek suçun konusu, anne ise mağdur olarak değerlendirilmiştir. Oysa bu durumda suçun mağduru yeni doğan bebek, konusu ise yeni doğan bebeğin yer değiştirme ya da değiştirmeme özgürlüğüdür. Hareket serbestisi veya iradesini oluşturma bilinci bulunmayan kişilerin hareket yeteneğinin, onlardan sorumlu olan (veli, vasi, hastane veya diğer kurum görevlileri gibi) kişilerin iradelerine bağlı olması dolayısıyla, hareket serbestilerine ilişkin farazi özgürlüklerinin hukuka aykırı biçimde kısıtlanmasıyla suç oluşur¹⁸⁰. Bu durumda, hareket serbestisi veya iradesini oluşturma bilinci bulunmayan kişiler mağdur, yasal temsilcileri (örnek olayda anne) ise “suçtan zarar gören” olmaktadır.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu ile benzer yönleri olan TCK’nın 234. maddesinde düzenlenen “çocuğun kaçırılması ve alıkonulması” suçu ile korunan hukuksal değer farklı olduğundan, suçun konusu ve mağduru da farklılık göstermektedir. TCK’nın 234. maddesinin gerekçesine göre, bu maddeyle çocuk üzerindeki velâyet veya vesayet hakları korunmaktadır¹⁸¹. Bu suçun unsurlarının gerçekleşmesi halinde, suçun konusu çocuk, mağdur ise velayet/vesayet hakkı

¹⁷⁷ Ünver, a.g.e., s.143; “Suçun konusuyla mağduru nadiren örtüşebilir. Örneğin kasten öldürme suçunda öldürülen insan hem suçun (konusu) hem de mağdurdur” (Sözür, Ceza Hukuku Uygulama, s.12).

¹⁷⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s.213.

¹⁷⁹ Yargıtay 14.CD 23.09.2014 - 4309/10378

¹⁸⁰ Gökcan, Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma, s.13 vd.

¹⁸¹ “Bu suçla korunan asıl hukuksal yarar, veli veya vasinin aile hukukundan doğan velayet ve vesayet hakkı olup; dolaylı olarak, çocuk, hem kendisine karşı hem de kişisel gelişimi yönünden korunmaktadır” (Tezcan/Erdem/Önok, s.1026); Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.851; Bkz. Recep Gülşen, Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m.234), İÜHFİM, C: LXXI, S: 1, (Prof. Dr. Füsun Sokullu-Akıncı’ya Armağan), C: 1, 2013.

sahibi olan ana, baba, vasi ya da çocuğa bakmakta ve muhafaza etmekte olan kimsedir.

2.2. MANEVİ UNSUR

5237 sayılı TCK'da benimsenen suç teorisinde, suçun manevi unsuru ile kusurluluk, birbirleriyle ilişkili olmakla birlikte, içerik ve işlev bakımından birbirinden ayrı kavramlardır. Suçun manevi unsurunu oluşturan kast ve taksir, failin kişisel özelliklerini dikkate almaksızın, kişi ile işlediği fiil ve neticesi arasında manevi bir bağ kurmaktadır. Kusur ise, haksızlık oluşturan fiili gerçekleştiren faile karşı “kişisel bir kınama” olarak, iradenin oluşumunun kınanabilirliğini ifade etmektedir. Bu nedenle, bir fiilin, failin kusuru olmadan işlenmiş olması, bu fiilin suç niteliği taşıyan bir haksızlık olması üzerinde etki doğurmaz. Örneğin, 13 yaşındaki küçük failin işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamadığının veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olduğunun belirlenmesi durumunda, yaşı küçük olan fail hakkında ceza yaptırım uygulanmayacak, ancak fiil suç (haksızlık) olma niteliğini koruyacağından çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır (TCK m.31/2). Böylece kast ve taksir, gerçekleştirilen haksızlığın manevi unsuru olarak kabul edilmekle birlikte; aynı zamanda kusur yargısının zeminini oluşturması bakımından kusurlulukla bağlantılıdır¹⁸².

Kastın suçun manevi unsuru olarak kabul edilmesi, amaççı (gai, final) hareket teorisinin bir sonucudur. Kasten işlenen haksızlıklarda yönlendirici irade, hukukun önem attığı neticeye, yani suçun kanunî tanımındaki neticeye yöneliktir. Burada

¹⁸² Özgenç, Genel Hükümler, s.236; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.316; Koca/Üzülmüş, Genel Hükümler, s.151; Öte yandan, doktrinde hâkim olan klasik suç teorisine göre kast, taksirle birlikte bir kusur şekli veya kusur türü olarak nitelendirilmektedir. bkz. Kunter, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, s. 90, 102; Dönmezer/Erman, C.II, kn.917; Önder, Genel Hükümler, C.II, s.287 vd.; Keyman, Selahattin, Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket, AÜHFD, C: XL, 1988/1-4, s. 144; Erem, Faruk: **Umanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, Genel Hükümler, C.I, 12.bası, 1984, s.504 vd.; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.210; Mehmet Cemil Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk**, 1.Bs., Ankara, Seçkin, 2007, s.37.

önemli olan, belli bir amaca yönelik olarak kişinin davranışlarını yönlendirmesidir¹⁸³.

2.2.1. Kast

2.2.1.1. Genel Olarak

TCK'nın 21/1. maddesinde “*kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” olarak tanımlanmıştır¹⁸⁴. Doktrinde genel kabul gören tanıma göre kast, tipikliğe ait objektif nitelikteki unsurların fail tarafından *bilinmesi* ve *istenmesi* olarak ifade edilmektedir. Buna göre kastın, bilme ve isteme olmak üzere iki unsurdan oluştuğu kabul edilmektedir¹⁸⁵. Uygulamada da kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun oluşumu için “öncelikle failin, mağduru kişisel özgürlüğünden yoksun kılmaya yönelik hareketleri bilmesi ve istemesi, yarattığı engelle mağdurun yer değiştirme olanağını kısa veya uzun bir süre, tamamen veya kısmen ortadan kaldırması” aranmaktadır¹⁸⁶.

Diğer görüşe göre, kastın tanımında isteme unsuruna yer verilmiş olması, onu bir kusurluluk şekli olarak kabul eden klasik görüşün sonucudur. Yeni suç teorisine göre, amaçsal hareket kastî harekettir. İstemek, kastın bir unsurunu oluşturmamaktadır; kişi işlediği fiilin sonuçlarını öngörmüş ise, bunların gerçekleşmesini istemese bile, kasten hareket etmiştir. Kast, fail ile işlediği fiil ve neticesi arasında manevi bir bağ kurmaktadır. Kanunda suç olarak tanımlanmış fiilin haksızlık oluşturduğuna dair maddi (objektif) unsurların *bilinmesi* halinde; fiil kasten işlenmiştir. Suçun yasal tanımındaki haksızlığın tüm unsurlarının somut olayda gerçekleştiğini bilen ve tipi gerçekleştirmeye yönelik olarak hareket eden fail kasten hareket etmektedir. Kast, esasen aktif bir iradeyi, yani fiilin unsurlarının bilgisine sahip olunmasını ve bunun sonuçlarının öngörülmesine rağmen,

¹⁸³ Özgenç, Genel Hükümler, s.165, 177.

¹⁸⁴ 765 sayılı TCK'da “ne kast ne taksir ne de objektif sorumluluğa ilişkin herhangi bir tanım kanunda yer almamaktaydı” (Hakan Karakehya, **İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast**, Savaş, Ankara 2010, s.19).

¹⁸⁵ Dönmezer/Erman, C.II, kn.919; Önder, Genel Hükümler, C.II, s.291; Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, kn.519; İçel, Ceza Hukuku, s.391 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.323; Demirbaş, Genel Hükümler, s.374; Heinrich, I, kn.264; Mahmutoglu/Karadeniz, s.269.

¹⁸⁶ Yargıtay 6. CD 14.12.2016, 6116/89081

sonuçlarıyla birlikte fiil için karar vermeyi içerir. Ancak bu failin fiilinin sonuçlarını istemesi, onaylaması ya da iyi karşılaması anlamına gelmez¹⁸⁷.

Suçun yasal tanımında fiilin kasten işleneceğinin açıkça belirtilmiş olmasına gerek yoktur. TCK'nın 21. maddesi uyarınca kanunun başka şekilde belirtmediği hallerde “suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır”. Kanunda açıkça ve ayrıca belirtilmedikçe taksirli hareketler cezalandırılmaz (TCK m. 22/1)¹⁸⁸. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu bakımından, gerek 765 sayılı TCK (m.179) gerekse 5237 sayılı TCK (m.109) suçun yalnızca kasten işlenebileceğini öngörmüştür¹⁸⁹.

Karşılaştırmalı hukukta, özellikle kuzey Avrupa ülkelerinde kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun taksirle de işlenebileceği kabul edilmiştir. Hollanda CK. (m.283) suçun manevi unsuru olarak basit taksiri yeterli görmüştür. Danimarka CK. (m.262) ise suçun sadece ağırlatıcı halinin “ağır taksir”le işlenebileceğini belirtmiş, cezası hafif tutulan bu suçun kovuşturmasının da şikâyete tâbi olduğunu düzenlemiştir. Norveç CK. (m.226) ile Finlandiya CK. (25. fasıl §10), yetkisiz olduğu halde yetkili olduğunu zannederek ya da kanunda öngörülen usul ve koşullara uymada ihmalkâr davranarak kişi özgürlüğünü sınırlayan faili taksirli hareket etmiş kabul etmektedir¹⁹⁰. Bu ülkelerde suçun koruma alanının genişletilmesi eğilimi dikkat çekmektedir¹⁹¹.

¹⁸⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s.246 vd.; Bir görüşe göre “gerçekleştirilecek bir hareketle, belirli bir suç unsurunun gerçekleştirileceğini bilen bir kişinin, buna rağmen ilgili hareketi icra etmesi halinde, ilke olarak bu unsuru istediği kabul edilir” bkz. Heinrich, I, Kn.267; Buna göre “isteme” bakımından, sadece kusur yeteneğine sahip olan kişiler bir tercihte bulunabileceğinden, hareketlerini belli bir gayeye yönelik olarak yönlendirme iradeleri olmasına rağmen akıl hastalarının, yaşı küçük olanların ve sarhoşların kasten hareket edebilecekleri kabul edilmeyecektir. Oysa kast bakımından kişinin fiilini bu yönlendirici irade ile gerçekleştirmesi yeterlidir. Bkz. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.157.

¹⁸⁸ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.146.

¹⁸⁹ 1995 İspanya CK. (m.163), 1997 Polonya CK. (m.289), 1996 Rusya CK. (m.126, 127), Fransa CK. (224-1), 1981 İsviçre CK. (m.183/1), 1987 Alman CK. (§239/1), 1974 Avusturya CK. (m.99/1), 1886 Portekiz CK. (m.330), 1867 Belçika CK. (m.434), 1940 Brezilya CK. (m.148), 1948 Romanya CK. (m.492), 1950 Yunanistan CK. (m.325) düzenlemeleri de aynı doğrultudadır.

¹⁹⁰ Bkz. Önder, s.34; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.384.

¹⁹¹ **Dursun’a** göre “hürriyeti tahdit suçunu doğuran fiil gerçekleştirilirken, fiil sonucunda mağdurun şahsına, sıhhatine, malına vb. şeylerine bir zarar (özellikle büyük bir zarar) gelebileceğinin öngörülebildiği durumlarda takibi şikâyete bağlı olmak şartıyla suçun taksirle işlenebilir hale getirilmesi düşünülebilir” (Bkz. Dursun.İ., s.100).

Oysa dünya çapında, genel olarak ceza hukukunun alanını daraltma (suç olmaktan çıkarma) eğilimi, çoğunlukla taksirle işlenen fiillerin cezalandırılabilirlik alanını daraltma biçiminde gerçekleştirilmektedir¹⁹². Öte yandan, taksirle işlenen fiiller (örneğin yaralama ya da öldürme) kasten işlenen fiillere oranla daha zor kaçınılabılır bir nitelik göstermektedirler. Bu fiiller, özellikle failin kendisi üzerinde bir zarar meydana getirme tehlikesi dolayısıyla, daha az bir sosyo-psikolojik etki taşımaktadırlar¹⁹³. Bu nedenle, devletsel reaksiyonların ultima ratiosu olarak ceza hukukunun müdahalesine başvurulması zorunlu olmaktadır¹⁹⁴. Bizce, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu açısından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır.

2.2.1.2. Doğrudan Kast

Failin hareketinin suçun maddi unsurlarının tamamını gerçekleştireceğini önceden bilmesi veya kesin olarak öngörmesi durumunda doğrudan kast (*dolus directus*) söz konusu olmaktadır. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu genellikle doğrudan kast ile işlenen bir suçtur. Bu suç açısından doğrudan kast ile hareket eden fail, mağduru bir yere gitmek veya bir yerde kalmak özgürlüğünden yoksun kıldığını bilecek ve bunu isteyecektir. Örneğin, mağdurun evine giren fail tarafından bir sandalyeye bağlanması durumunda doğrudan kast vardır.

Bununla birlikte, failin hareketiyle hedeflediği doğrudan neticelerin yanı sıra, hareketinin zorunlu neticesi ya da - günlük hayat tecrübelerimize göre- kaçınılamaz yan neticesi olarak öngördüğü ve iradi olarak kabul ettiği her şey, bunları istemese dahi doğrudan kastın kapsamında yer almaktadır. Bu durumda tali neticelerin, istenen neticeden ayrılımları mümkün olmadığı için, fail gerçekleşen diğer

¹⁹² Friedrich-Christian Schroeder, Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler, Çev.: İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, Konya 1998, s.271.

¹⁹³ Schroeder, s.256; “Örneğin Almanya’da taksirle adam öldürme suçundan mahkûmiyet sayısı, kasten adam öldürme suçundan mahkûmiyet sayısından üç kat daha fazladır. Taksirle yaralama suçundan mahkûmiyet sayısı ise kasten yaralama suçundan dolayı mahkûmiyet sayısından yaklaşık % 50 oranında fazladır. Ayrıca, özellikle trafik kazalarında karşılaşıldığı gibi, taksirli fiilin faili, gerçekleştirdiği fiil ile genellikle kendisi de mağduriyete uğramaktadır” (Schroeder, s.255-256).

¹⁹⁴ Frisch, Wolfgang, Hukuk Devleti Ceza Hukukunda Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları, Çev.: Hakan Hakeri, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, Konya 1998, s.109.

neticelerden sorumlu olur¹⁹⁵. Örneğin, başka türlü hareket imkânı bulunmayan mağdurun koltuk değneğini veya tekerlekli sandalyesini elinden alan ya da yüksek bir ağaca çıkan kişinin merdivenini -mağduru gördüğü halde- alıp götüren¹⁹⁶ failin hırsızlık amacı (istenen netice) dışında kalan özgürlükten yoksun kılma (tali netice) doğrudan kast ile gerçekleştirilmiştir. Burada failin kastı, gerçekleştirilmesi istenen neticeye bağlı olarak, zorunlu olan neticeyi de kapsamına almaktadır.

765 sayılı TCK'nın 179 ve 5237 sayılı TCK'nın 109. maddeleri kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu tanımlarken, suçun ancak kasten işlenebileceğini öngörmüştür. Her iki Kanunda fiil bakımından belirli bir amaçla hareket edilmiş olması aranmamıştır¹⁹⁷. Saik bu suçun temel şekli bakımından aranan bir husus değildir¹⁹⁸.

765 sayılı TCK döneminde kastın bir türü olarak “özel kast”tan söz edilmekteydi. **Dönmezer/Erman**’a göre “kanunun belirli bir saikle hareket edilmiş olmasını suç unsuru veya ağırlatıcı sebebi saydığı durumlarda, failin adı geçen saiklerle harekete geçmiş olması, yani kastının sözü geçen saikin etkisinde oluşmuş ve iradesinin bu hususu da kapsamış bulunması aranır ve böylesine bir kasta da “özel kast” adı verilir”¹⁹⁹. Oysa saik, kasttan önce gelen, kastı hazırlayan bir düşüncedir²⁰⁰. Saik ve amacı kasttan tamamen bağımsız olarak gören **Önder**, bu kavramların özel kast kapsamında değerlendirilmesini eleştirmiştir²⁰¹.

¹⁹⁵ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.169 vd.; Özgenç, Genel Hükümler, s.247; “Kastın bilme unsuru bilişsel, entelektüel alana dahil olmasına karşılık, isteme unsuru suçun maddi unsurlarının gerçekleştirilmesine yönelik iradeyi ifade etmektedir. Neticeli suçlarda, failin asıl kastettiği neticenin yanı sıra, başka neticelerin de ortaya çıkması muhakkaka yakın ise, failin bu neticeleri de istediği kabul edilir” (Sözüer, Ceza Hukuku Uygulama, s.22); Mahmutoğlu, Fatih Selami/Karadeniz, Serra, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, 1.Bs, Beta, İstanbul 2017, s.272 vd.

¹⁹⁶ Anılan örneklerde failin olası kastla hareket ettiği yönündeki görüş için bkz. Gökcan, Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma, s.30.

¹⁹⁷ “şaka dahil herhangi bir amaç, suçu oluşturabilecektir. Zira, kişisel hürriyet gibi değerli bir hakla oyun oynanması uygun değildir” (Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.87).

¹⁹⁸ Önder, Özel Hükümler, s.31; Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü, s.68; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.368.

¹⁹⁹ Dönmezer/Erman, C.II, kn.935.

²⁰⁰ Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.66.

²⁰¹ “Suç tipinde saikin ayrıca gösterilmiş olması şekli için hukukumuzda «özel kast»tan söz edilmektedir. Fransız Hukukunun kabul etmiş olduğu bu sistemin kast kavramını karıştırdığı için kabul edilmemesi fikrindeyiz” (Önder, Genel Hükümler, C.II, s.312).

Amaç veya saikin, kastla aynı anlama gelmemesi ve kastın bir türü olarak kabul edilmemesi dolayısıyla, yeni Kanunda “genel kast” - “özel kast” ayırımı terk edilmiştir. Amaç veya saik bazı suçlar bakımından suçun yasal tanımında suçun nitelikli şekline ilişkin bir unsur olarak yer almıştır²⁰².

Yeni TCK’nın 109/5. maddesinde de kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun “cinsel amaçla” gerçekleştirilmesi, suçun temel şekline nazaran cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli unsurlardan biridir.

765 sayılı TCK’nın 179/2. maddesinde ise kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun öç almak kastıyla veya dini veya milli bir maksatla ya da 499. maddedeki haller dışında maddi çıkar sağlama kastıyla veya siyasi veya ideolojik veya sosyal görüş ayrılıklarından kaynaklanan herhangi bir amaçla işlenmesi ya da mağduru askerlikte kullanılmak üzere yabancı bir ülkeye teslim edilmesi suçun cezasını artıran haller olarak öngörülmüştür. Bu nitelikli hallerde, suçun özel kast ile işlenebileceği kabul edilmiştir²⁰³.

Öte yandan 765 sayılı TCK’da suçun temel şekli için de genel kastın yeterli olmadığı belirtilmiş, failin kişiyi özgürlükten yoksun bırakma amacı ve niyetiyle harekete geçmesi (özel kast) gerektiği öne sürülmüştür. Aksi halde bu suçun başka bir suç saiki ile herhangi bir şekilde özgürlükten yoksunluğun olduğu hallerden ayırt edilemeyeceği söylenmiştir²⁰⁴. Yargıtay da aynı yöndeki 11.06.1956 tarih ve 5/12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, müşterek evi terkeden karısını rızası olmaksızın eve getiren kocanın kişisel özgürlüğü sınırlama “özel kastıyla” değil, yuvanın dağılmaması ve aile birliğinin bozulmaması amacıyla hareket ettiğinden, fiilin müessir fiil veya aile bireylerine kötü muamele suçunu oluşturacağı sonucuna varmıştır²⁰⁵. İBK kararı öncesinde kocanın karısının irade özgürlüğüne yönelik

²⁰² Özgenç, Genel Hükümler, s.302.

²⁰³ Erem, II, s.1184; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.87-88 vd.

²⁰⁴ Erem, II, s.1184; Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü, s.68; krş. Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.86 vd.

²⁰⁵ Çağlayan, C.II, s 400-401; Yargıtay bu gibi hallerde özgürlüğü kısıtlama kastı olmadığı için kötü muamele suçunun oluştuğunu kabul etmekteydi. 5. CD.’si 20.01.1982 tarihli bir kararında, “evlilik birliğinin devamını sağlamak amacı ile karısını babasının evinden zor ve şiddet kullanarak alıp kendi annesinin evine götüren sanığın özgürlüğü kısıtlama kastı olmadığını, eylemin aile bireylerine kötü muamele suçunu oluşturduğuna” karar vermiştir. Bkz. Nuhoğlu, Ayşe, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, Beta, İstanbul 2009, s.115.

fiilleri, kişisel özgürlükten yoksun bırakma olarak kabul ediliyordu. Bu karardan sonra Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve bazı Daire kararlarında da kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun özel kastla işlenebileceği kabul edilmiştir²⁰⁶. Buna karşılık suçun gerçekleşmesi açısından genel kastın yeterli olduğunu belirten kararlara da rastlanıyordu²⁰⁷.

Yargıtay'ın bu dönemdeki bazı kararlarında aslında “hukuka aykırılık bilincini” ifade etmek istediği, ancak kavramlar karıştırıldığı için “özel kasttan” söz edildiği belirtilerek doktrinde eleştirilmiştir. Kanunda özel kastın açıkça gösterilmesi gerektiği halde, bu suç açısından özel kast aranacağına ilişkin açıklık bulunmadığı gibi, suçta hukuka aykırılık bilincinin bulunmaması nedeniyle failin kusurlu olduğu kabul edilmese bile, bu durumun suçun özel kastla işlenebileceği anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir²⁰⁸. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 3.12.2002 tarih ve 8-288/419 sayılı kararında da suçun hukuka aykırılık bilinciyle işlenmesi

²⁰⁶ “Failler, bir yıl önce aleyhlerine tanıklık yapan mağduru, seninle biraz konuşacağız diye kahveden dışarı çıkardıktan sonra orada bekleyen arabaya bindirirler ve Ankara’nın muhtelif yerlerinde dolaştırırken saldırılarını sürdürerek, daha sonra aldıkları kahvenin önüne getirip atarlar. Yargıtay ... eylemin hürriyeti tahdit olmayıp müessir fiil olduğu, hürriyeti tahdit suçunda özel kastın varlığının aranması ve özel kastın, genel kastın ötesinde yoğunlaşmış kast şekli olduğunu, mağdur bir süre hürriyetinden yoksun kalmış olsa dahi sürekli dövme ve yaralama eyleminin niteliğinden kaynaklandığını, özgürlük kavramının yüceliği de böylesine genel kast ile sıradan tasarlanmış bir dövme ve yaralamaya konu olmayacağını, eylemin bütünü ile tasarlanmış bıçaklama ve dövme suçunu teşkil edeceği sonucuna varmıştır” (CGK. 16.2.1981, 8-385/44) bkz. Önder, Özel Hükümler, s.33. “özgürlüğü sınırlama suçunun oluşması için, failde yoğunlaşmış ve tasarlanmış bilinçli özgürlüğü kısıtlama özel kastının bulunması gerekir. Sanıkların mağdureyi evlilik birliğini sağlamak amacıyla götürmek istemelerinde suç ögesi oluşmamıştır” CGK 26.06.1995 8-195/225 (Yaşar, Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, s.79); Yargıtay’ın suçta özel kastın varlığını aradığı bazı kararlar için bkz. CGK 12.3.1979, 8-37/119; CGK 14.1.1980 8-284/1; CGK 28.3.1983 8-56/144; CGK 22.10.1984, 6-39/326; CGK 22.4.1985 8-389/227; CGK 7.11.1995 4-293/322; Oysa 765 s.TCK döneminde Yargıtay’ın “... bu suçun işlenmesi için, ‘yoğunlaşmış ve tasarlanmış bilinçli özel kasıt’ gerektiği yolundaki görüşleri, hukuksal temelden hem yoksun ve hem de yasal kalıpta yer almayan bir ögeyi suça sokma niteliğindedir. Ayrıca böyle bir kasıt türü de, ceza hukukunda yoktur” ... Kocanın özel olarak karısının özgürlüğünü sınırlama diye bir yetkisi yoktur ve de olamaz” (YCGK 06.02.1995, 8-308/9 sayılı kararda Sami Selçuk’un karşı görüşü için bkz. Yaşar, Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, s.84-85).

²⁰⁷ “Mağdur, benzin istasyonundan dövülerek alındıktan ve arabaya konulduktan, 20 Km. götürüldükten ve arabadan indirildikten sonra da dövülmesi ve arkadan gelen bir arabanın farlarını görüp mağduru orada bırakmak eylemi hürriyeti tahdittir” CGK. 12.3.1979, 8-37/119 (Önder, Özel Hükümler, s.34).

²⁰⁸ Önder, Özel Hükümler, s.31-33.

gerektiği ve bu bilincin özel kast anlamına gelmediği belirtilmiş; suçun genel kastla işlenebileceği kabul edilmiştir²⁰⁹.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun tanımında yer alan “*gayrimeşru surette*” (765 s.TCK m.179/1) ya da “*hukuka aykırı olarak*” (5237 s.TCK m.109/1) ifadelerine verilen anlam doktrinde tartışmalıdır. Suçun tanımında yer alan “*hukuka aykırılık*” ifadesi çoğunluktaki yazarlar tarafından, failin işlediği fiilin **hukuka aykırılık bilincine** sahip olmasının gerekliliği olarak anlaşılmaktadır. Suçun yasal tanımında “hukuka aykırılık” unsuruna açıkça yer verildiği haller “hukuka özel aykırılık” olarak nitelendirilmekte ve failin cezai sorumluluğu için, işlediği fiille ilgili olarak suçun maddi unsurlarının yanı sıra, bu fiilin hukuka aykırılığının da bilincinde olup olmadığının ayrıca araştırılması gerektiği savunulmaktadır²¹⁰. Hukuka aykırılığın ilgili suç tanımında özellikle vurgulandığı suçlarda, failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu hususunda doğrudan kastla hareket etmesinin gerektiği; dolayısıyla bu tür suçların *olası kastla* işlenmesinin mümkün olmadığı öne sürülmektedir²¹¹.

Bizim de katıldığımız azınlıktaki görüş ise “hukuka aykırılık” kavramını suçun “gerçek tipiklik unsuru” olup olmadığı bakımından ayırım yaparak değerlendirmektedir²¹². Bu ayırım açısından kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun tanımında “hukuka aykırı olarak” ifadesinin özellikle vurgulanmış olması suçun maddi unsurlarından birine ilişkin değil, suç tipinin bütününe kapsayan bir

²⁰⁹ “Özgürlüğü sınırlama suçunun manevi unsuru ise, failin mağduru kişisel özgürlüğünden yoksun bırakmaya yönelik hareketleri gerçekleştirmeyi istemesini bilmesini içeren genel kasttır. Yasanın metninden ve ruhundan anlaşılacağı üzere, suçun basit halinin oluşumu için özel kast (saik) aranmaz. ... Önceden araba jantlarını çaldığından kuşkulandıkları katılanı olay günü hile ile araçlarına bindirip bağevlerine götürerek giysilerini çıkarttırdıktan sonra rızası dışında ve hukuka aykırı biçimde yarım saate yakın süreyle tutup sorgulayan ve tokatlayan, olayla ilgisi bulunmadığını ısrarla ileri sürmesi üzerine de sorumluluktan kurtulmak amacıyla katılanı götürüp kolluğa teslim eden sanıkların eyleminde TCY’nın 179/2-son madde ve fıkrasında tanımı yapılan suçun tüm öğeleriyle oluştuğu anlaşılmaktadır.” (Yargıtay CGK 3.12.2002, 288/419); “Dairemizin sürdürdüğü uygulamaya göre suçun oluşması için genel kastın yeterli olduğu gözetilmeden ... karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 8.CD 27.5.2002, 4103/6298).

²¹⁰ Dönmezer/Erman, C.II, kn.692-694; Önder, Genel Hükümler, s.155; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.110 vd.; Demirbaş, Genel Hükümler, s.273; Tezcan/Ertem/Önok, s.526; Çakmut, s.591 vd.

²¹¹ Özgenç, Genel Hükümler, s.312; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.408.

²¹² Heinrich, I, kn.321;

nitelendirmedi²¹³. Bu durumda hukuka aykırılık suçun yasal tanımına ilişkin bir unsur olarak kabul edilmediği için kastın konusunu değil, kusurluluğun konusunu oluşturur. Burada gereksiz ve fazladan olarak, hukuka aykırılığın genel bir suç unsuru olduğuna işaret edilmekte, böylece hâkimin özellikle olayda bir hukuka uygunluk nedeninin olabileceğini değerlendirmesine dikkat çekilmektedir²¹⁴. Buna göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun yasal tanımında yer alan hukuka aykırılık ifadesi haksızlık bilinci kapsamında kaldığı için, failin somut olayda bu kastla hareket edip etmediği araştırılmayacaktır. Bu nedenle kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun olası kastla işlenmesi teorik olarak mümkündür²¹⁵.

5237 sayılı TCK'nın 21. maddesine göre, kastın kapsamına, tipiklikte yer alan tüm maddi (objektif) unsurlar dâhildir²¹⁶. Fiilin icrası sırasında suçun -temel ya da nitelikli şekline ilişkin- kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz (TCK m.30/1-2). Buna göre kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun temel şeklinde fail, suçun konusunun canlı bir insanın özgürlüğü olduğunu ve fiili sonucunda kanunda “bir yere gitme veya bir yerde kalma özgürlüğünden yoksun bırakılma” olarak ifade edilen neticenin gerçekleşeceğini veya gerçekleşebileceğini bilmelidir. Yine fail, fiili ile netice arasında nedensellik bağı olduğunu da esas hatlarıyla bilmelidir. Fail, suçun nitelikli halleri açısından aranan tüm unsurları, gerek kendisinin gerek mağdurun niteliğine ilişkin olarak suçun yasal tanımında belirtilen hususları (örneğin, kamu görevinin sağladığı nüfuz, mağdurun çocuk ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olduğunu) da bilmelidir²¹⁷.

Öte yandan, *cezayı kaldıran* ya da *cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerin* fail tarafından bilinmesi gerekmez. Buna göre, kişiyi

²¹³ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.449.

²¹⁴ Heinrich, I, kn.322; Önder, Özel Hükümler, s.30; Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, kn.400.

²¹⁵ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.449; bkz. 2.3.2. Suç Tipinde Hukuka Aykırılığın Özel Olarak Belirtilmesinin Anlamı ve 2.2.1.3. Olası Kast.

²¹⁶ “Kasten işlenen suçlarda objektif tipikliğin önemini, özellikle, onun tüm unsurlarının kastın kapsamında bulunması oluşturmaktadır. Bu alana ilişkin her hata, kaçınılabılır olup olmadığına bakılmaksızın, kastı ortadan kaldıracaktır” (Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.112); Heinrich, I, kn.131.

²¹⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s.240 vd.; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.161 vd.

özgürlüğünden yoksun kılma suçunu işleyen kişi bakımından etkin pişmanlık hükmüne yer veren TCK'nın 110. maddesi kastın kapsamında değildir. Yine, TCK'nın 23. maddesinde failin ağır neticeler bakımından en azından taksirle hareket etmesi yeterli görüldüğünden, aslında suçun haksızlık tipine ait objektif unsurlardan olmasına rağmen, netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda (109/6), kastın ağır neticeyi kapsamı gerektirmez²¹⁸.

Failin kastı, suçun icra hareketlerinin gerçekleştirildiği sırada -eşzamanlı olarak- bulunmalıdır. Suçun hazırlık hareketleri aşamasında ya da tipikliği icra eden hareketten daha sonra mevcut olan kast failin cezalandırılmasına yol açmaz²¹⁹.

2.2.1.3. Olası Kast

TCK'nın 21. maddesine göre “*Kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâlinde olası kast vardır.*” Olası kastın haksızlık içeriğinin kasta göre daha az olması nedeniyle, bu durumda failin cezasında indirim yapılması öngörülmüştür²²⁰.

Failin suçun yasal tanımındaki maddi unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, hareketine devam etmesi ve fiilin sonuçlarını kabullenmesi halinde olası (muhtemel, gayrimuayyen) kast (*dolus eventualis*) söz konusu olmaktadır²²¹. Fail doğrudan kastta olduğu gibi, tipiklikteki maddi unsurları öngörmektedir. Ancak doğrudan kasttan farklı olarak olası kastta “isteme” unsuru (maddi unsurları gerçekleşmesine yönelik irade) doğrudan kastta olan ölçüde değildir²²². Fail icra ettiği fiilin amacına ulaşmak için, muhtemel tehlikeli neticeleri göze almakta, kabullenmektedir²²³.

²¹⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s.245 vd.; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.164.

²¹⁹ Dönmezer/Erman, C.II, kn.938; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.167; Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, kn.517; Karakehya, s.34 vd.

²²⁰ Mahmutoglu/Karadeniz, s.291.

²²¹ Özgenç, Genel Hükümler, s.248; Mahmutoglu/Karadeniz, s.277, 291.

²²² Sözüer, Ceza Hukuku Uygulama, s.23.

²²³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.331; Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, kn.528; “Olası kastta, fail ilgili suçu gerçekleştirebilme olasılığını öngörmekte (bilme unsuru) ve ortaya çıkacak neticeyi de göze almakta, kabullenmekte veya davranışı sonucu ortaya çıkacak süreci önemsememektedir (isteme unsuru). Bir başka ifadeyle olası kastta fail ‘varsın olsun’ şeklinde bir yaklaşımda bulunmak zorundadır” (Heinrich, I, kn.296).; “Reinhard Frank’ın yüzyılı aşkın bir süre önce belirttiği gibi; muhtemel kastın alanını bu derece geniş tutmak, bir zararın vukua

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun tanımında “hukuka aykırılık” unsuruna açıkça yer verilmiş olması dolayısıyla failin cezai sorumluluğu için işlediği fiille ilgili olarak suçun maddi unsurlarının yanı sıra, bu fiilin hukuka aykırılığının da bilincinde olup olmadığının ayrıca araştırılması gerektiği öne sürülmektedir²²⁴. Bu görüşe göre, “ilgili suç tanımında fiilin hukuka aykırılığına özellikle işaret edilmiş olan hallerde, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir²²⁵. Bu nedenle, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun, olası (muhtemel, gayrimuayyen) kastla işlenmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir²²⁶.

Bizim de katıldığımız yazarlara göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun olası kastla işlenmesi mümkündür²²⁷. Gerçekten, kasten işlenebilen bir suç kural olarak doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir. Bu hususun kanunda açıkça öngörülmesine gerek bulunmamaktadır²²⁸. Yine kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu düzenleyen TCK'nın 109. maddesinde kastın türü açısından bir sınırlama bulunmamaktadır. Kanımızca, olası kastla hareket edilmesi durumunda, fiilin hukuka aykırılığının öngörülebilir olması da teorik olarak mümkündür.

geleceğini muhtemel addetmekle beraber bu zarar tehlikesinin meydana gelmemesi için gayret sarfeden kişinin dikkatsiz ve ihtimamsız bir şekilde hareket eden şahsa nazaran daha ağır bir ceza ile cezalandırılmasını sonuçlamış olurdu. Bu nedenle, muhtemel kast açısından, kanunî tarife uygun fiilin gerçekleşmesinin muhtemel addedilmesinin yanısıra, başka bir ölçütün de dikkate alınması gerekir. ... muhtemel kast açısından belirleyici olan şudur: Ulaşmaya gayret ettiği hedef fail açısından o derece önemlidir ki; bu hedefe ulaşma uğruna kanunî tarife uygun bir fiilin gerçekleşmesine katlanmaktadır” (Schroeder, s.260); Olası kastın koşulları hakkındaki bkz. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.172; Hakeri, Genel Hükümler, s.224.

²²⁴ Dönmezer/Erman, C.II, kn.692-694; Önder, Genel Hükümler, s.155; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözuer/Mahmutoğlu/Ünver, s.110 vd.; Demirbaş, Genel Hükümler, s.273; Tezcan/Erdem/Önok, s.526 vd; Çakmut, s.591 vd.; Bkz. Hukuka Aykırılık Unsuru 3.2.

²²⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s.312.

²²⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.408; Alman doktrininden hareket eden **Koca/Üzülmez’e** göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından “Hukuka aykırılığın tüm suç tipine yönelik olduğunun kabul edildiği bu gibi hallerde, konu haksızlık bilinci kapsamında kaldığı için, bu tür hukuka aykırılıklar kastın kapsamı dışına çıkacak ve failin somut olayda bu kastla hareket edip etmediği de araştırılmayacaktır. Ayrıca bu tür suçların olası kastla işlenebilmesinin de yolu açılmış olacaktır” (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.449); Bkz. 2.3.2. **Suç Tipinde Hukuka Aykırılığın Özel Olarak Belirlenmesinin Anlamı.**

²²⁷ Önder, Özel Hükümler, s.31; Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü, s.68; Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.66; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.86; Üzülmez, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1198; Tezcan/Erdem/Önok, s.523; Gökcan, Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma, s.30; Çakmut, s.592; **Hafizoğulları/Özen’e** göre ise “suç, neticesiz olduğundan, olası kastla işlenemez” (Hafizoğulları/Özen, Hürriyete Karşı Suçlar, s.2725).

²²⁸ Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, s.273; Mahmutoğlu/Karadeniz, s.290.

Yargıtay kararlarında, olası kastla kişi özgürlüğünün kısıtlanmasıyla ilgili bir kayda rastlamadığımız için, konuyu bir örnekle somutlaştırmaya çalışalım: İnsanların uğramadığı, tehlikeli ve gözden uzak yerlerde avcılık yapan A, av yerinde kendisini sürekli takip eden B'nin hayvanları ürküteceğini düşündüğü için, ipten bir tuzak hazırlayarak B'ye bir ders (!) vermek ister. A, beş saat sonra tuzak kurduğu yere geri döndüğünde, önceden tanımadığı C'yi ayaklarından ağaca asılı halde bulur ve onu tuzaktan kurtarır. Bu durumda fail, B'ye yönelik fiilinden diğer insanların zarar görmeyeceği düşüncesiyle harekete geçmiş, ancak herkese açık olan bir yerde, başka bir kişinin zarar görmesini göze almış, tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmemesini tesadüfe bırakmıştır. Bu nedenle fail C'ye karşı olası kastla kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu işlemiştir. Eğer fiil, diğer kişilerin uğrak yeri olan (örneğin piknik alanı yakınında) bir yerde gerçekleştirilmiş olsaydı, failin doğrudan kastı söz konusu olabilirdi. Bize göre, A'nın doğrudan kastla B'ye yönelen fiilinin, tesadüfen C'yi olası kastla özgürlüğünden yoksun bırakmış olması dolayısıyla, olayda failin hukuka aykırılık (haksızlık) bilinci ile hareket ettiğine kuşku yoktur.

Öte yandan, suç tipinde fiilin belirli bir amaç veya saikle işlenmiş olması koşulunun arandığı hallerde suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir²²⁹. Dolayısıyla, suçun nitelikli unsurlarından olan cinsel amaçla kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma fiili (m.109/5) olası kastla işlenemez.

Ayrıca olası kast belirli bir sonuca yönelmiş olmadığından ve sorumluluk ancak ortaya çıkan netice ile belirlenebildiğinden teşebbüse uygun değildir²³⁰. Doktrinde tartışmalı olan bu konuya, suça teşebbüs başlığı altında değindik.

²²⁹ Önder, Genel Hükümler, C.II, s.306, 312; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.340; Mahmutoğlu/Karadeniz, s.290

²³⁰ Dönmezer/Erman, I, kn.553; Hafızoğulları/Özen, Genel Hükümler, s.308; Demirbaş, Genel Hükümler, s.463-464; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.337; Özgenç, Genel Hükümler, s.488; Tozman, Suça Teşebbüs, s.72; Katoğlu, Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs, **Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan**, C: I Ankara 2015, (611-626); karşı görüş için bkz. Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.387; Sözüer, Suça Teşebbüs, s.162-166; Ozansü, s.190; Centel/Zafer/Çakmut, s.471.

2.2.1.4. Kastı Kaldıran Hata

Hata tipikliğin maddi koşullarına (dış dünyaya ilişkin koşullara) ilişkin ise bu hata kast üzerinde etkilidir²³¹. Kastı kaldıran hata, TCK'nın 30. maddesinde, suçun maddi unsurlarında hata (m.30/1) ve suçun nitelikli unsurlarında hata (m.30/2) halleri olarak düzenlenmiştir.

2.2.1.4.1. Suçun Maddi Unsurlarında Hata

5237 sayılı TCK'nın 30/1. maddesine göre “*Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır*”.

Kastın kapsamına, tipiklikte yer alan tüm maddi (objektif) unsurlar dahildir (TCK m.21)²³². Kastın kapsamında kalan, suçun konusu, fail ve mağdurun özellikleri, fiil, netice ve nedensellik bağı gibi hususlardan herhangi birine ilişkin *bilgisizlik* veya *yanlış tasavvur* halinde failin kastı ortadan kalkar²³³. Unsur yanılması, haksızlığa temel oluşturan, haksızlığı tipikleştiren objektif (maddi) unsurlarda yanılğı olduğundan, kastı kaldırmaktadır (TCK m. 30/1)²³⁴.

Fail, suçun konusu hakkında yanılmışsa, asıl amaç gerçekleşmiş olsaydı, failin ceza sorumluluğunun değişip değişmeyeceği değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Örneğin, (A)'nın limandan çaldığı sandıklardan birinin içinden kaçak yolcu çıkması durumunda, fail suçun maddi unsurunda hata nedeniyle, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçundan sorumlu tutulamaz. Buna karşılık, failin (B)'yi kaçırmak isterken yanlışlıkla (C)'yi kaçırması halinde, suçun konusu aynı değerde olduğundan mağdurun şahsında düşülen hata, failin ceza sorumluluğu bakımından önem taşımaz. Bu durumda sadece mağdurun özelliğinin suçun

²³¹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.253.

²³² Heinrich, I, kn.131.

²³³ Mahmut Koca, Ceza Hukukunda Hata, **3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi**, (Editör: Bahri Öztürk), Ankara 2009, s. 84.

²³⁴ Bu nedenle, “Unsur yanılmasının kaçınılabilir ya da kaçınılmaz olması arasında kastı bertaraf edici etkisi bakımından herhangi bir fark yoktur; her iki durumda da unsur yanılması failin kastını ortadan kaldırır. Esasen unsur yanılmasında yanılmanın kaçınılabilirliği bakımından bir tespit yapılması anlamsızdır” (Neslihan Göktürk, **Haksızlık Yanılmasının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Seçkin, Ankara, 2016, s.74).

nitelikli halini oluřturması (örneğin, (B) 18 yařından büyük olduđu halde (C)'nin küçük olması) bakımından dūřūlen hata dikkate alınır (m. 30/2)²³⁵.

Unsur yanılığının failin kastını kaldırabilmesi için, failin dūřūndūđu, aklından geçirdiği durum, zihninde canlandırdığı olay gerçeğe uygun olsaydı, kiři yi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun oluşmayacağı söylenebilmelidir²³⁶. Örneđin, kalabalık bir hastanede doğum yapan (K)'nın, hastaneden ayrılırken, bilekliğinde soyadı benzerliği olan bir bebeği, kendi bebeği sanarak, alıp götürmesi halinde, kasten işlenmiş bir haksızlıktan söz edilmesi mümkün değildir. Bu durumda fail yanılmamış olsaydı (örnekte, (K) kendi bebeğini almış olsaydı); işlediği fiilin bir haksızlık teşkil etmeyeceği ortadadır. Öte yandan, kendisinin bebeği olduğunu sanarak hareket eden kiři ağıısından taksirle işlenmiş bir haksızlık söz konusu olsa dahi, kiři yi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun taksirle işlenmesi Kanunda düzenlenmediği için fail TCK'nın 109. maddesine göre cezalandırılmaz.

Kişi yi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun, kasten işlenen suçlardan olması dolayısıyla, tipiklikte yer alan maddi (objektif) unsurlara ilişkin her hata, kaçınılabilir olup olmadığına bakılmaksızın, kastı ortadan kaldıracaktır²³⁷.

2.2.1.4.2. Suçun Nitelikli Unsurlarında Hata

5237 sayılı TCK'nın 30/2. maddesine göre “*Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekteştiği hususunda hataya dūřen kiři, bu hatasından yararlanır*”.

Suçun temel şekli tüm unsurlarıyla gerçekteştiği halde, sadece suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekteştiği konusundaki hata, bu unsura ilişkin kastı ortadan kaldırır. Suçun nitelikli unsurlarında hata

²³⁵ Koca/Üzölmez, Genel Hükümler, s.257-258; TCK'nın 30. maddesinin gerekçesinde belirtildiği gibi “hedefte sapma hâli ile ilgili olarak bu madde kapsamında düzenleme yapılmasına gerek görülmemiştir. Çünkü hedefte sapma hâlinde bir hata söz konusu değildir. Bu durumda suçların içtimalı hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sorun söz konusudur. Nitekim uygulamada da hedefte sapma, suçların içtimalı ve özellikle fikri içtima bağlamında ele alınmaktadır”.

²³⁶ Dönmezer/Erman, II kn.1042.

²³⁷ Koca/Üzölmez, Genel Hükümler, s.112; Heinrich, I, kn.131.

durumunda, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerin yüklenmesi mümkün olmadığından, fail suçun temel şeklinden sorumlu tutulacaktır²³⁸.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun daha ağır biçimde cezalandırılmasını gerektiren, TCK'nın 109. maddesinin 2-5. fıkralarında belirtilen, nitelikli hallerde hata iki şekilde ortaya çıkabilir.

İlk olarak, fail işlediği suçta cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal bulunduğunu bilmiyorsa, bu nitelikli hal nedeniyle cezası artırılmaz. Örneğin, taksiye binen (Y)'yi istediği yerde indirmeyip, başka bir yere götüren (Ş), daha sonra “ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunduğu” anlaşılan (Y)'ye yönelik fiili nedeniyle, sadece suçun temel şeklinden sorumlu tutulur, TCK'nın 109/3-f. maddesine göre ceza artırılmaz.

İkinci durumda, failin kastı suçun nitelikli halini gerçekleştirmeye yönelik olmasına rağmen, işlenen suçta nitelikli hal bulunmuyorsa, fail yine hatasından yararlanır. Kastın, suçun nitelikli haline yönelik olması, gerçekleşmeyen nitelikli unsurdan sorumluluğa yol açamaz. Örneğin, bir hâkimin verdiği karara tepki olarak oğlunu kaçırmaya karar veren fail, yanlışlıkla başka bir kişiyi kaçırmışsa, failin sorumluluğu sadece suçun temel şekline göre belirlenir.

2.2.2. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Hal

2.2.2.1. Genel Olarak

765 sayılı TCK'nın 180/1. maddesinin son cümlesinde, özgürlükten yoksun bırakma fiili sebebiyle mağdurun şahsına veya sıhhatine yahut malına bir zarar gelmesi cezayı artıran neden olarak öngörülmektedir. Suçun nitelikli hali olarak da kabul edilen bu düzenleme, genellikle mülga TCK'nın 45/1. maddesinin 2. cümlesi kapsamında netice sebebiyle ağırlaştırılmış bir suç tipi olarak değerlendirilmekteydi²³⁹.

Oysa kaynak EİCK'nın 42/2. maddesinde, kasten hareket etmeyen kişinin ancak kanunda açıkça öngörülen istisnai hallerde kastı aşan ve taksirli düzenlemelerin cezalandırılabileceği (kastı aşan suç) düzenlenmiş olmasına

²³⁸ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.262-263.

²³⁹ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.358; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.119.

rağmen, TCK'nın 45/1. maddesinde bu yönde bir açıklık bulunmamaktaydı. Bu düzenlemenin taksirin dahi olmadığı durumlarda, sadece nedensellik bağına dayalı olarak objektif cezai sorumluluğu kabul eder biçimde yorumlanması, kusur ilkesiyle bağdaşmadığı için eleştirilmiştir²⁴⁰.

Yeni TCK'da, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar, bir fiilin suç tipinde öngörülenden daha ağır²⁴¹ veya başka bir neticeye yol açtığı durumlarda, ortaya çıkan ağır neticeler bakımından failin, en azından taksirin bulunması koşuluyla, sorumlu tutulmasını ifade etmektedir (TCK m.23). Bu durumda, temel suç tipinin daha ağır neticeyi veya başka bir neticeyi doğurma riskini bünyesinde taşımasına rağmen işlenmiş olması nedeniyle daha fazla ceza öngörülmektedir²⁴².

TCK'nın 109/4. maddesinde, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun “mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması” suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hali olarak düzenlenmiştir²⁴³. Kanunda “mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olunması” bağımsız bir suç olarak tanımlanmadığından, burada ceza normlarının (suçların) çokluğunun tamamen görünüşte olduğu ve aslında fiile uygulanacak bir tek ceza normunun bulunduğu anlaşılmaktadır²⁴⁴. Bu durumda, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu işleyerek mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olan fail

²⁴⁰ Jescheck, 1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısı 29 vd.; Nazmiye Özenbaş, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası**, Ankara 2012, s.338; Doğan, Koray, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, Adalet, Ankara 2015, s.s.44

²⁴¹ “Burada ‘ağır’ ifadesinden anlaşılması gereken, hukuki değere verilen zararın ağırlığıdır. Örneğin, yaralama kastıyla hareket eden kişinin mağdurun yüzünde sabit bir ize neden olması gibi. Burada her iki netice de kişinin vücut dokunulmazlığına yöneliktir” (Doğan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, s.124).

²⁴² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.228; bkz. Veli Özer Özbek, “Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, **CHD**, 2007, S.4, s.223-225; Erdem, Mustafa Ruhan, Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar, **Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu** (Editör: Bahri Öztürk), Seçkin, 2009; Özenbaş, s.5-6; Doğan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, s.1-5.

²⁴³ Tezcan/Erdem/Önok, s.520; aynı yönde Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.372; **Toroslu’ya** göre, “Burada suçun kurucu unsuru olan bir sonuç değil, ağırlaştırıcı neden sayılan bir sonuç söz konusu olduğundan, buna dayanılarak cezanın artırılabilmesi için failin bu sonuç yönünden kasıtlı olması, yani bu zarar sonucunu istemiş olması gerekmez; taksirli olması yeterlidir” (Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 92). **Koca/Üzülmez’in** belirttiği gibi bu görüş, “suç teorisinin esaslarıyla bağdaşmamaktadır. Zira kasten işlenebilen bir suçta cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli hal öngörülmüş ise, failin sorumlu tutabilmesi için bu haller bakımından da kastının varlığı aranır” (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.459, dn.314).

²⁴⁴ Önder, II, s.523-526; İçel/Sokullu-Akıncı /Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.456.

hakkında, temel suç tipinin gerektirdiği hapis cezasının yanı sıra, ayrıca TCK'nın 109/4. maddesine göre adli para cezasına hükmolunacaktır²⁴⁵.

Karma suç tipleri olarak düzenlenmiş olan netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, failin temel suç tipi bakımından kasten, ağır netice ya da başka bir netice bakımından ise en azından taksirle hareket etmesi (kast-taksir kombinasyonu²⁴⁶) gerekmektedir²⁴⁷. TCK'nın 23. maddesindeki düzenlemeyle, hukuk sistemimizdeki netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar açısından kusursuz sorumluluk terk edilmiştir²⁴⁸.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların tipikliği için, temel suç tipinin, temel suç tipinde öngörülenin dışında ağır neticenin veya başka bir neticenin, ağır netice ile temel suç tipi arasında nedensellik bağının, hukuka aykırılığın ve ağır netice bakımından kusurun bulunması gerekir²⁴⁹.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda cezanın temel suç tipine oranla ağırlaşmasına neden olan, failin kastı dışında gerçekleşen “özel neticenin” mutlaka zamansal olarak birinci neticeyle aynı anda gerçekleşmiş olmasına gerek yoktur. Özel netice, zaman ve yer olarak ilk neticeden ayrılabilir²⁵⁰.

Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar bakımından özel bir haksızlık içeriğinin bu suçlar bakımından mevcut olması gerekmektedir²⁵¹. Her suç, atipik olarak ağır sonuçlara yol açabilir. Ancak kanun koyucu sadece belli suç tiplerinde, ağır

²⁴⁵ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.459 vd.

²⁴⁶ Schroeder, s.274; İzzet Özgenç, Kast-Taksir Kombinasyonları, SÜHFD, **Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan**, C: 6, S. 1-2, 1998, s.361; “Failin suça yönelik kastının, ilgili ek unsurları da kapsamı gereken, gerçek nitelikli hallerden farklı olarak, netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda, Al. CK. prg. 18'deki düzenleme gereği failin ortaya çıkan ağır netice bakımından taksirle hareket etmiş olması yeterli olmaktadır” (Heinrich, I, kn.180).

²⁴⁷ **Doğan'a** göre, failin temel suç bakımından kasten hareket etmekle objektif özen yükümlülüğünü ihlal etmesi ve bu nedenle ağır veya başka neticeden sorumluluk bakımından taksirin sadece öngörülebilirlik unsurunun araştırılmasının yeterli olması dolayısıyla kanunda taksir değil öngörülebilirlik ifadesine yer verilmesi önerilmektedir. Böylece failin özel netice bakımından kastının söz konusu olduğu durumlarda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun olup olmayacağına dair tartışma sona erecektir. Bizim de katıldığımız **Özenbaş'a** göre ise, burada taksir koşulunun öngörülebilirliğe indirgenmesi subjektif sorumluluktan uzaklaşma tehlikesini artıracaktır. Krş. Doğan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, s.53-55; Özenbaş, s.342.

²⁴⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s.299.

²⁴⁹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.244-245.

²⁵⁰ Doğan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, s.123

²⁵¹ Heinrich, I, kn.181.

neticenin temel suç tipinden kaynaklanan tehlikenin gerçekleşmesi olarak belirlediği halleri, netice sebebiyle ağırlaşma olarak kabul etmiştir²⁵².

2.2.2.2. Mağdurun Ekonomik Bakımdan Önemli Bir Kaybına Neden Olma

765 sayılı TCK'nın 180/1. maddesi uyarınca, özgürlükten yoksun bırakma fiili sebebiyle mağdurun malına bir zarar gelirse cezanın artırılması öngörülmekteydi. Kaynak kanunun aksine, bu düzenlemede “herhangi bir zararın” yeterli görülmüş olması eleştirilmekteydi. Doktrinde, özgürlükten yoksun bırakılmanın doğal sonuçlarının nitelikli bir hal kabul edilemeyeceği gerekçesiyle, zararın önemsiz olmaması gerektiği ve mutlaka “zararın ağır olması” koşulunun aranması gerektiği belirtilmekteydi²⁵³. Zararın bu kapsamda olup olmadığını hâkim değerlendirecektir²⁵⁴. Bu maddenin uygulanması bakımından, Kanunun 45. maddesine göre, özgürlükten yoksun kalma sonucunda herhangi bir şekilde söz konusu zararın ortaya çıkması yeterli bulunmaktaydı²⁵⁵. Dolayısıyla, failin bu zararı gerçekleştirmeye yönelik kastının varlığı aranmıyordu²⁵⁶.

TCK'nın 109/4. maddesine göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun “mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması” biçiminde netice sebebiyle ağırlaşmış hali gerçekleştiğinde, failin cezai sorumluluğu açısından taksirin varlığı yeterlidir (TCK m.23). Ancak, “mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olunması” kanunda bağımsız bir suç olarak düzenlenmemiş olduğundan, fail bu özel neticeyi kasten ya da olası kastla gerçekleştirdiğinde de ancak TCK'nın 109/4. maddesi uyarınca sorumlu tutulabilmektedir²⁵⁷. Fail kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu işlerken,

²⁵² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.249.

²⁵³ Erem, II, s.1192.

²⁵⁴ “Kaynak kanun, zarardan değil zararın ağır olmasından söz eder. Kanunun maksadı, ağırlatıcı sebebin hafif zararlarda uygulanmamasıdır” (Önder, Özel Hükümler, s.38).

²⁵⁵ Özenbaş, s.338; Doğan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, s.s.44

²⁵⁶ Önder, Özel Hükümler, s.38-39.

²⁵⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.372; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.459 vd.; Doktrinde, bu şekilde hem kasten hem taksirle işlenmesi mümkün olan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç denilmektedir. Bkz. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.247.

mağdurun ekonomik kayba uğrayabileceğini muhtemel görmüş ve bu neticeyi göze almış ise olası kast söz konusu olmaktadır²⁵⁸.

TCK'nın 109/4. maddesi açısından netice sebebiyle ağırlaşmış halin gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için, mağdurun ekonomik bakımdan “önemli” bir kaybın söz konusu olması gerekir. Hâkim somut olayda kaybın önemli olup olmadığını, mağdurun durumunu da göz önünde tutarak değerlendirmelidir. Failin bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi koşulu bulunduğu için, önemli ekonomik kaybın en azından öngörülebilir olması gereklidir²⁵⁹. Örneğin, özgürlüğünden yoksun bırakılan profesyonel bir sporcunun final maçına çıkamaması sonucunda ekonomik kayba uğraması.

Bu koşulların gerçekleşmesi durumunda, fail hakkında temel suç tipinin gerektirdiği hapis cezasının yanı sıra neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal dolayısıyla ayrıca adli para cezasına hükmedilecektir. TCK'nın 109/4. maddesinin, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda görünüşte içtima ilişkisi nedeniyle failin sadece ağır neticeden sorumlu tutulacağına ilişkin kuralın istisnası olduğu belirtilmektedir²⁶⁰.

2.3. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

2.3.1. Genel Olarak

Suçun genel unsurlarından biri olarak hukuka aykırılık, işlenen fiile hukuk düzeni tarafından izin verilmemesini, fiilin yalnız ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeniyle çelişki ve çatışma halinde bulunmasını ifade eder²⁶¹. Bir fiilin yasal tanıma uygun olması, kural olarak, o fiilin hukuka aykırılığı bakımından bir *karine* oluşturur²⁶².

Hukuka aykırılık unsuru, tipiklikle bağlantılı olmakla beraber, tipikliğin bir unsuru değildir; ondan bağımsız olarak suçun yapısında yer alan unsurlardan

²⁵⁸ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.119 vd.

²⁵⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s.520.

²⁶⁰ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.459-460.

²⁶¹ Dönmezer/Erman, C.II, kn.665, 675; Alacakaptan, Suçun Unsurları, s.81; İçel/Sokullu-Akıncı /Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.93; Demirbaş, Genel Hükümler, s.268.

²⁶² Heinrich, I, kn.310.

biridir²⁶³. Failin belirli bir davranıştan dolayı cezalandırılabilmesi için, kanunda düzenlenmiş bir suç normunu gerçekleştirmiş olması, hukuka aykırı ve kusurlu davranmış olması gerekir²⁶⁴.

Fiilin tipikliğinin belirlenmesinden sonra, fiil hakkındaki hukuka aykırılık değerlendirmesi aşamasına geçilir. Bu aşamada, tipik fiilin hukuka aykırılığının ayrıca araştırılmasına gerek yoktur; aksine fiili hukuka uygun hale getiren bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı araştırılır. Eğer bir hukuka uygunluk nedeni varsa, hukuka aykırılık karinesi ortadan kalkar ve fiil hukuka uygun sayılır²⁶⁵. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığı negatif olarak ortaya konulduğunda, tipik fiil “haksızlık” özelliğini kazanır (tipik fiil + hukuka aykırılık = haksızlık)²⁶⁶. Örneğin görevin ifası kapsamında bir polisin şüpheliyi yakalaması, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu bakımından tipiklik gösterir; ancak hukuka uygun bir davranış olduğu için haksızlık olarak nitelendirilemez²⁶⁷.

Hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanabilmek için, failin, bunun varlığının bilinciyle hareket etmesinin zorunlu olup olmadığı konusu

²⁶³ İcel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Suç Teorisi, (2), s.99; Demirbaş, Genel Hükümler, s.268.

²⁶⁴ Heinrich, I, kn.87; “Kusurun bir unsuru olan hukuka aykırılık bilincine esas teşkil eden *hukuka aykırılık*, fiil hakkında hukuk düzenince bulunulan değerlendirme yargısını ifade edip, tamamen objektif nitelik taşır. Kanun koyucunun soyut fiil hakkındaki bu değerlendirme yargısı, somut fiilin icrasından önce gelmektedir. Failin bu değerlendirmenin bilincinde olup olmadığı (*hukuka aykırılık bilinci*) ise, doğrudan doğruya somut haksızlığın kendisi ile alakalı olmayıp, tamamen kusur yargısına ait bir meseledir” (Neslihan Göktürk, Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği, **CHD**, S: 26, 2014, s.15).

²⁶⁵ Sözüer, Ceza Hukuku Uygulama, s.27; Özgenç, Genel Hükümler, s.311; Bazı yazarlara göre “hukuka uygunluk nedeninin varlığı, tipik fiilin bir hukuki menfaati ihlal etmiş olduğu gerçeğini bertaraf etmez; sadece buna izin verir (izin normu / Erlaubnistatbestand)” (Neslihan Göktürk, Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon, **İnönü ÜHFD**, C.7, S:1, 2016, s.418); aynı yönde Katoğlu, Hukuka Aykırılık, s.78.

²⁶⁶ Neslihan Göktürk, Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte Midir?, **CHD**, S: 27, 2015, s.10; “Hukuka aykırılık, fiilin hukuk normu ile çelişmesidir; haksızlık ise hukuka aykırı olarak değerlendirilen davranışın bizzat kendisidir. Haksızlık, suçun hukuki açıdan ifade ettiği değersizlik içeriği olup; yoğunluğuna göre bir derecelendirmeye tabi tutulması mümkündür. Hukuka aykırılık fail değil, fiil hakkında bulunulan değersizlik yargısıdır ve objektif nitelik taşır. Bir fiil, ya hukuka aykırıdır ya da uygundur; hukuka aykırılığın yoğunluğundan, yani az veya çok şeklinde derecelendirilmesinden söz edilemez” (Göktürk, Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık, s.418); Sözüer, Ceza Hukuku Uygulama, s.27.

²⁶⁷ Göktürk, Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif nitelikte midir?, s.11.

tartışmalıdır²⁶⁸. Doktrinde baskın olan görüş (*objektif teori*), hukuka uygunluk sebeplerinden birinin objektif olarak varlığı halinde fiilin hukuka uygun olduğunu, failin bunu bilip bilmemesinin önem taşımadığını kabul etmektedir²⁶⁹. Buna göre hukuka aykırılık, olay anındaki koşullara göre (*ex ante*) değil, sonradan (*ex post*) neticeye göre yapılacak bir değerlendirmeye belirlenecektir²⁷⁰.

Bizim de katıldığımız *hukuka uygunluğun subjektif unsuru teorisinde* ise, hukuka uygunluk nedeninin -kasten işlenen suçlarda fiilin ifade ettiği haksızlığı tamamen ortadan kaldırabilmesi için- objektif unsur yanında subjektif unsura da sahip olması gerektiği ifade edilmektedir. İşlenen fiile ilişkin bir hukuka uygunluk sebebi varsa, fail bu hukuka uygunluk sebebinin maddi koşullarının gerçekleştiğini bilmeli ve hukuk düzeninin verdiği yetkinin ya da yükümlülüğün yerine getirilmesi amacıyla hareket etmelidir²⁷¹. Alman mahkeme içtihatları ve doktrininde baskın olan görüş de, failin hem objektif hem de subjektif olarak hukuka uygunluk içerisinde olması gerektiğini kabul etmektedir. Buna göre fail, objektif olarak hukuka uygun olan fiili gerçekleştirme *iradesine* sahip olmalıdır²⁷².

Hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanabilmek için, hukuka uygun hareket etme bilinci içinde hareket etmiş olmak gerektiğini savunan bazı yazarlar, bu bilincin olmadığı hallerde, sadece neticenin ifade ettiği haksızlığın ortadan

²⁶⁸ Bkz. Katoğlu, Hukuka Aykırılık, s.81.

²⁶⁹ Dönmezer/Erman, C.II, kn. 672; Önder, Genel Hükümler, C.II, s.168 vd.; Demirbaş, Genel Hükümler, s.276; Kangal, Zorunluluk Durumu, s.203; Fatih Selami Mahmutoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, **Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi**, Yıl: 2, 2005/5, s.59; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Suç Teorisi, (2), s.113; Selman Dursun/Alı Emrah Bozbayındır: “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İÜHF**, Cilt: LXXIII, Sayı: 1, 2015, s.84; Alman hukukunda “Günümüzde artık hemen hemen hiç savunulmayan objektif Teori'ye göre, hukuka uygunluk nedenlerinde subjektif bir unsur ilke olarak gerekli değildir” (Heinrich, I, kn.387).

²⁷⁰ İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.117.

²⁷¹ Walter Gropp, Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Öntasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri, (Çev. Faruk Turhan), **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, Konya 1998, s.208; Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, kn.405; Özgenç, Genel Hükümler, s.243, dn.278; Hakeri, Genel Hükümler, s.287; Göktürk, Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif nitelikte midir?, s.15; “Yasal tip objektif ve subjektif unsurların biraraya gelmesinden oluşuyorsa, o zaman bu biraraya gelme hukuka uygunluk nedenlerinde de yansımaları bulmak zorundadır” (Heinrich, I, kn.387).

²⁷² Heinrich, I, kn.325, 388; Gropp, s.209; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.270 vd.

kalkması, ancak hareketin ifade ettiği haksızlığın varlığını sürdürmesi dolayısıyla, failin suça teşebbüs nedeniyle cezalandırılması gerektiği görüşündedirler²⁷³.

Bizce de, tipik fiilde hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurunun gerçekleştiği durumda -fail bunların gerçekleştiğinin bilincinde olmadığı halde- fiilin değersizlik içeriği tamamen göz ardı edilerek, sadece objektif unsurla yetinilerek failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanması kabul edilemez. Ancak TCK'da, tamamlanmış bir fiil bakımından ceza sorumluluğunun teşebbüs hükümlerine göre belirlenmesi mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, hâkimin somut olayın özelliklerine göre cezada indirim yapmasına olanak sağlayacak [Alman CK'nın 22, 23/3 (elverişsiz teşebbüs) ya da 49. (cezayı indiren özel nedenler) maddesine benzer] yasal düzenlemeye gereksinim vardır.

2.3.2. Suç Tipinde Hukuka Aykırılığın Özel Olarak Belirtilmesinin Anlamı

Türk Ceza Kanununda, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunda olduğu gibi, bazı suç tiplerinin yasal tanımında “hukuka aykırılık” ifadesine yer verildiği görülmektedir²⁷⁴. 765 sayılı TCK'nın kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu düzenleyen 179. maddesinde yer verilen “gayrimeşru surette” ifadesinin yerini,

²⁷³ Bkz. Gropp, s.209; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.272; Sözüer, Ceza Hukuku Uygulama, s.28; Hakeri, Genel Hükümler, 338; **Göktürk'e** göre “Tipik netice her ne kadar ortaya çıksa da; suçun tamamlanmış olması, hukuk düzeninin bu tipik neticenin ortaya çıkmasına izin vermesi nedeni ile sadece görünüştedir. Bu durumda, teşebbüse ilişkin hüküm doğrudan doğruya değil; ancak kıyas yoluyla uygulama alanı bulabilir. ... A'nın B'ye saldırmak için hazırlandığı ve B'ye saldıracağı sırada B'nin de -A'nın kendisine saldıracağını bilmeksizin- onu bıçakla yaralaması örneğinde, B teşebbüs aşamasında kalan kasten yaralama suçundan dolayı sorumlu tutulmalıdır” (Göktürk, Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif nitelikte midir?, s.28); Buna karşılık **Erman'a** göre, tipik neticenin meydana gelmiş olması ve TCK'da elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmaması dolayısıyla Alman Hukukundaki teşebbüs çözümünün Türk Ceza Hukuku açısından savunmak tutarlı olmayacaktır. Failin işlenemez suç durumunda bulunması nedeniyle ceza verilmemelidir. Ayrıca hukuka uygunluk nedenlerinin subjektif unsuru teorisi bu çözüme engel değildir (Barış Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, İstanbul 2006, s.392 vd.) Aynı yönde Olgun Değirmenci, Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, **TBDD** 2014/110, s.173 vd.; “Failin iradi fiili, suçun yasal tanımında yer alan unsurların gerçekleştirilmesine, yani bir haksızlığın icrasına yönelik olup; salt hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurunun olayda gerçekleşmiş olmasına bakılarak -fail bunların gerçekleştiğinin bilincinde olmadığı halde- bir haksızlığın bulunmadığını söylemek ve failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanmasını sağlamak, faili ödüllendirmek anlamına gelir. Fiilin değersizlik içeriği tamamen göz ardı edilerek, yalın olarak objektif unsurla yetinilmesi suretiyle failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanmasının sağlanması mümkün değildir” (Göktürk, Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif nitelikte midir?, s.27).

²⁷⁴ Örneğin TCK'nın 91/2, 91/5, 112/1, 113/1, 114/2, 115/2, 117/1, 118/2, 120/1, 123/1, 124/1, 124/2, 132/2, 136/1, 223/1, 223/3, 224/1, 235/2-c, 209/2, 239/1, 243/1, 260/1, 267/1, 272/1. maddeleri.

yeni TCK'nın 109. maddesinde “hukuka aykırı olarak” ifadesi almıştır. Suçun yasal tanımında “hukuka aykırılık” unsuruna açıkça yer verilmiş olan bu tür düzenlemelerin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır.

765 sayılı TCK döneminden bu yana doktrinde bazı yazarlar, kanunda fiilin hukuka aykırılığının ayrıca gösterildiği bu halleri “hukuka özel aykırılık” olarak nitelendirmektedir. **Dönmezer/Erman**’a göre, “*kanunun bazı maddelerinde hukuka aykırılık unsurunu ayrıca göstermesi sebepsiz olamaz. Şüphesiz ki, bu gibi hallerin dışında da hukuka aykırılık aranacak ve fiil hukuka aykırı olmadığı takdirde fail cezalandırılmayacaktır; sonuç olarak esas ve nitelik itibarıyla bu iki çeşit hukuka aykırılık arasında fark yoktur*”²⁷⁵. Bununla birlikte, objektif teoriye göre, diğer hukuka aykırılık hallerinde failin kastının suçun hukuka aykırılık unsurunu kapsamaması gerekmediği halde, hukuka aykırılığın suç tanımında özel olarak belirtildiği durumlarda, *subjektif teori* kabul edilerek failin kastının özel olarak belirtilen hukuka aykırılık hallerini içermesi gerekmektedir²⁷⁶. Bu tür suçlarda, failin ceza sorumluluğundan söz edebilmek için, işlenen suçun maddi unsurlarının yanı sıra, failin bu fiilin hukuka aykırılığının da bilincinde olup olmadığının ayrıca araştırılması gerekir²⁷⁷. Ayrıca, hukuka aykırılığın ilgili suç tanımında özellikle vurgulandığı suçlarda, failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu hususunda doğrudan kastla hareket etmesinin gerektiği; dolayısıyla bu suçların *olası kastla* işlenmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir²⁷⁸.

Türk doktrinindeki azınlık görüşü ise “hukuka aykırılık” kavramının suçun “gerçek tipiklik unsuru” olup olmadığı noktasından hareketle bir ayırım

²⁷⁵ Dönmezer/Erman, C.II, kn.694.

²⁷⁶ Dönmezer/Erman, C.II, kn.692-694; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.110 vd.; Demirbaş, Genel Hükümler, s.273; Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.56; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.369; Tezcan/Erdem/Önok, s.526; Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, s.278.

²⁷⁷ Dönmezer/Erman, C.II, kn.692-694; Önder, Genel Hükümler, s.155; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.110 vd.; Demirbaş, Genel Hükümler, s.273; Tezcan/Erdem/Önok, s.526; Çakmut, s.591 vd.; “Hukuka aykırılığın kanunda ayrıca belirtildiği suç tiplerine, tam olmayan suçlar denir. Bu suç tipleri ihlal edildiği zaman, hâkim bu ihlalin hukuka aykırılığı da ihtiva ettiği ve hukuka aykırılığın karinesini teşkil ettiği esastan hareket edemeyecektir” (Demirbaş, Genel Hükümler, s.273).

²⁷⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s.312; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.408; Mahmutoğlu, Fatih Selami/Karadeniz, Serra, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta, İstanbul 2017, s.271.

yapmaktadır²⁷⁹. Buna göre, suç tanımında yer verilen hukuka aykırılık kavramı, *maddi unsurlardan birini nitelendirmek* için konulmuşsa, gerçek bir yasal tip unsuru söz konusu olduğundan kastın konusunu oluşturur. Bu durumda kastın bu hukuka aykırılığı da kapsamı aranır²⁸⁰. Buna karşılık hukuka aykırılık *suç tipinin tümüyle* ilişkilendirilmişse, suçun yasal tanımına ilişkin bir unsur olarak kabul edilmediği için kastın konusunu değil, kusurluluğun konusunu oluşturur. Bu durumda sadece gereksiz ve fazladan olarak, hukuka aykırılığın genel bir suç unsuru olduğuna işaret edilmekte, böylece hâkimin özellikle olayda bir hukuka uygunluk nedeninin olabileceğini değerlendirmesine dikkat çekilmektedir²⁸¹. Bu nitelikteki hukuka aykırılığın kastın kapsamında olması gerekmez. Fakat kusur alanına ait olan haksızlık bilinci bakımından suç tipinde yer verilen bu ifade bir bağlantı noktası oluşturur²⁸². Bu nedenle, yasal tanımında yer verilen hukuka aykırılık kavramlarının (m.91/2, 91/5, 109/1, 120, 124, 136, 260/1, 112, 113, 114/2, 115/2, 252/3 gibi) ilgili suçlar bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

²⁷⁹ Heinrich, I, kn.321;

²⁸⁰ “Örneğin, TCK’nın 244. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen “*bilişim sistemini veya verileri engellemek ya da bozmak suretiyle çıkar sağlama suçunda*”, failin “*kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlama*” aranmaktadır” (Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.268).

²⁸¹ “... hukuka aykırılık *bütün suç tipiyle* ilişkilendirilirse, o zaman bu kanun koyucunun nihayetinde ilgili suç tipi açısından sık sık genel hukuka uygunluk nedenleriyle karışacak gereksiz bir referansını ifade eder” (Heinrich, I, kn.322); Önder, Özel Hükümler, s.30; Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, kn.400.

²⁸² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.165-166; **Göktürk** bu görüşe katılmasına rağmen suçun sadece doğrudan kastla işlenebileceği sonucuna ulaşmaktadır: “tipikliğin gerçekleşmesi fiilin hukuka aykırılığına karine teşkil etmeyip; hakim, ileri sürülmesi dahi olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığını araştırmak ve hükümde buna yer vermekle yükümlüdür. Diğer taraftan, bu ifade, sadece suçun genel unsuru olan hukuka aykırılık unsurunun lüzumsuz olarak tekrarından da ibaret değildir; haksızlık bilinci bağlamında kusur alanında fonksiyon icra etmektedir. Fail fiilin icrası sırasında “doğrudan haksızlık bilinci” ile hareket etmeli; yani fiilin hukuka aykırılığı konusunda kesin bilgi sahibi olmalıdır. “Olası haksızlık bilinci (das bedingte Unrechtsbewusstsein)”nin varlığı, bir başka ifade ile failin fiilin hukuka aykırılığı hususunda şüphe içinde olması tam kusurlu addedilmesi için yeterli değildir. Fail, fiilinin hukuka aykırılığı hususunda şüphe içinde ise haksızlık yanlıgısı içinde olduğu kabul edilmelidir. ... Failin kusurlu addedilebilmesi için doğrudan haksızlık bilinci ile hareket etmesinin gerektiği bir durumda ise, suçun olası kastla işlenmesinin mümkün olmadığı, ancak doğrudan kastla işlenebileceği hususunda bir tereddüt yoktur” (Göktürk, Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık, s.432-433). Kanımızca, suç tipinin tümüyle ilişkilendirilmiş olan hukuka aykırılığın, kusurluluk kapsamında değerlendirilmesi karşısında, fail açısından fiilin icrası sırasında “doğrudan haksızlık bilinci” ile hareket etmesi koşulunun aranması çelişkilidir. Suçun yapısal unsurlarından tipik fiilin kasten işlenip işlenmediği sorununun, failin kusurluluğu ile birlikte değerlendirilmesi final suç teorisi ile bağdaşmamaktadır.

Bu görüşü benimseyen **Koca/Üzülmez'e** göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu tanımlayan TCK'nın 109. maddesinde yer verilmiş olan “hukuka aykırı olarak” ifadesi, suç tipindeki *maddi unsurlardan birini* nitelendirmemektedir; suç tipinin (haksızlığın) tümüyle ilişkilidir. Bu düzenlemeyle, hakim somut olayda failin bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı ve haksızlık bilincine sahip olup olmadığını araştırmaya yöneltmek istenmiştir. Böylece, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu bakımından, suçun yasal tanımında yer alan hukuka aykırılık ifadesi haksızlık bilinci kapsamında kaldığı için, failin somut olayda bu kastla hareket edip etmediği araştırılmayacaktır. Dolayısıyla kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun olası kastla işlenebilmesi de mümkün olacaktır²⁸³.

İşlediği fiille ilgili olarak bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşulları gerçekleşmediği halde, bu koşulların gerçekleştiğini sanarak hareket eden kişinin işlediği suç açısından kastından söz edilemez. Bu konudaki yanlışlığı kastı ortadan kaldırır²⁸⁴ Örneğin, polis tarafından, bir kişinin takip edilmekte olan hırsız sanı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılması halinde, görevli memurun fiilinde haksızlık bilinci bulunmadığından suç meydana gelmeyecektir²⁸⁵. Ayrıca, biz de **Göktürk** gibi “*hukuka aykırılığın tek ve bütün bir kavram olduğu; suçun yasal tanımında yer verilip verilmemesine göre genel - özel şeklinde bir ayırımı tabi tutulamayacağı*” düşüncesindeyiz²⁸⁶.

Karşılaştırmalı hukukta kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu düzenleyen bazı ülke kanunlarında “hukuka aykırı olarak” (Avusturya CK. m.99/1, İsviçre CK. m.183, Küba Sosyal Müdafaa Kanunu m.170/A, Arjantin CK. m.141, 1968 Bulgar CK. m.142), “gayrimeşru” (Arnavut CK. m.94), “yasal bir sebep olmaksızın” (Romen CK. m.492) ya da “yasal mercilerin emri olmaksızın ve kanun tarafından öngörülen haller dışında” (1994 Fransız CK. m. 224-1, Belçika CK. m. 434) gibi ibarelere rastlanmaktadır²⁸⁷. Alman Ceza Kanununda ise “hukuka aykırı olarak hapseden veya kişisel özgürlüğünü kullanmaktan herhangi bir şekilde

²⁸³ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.449.

²⁸⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s.243; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.165.

²⁸⁵ Örnek için bkz. Önder, Özel Hükümler, s.31.

²⁸⁶ Göktürk, Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık, s.426.

²⁸⁷ Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.384.

yoksun bırakan” biçimindeki suç tipi, 13 Kasım 1998 değişikliğinden sonra “*her kim, bir insanı hapseder veya başka bir şekilde hürriyetinden yoksun kılarsa*” (§239) cümlesiyle yeniden tanımlanmış ve “hukuka aykırı olarak” ibaresi kanun metninden çıkarılmıştır²⁸⁸. Bu yöndeki bazı ülkelerin yenilenen kanunlarında (2005 Danimarka CK. m.261, 1995 İspanya CK. 163, 1997 Polonya CK. m.189, 1996 Rusya CK m.127) kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu bakımından hukuka aykırılık ifadesini içeren bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Kanımızca, karşılaştırmalı hukuktaki örneklerde olduğu gibi, suçun tanımında yer alan “hukuka aykırı olarak” ifadesinin TCK'nın 109. maddesinden çıkartılması kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu bakımından bu tartışmalara son verecektir. Aslında suçun bir unsuru olması nedeniyle, hukuka aykırılığın madde metninde ayrıca belirtilmesine, hukuk tekniği bakımından gerek bulunmamaktadır²⁸⁹. Böylece, fiilin hukuka aykırılığının değerlendirilmesi aşamasında, tipik fiili hukuka uygun hale getiren bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığının araştırılmasıyla yetinilecektir. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığı negatif olarak ortaya konulduğunda, tipik fiil “haksızlık” özelliğini kazanacaktır (tipik fiil + hukuka aykırılık = haksızlık).

2.3.3. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Tipe uygunluk belirlenirken fiil sadece ceza hukuku bakımından değerlendirilmektedir. Hukuka aykırılık unsuru ise, fiilin işlenmesinin *tüm hukuk düzeni* bakımından hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesini gerektirmektedir²⁹⁰. Hukuka uygunluk nedenleri, “hukuk düzeninin tekliği ve birliği” ilkesinin bir gereği olarak, hukuk düzeninin tüm alanlarında yer alabilir.

²⁸⁸ Bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.449, dn.286.

²⁸⁹ TCKT (2003) m.159'un gerekçesi.

²⁹⁰ Koca, Mahmut, YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri, in: Ceza Hukuku Dergisi, y.1, s.1, Ekim 2006, s.115; Özgenç, Genel Hükümler, s.305; ;Sözüer, Ceza Hukuku Uygulama, s.27; Katoğlu, Hukuka Aykırılık, s.23; “Hukuka uygunluk sebepleri her ne kadar belirli bir olayda etkili imiş gibi bir izlenim yaratsalar dahi, gerçekte bu sebepler, hukuk düzeninin amacını yerine getiren bu amaca hizmet eden sebeplerdir” (Önder, Genel Hükümler II, s. 163).

Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenleri yalnızca ceza hukukundan değil, aksine özel hukuktan, kamu hukukundan ve hatta uluslararası hukuktan kaynaklanabilir²⁹¹.

Hukuka uygunluk nedenlerinin kanunda yer almış olması zorunlu değildir; bu nedenle kesin bir sayısı (numerus clausus) yoktur²⁹². Kanunun yanı sıra örf ve adet hukukundan da kaynaklanabilirler²⁹³. Örf ve adet hukukunun ceza hukukunda kaynak olarak kabul edilmemesi, failin lehine olan kurallar bakımından geçerli olmadığı için, bu durum “kanunsuz suç olmaz” ilkesini ihlal etmez²⁹⁴. Gelenek hukukundan, genel bir hukuksal anlayışa dayanan, ancak kanun tarafından belirlenmemiş ve mahkemeler tarafından uzun süre yapılan uygulama anlaşılır²⁹⁵. Bunların mümkün olduğu kadar kanunlaştırılması, “belirlilik ilkesi” açısından önemlidir. Çünkü potansiyel faillerin, hatta onun “kurbanlarının”, hangi şartlar altında bir hukuka uygunluğun bulunduğunu bilmesi gerekir. Anayasa ve insan hakları ilkeleri çerçevesinde kaldığı sürece kanun koyucu yeni hukuka uygunluk nedenleri meydana getirebilir²⁹⁶. Öte yandan, bir davranışın toplumda hoşgörüyü karşılanması bunun hukuka uygun kabul edilmesinin gerekçesini oluşturamazlar²⁹⁷.

TCK’da hukuka uygunluk nedenleri dört ana grupta toplanmıştır. Bunlar, “İlgilinin rızası” (m. 26, f. 2), “hakkın kullanılması” (m. 26, f. 1), “görevin yerine

²⁹¹ Heinrich, I, kn.328; Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, kn.392.

²⁹² Gropp, s.205.

²⁹³ Soyaslan, Genel Hükümler, s.344.

²⁹⁴ “Cezalandırmanın gelenek hukukuna dayandırılması caiz değildir. Ancak bu katı yasak, sadece failin aleyhine olan hallerde yasaktır. Buna karşılık, failin lehine olarak gelenek hukuku kurallarının uygulanması mümkündür” Heinrich, I, kn.26.

²⁹⁵ Gropp, s.209; Örneğin Alman Ceza Hukukunda “Gelenek hukukundan kaynaklanan bir hukuka uygunluk sebebi olan ‘rıza’ da, hiçbir yasal düzenleme bulunmamasına rağmen, genel kabul görmekte ve failin lehine olarak ve dolayısıyla geçerli bir biçimde uygulanmaktadır” Heinrich, I, kn.26.

²⁹⁶ Gropp, s.210

²⁹⁷ “Düğünlerde yol kesilerek “bahşiş” talep edilmesi, örf ve adet gereği olarak toplumda hoşgörüyü karşılanmaktadır. Ancak, bu hoşgörü, söz konusu fiilin hukuka uygun kabul edilmesini sağlamaz. ... Hoşgörü ile karşılanan fiil ve davranışlar, kişilerin tahammül sınırını zorlamadığı surece, hukuki yaptırım uygulanmasını gerektirmez. ... “Bahşiş” olarak verilen paranın yetersiz görülmesi ve istenen miktarda para verilmediği için geçişin engellenmesinde ısrar edilmesi halinde, artık tahammül sınırı aşılmış olmaktadır. Tahammül sınırının aşıldığı durumlarda, işlenen fiilin mahiyetine göre ceza yaptırımına hükmetmek gerekir. Örneğin istenen miktarda paranın verilmemesi nedeniyle geçişi engellemek için yola çekilen aracın motoru durdurularak kontak anahtarıyla birlikte olay mahallinden ayrılması halinde, TCK’nın 109. maddesinde tanımlanan “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir” (Özgenç, Genel Hükümler, s.307, dn.413.

getirilmesi” (m. 24, f. 1), “*Meşru savunma*” (m. 25, f.1) hukuka uygunluk nedenleridir. TCK’nın 25/2 maddesinde düzenlenmiş olan zorunluluk hali ise, kişinin davranışlarını hukukun icaplarına göre yönlendirme yeteneğini azaltan ve hatta ortadan kaldıran bir etki meydana getirdiği için, aşağıda kusurluluğu etkileyen nedenler arasında incelenmiştir.

2.3.3.1. İlgilinin Rızası

Rıza, hukuksal değerleri üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği kabul edilen kişinin, bu hukuksal değerlerine ilişkin olarak hukuk düzeni tarafından sağlanan soyut hukukî korumadan, somut olayda vazgeçmesidir²⁹⁸. 765 sayılı TCK’da bu konuda genel düzenlenmeye yer verilmemiş olmasına rağmen, rıza, bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmekteydi²⁹⁹. Yeni TCK’nın 26/2. maddesinde ise, “ilgilinin rızası” açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca her iki kanunda, bazı suç tipleri açısından rızaya değinen düzenlemelere yer verilmiştir³⁰⁰.

Rızanın suça etkisinin bütün suç tipleri açısından aynı olup olmadığı sorununun çözümü ve ceza hukukunda üstlendiği işlevin belirlenmesi amacıyla, doktrinde “tipikliği kaldıran rıza” (tipikliğin bir unsuru olarak rıza) ve “hukuka aykırılığı kaldıran rıza” (hukuka uygunluk nedeni olarak rıza) ayrımının yapılması önerilmektedir³⁰¹. Ancak TCK’nın 26/2. maddesinde, ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul edilmiş olduğundan, hukukumuz bakımından

²⁹⁸ Ekici-Şahin, s.53; Ünver, Hukuksal Değer, s.977.

²⁹⁹ Dönmezer/ Erman, C. II, kn.736 vd.; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.257; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/ Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.178 vd.

³⁰⁰ Alman Ceza Kanununda rızaya ilişkin genel bir düzenleme yapılmamış ancak, belirli bazı suçlar açısından özel düzenlemelere yer verilmiştir. Ceza hukuku reform çalışmaları sırasında, o güne kadar yapılan çalışmaların yetersizliği, rızanın diğer hukuka uygunluk nedenlerinden farklı olarak, nispeten daha fazla suç tipiyle bağlantılı olması dolayısıyla genel bir rıza teorisinin oluşturulmasının zorluğu nedenleriyle, geçerli bir rızanın hangi koşulları taşıması gerektiği konusunda dahi bir görüş birliğine ulaşılamamıştır. Bkz. Ekici-Şahin, s.17-18; “Alman CK rızayı, cezadan kurtarma şartları açısından kanunda düzenlememiştir. Çünkü, ceza hukuku reform çalışmaları sırasında rızanın şartlarının formüle edilmesi, kodifikasyonuna cesaret edilemeyecek kadar çok kompleks olduğu düşüncesi hakim olmuştu. Öyle ki, böyle bir düzenlemenin çok farklı yapıdaki suç tiplerine uygulanması gerekecekti” (Gropp, s.225); Avusturya ve İsviçre Ceza Kanunlarının aksine İtalyan Ceza Kanununda rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak açıkça düzenlenmiştir. İtalyan CK’nın 50. maddesine göre: “Bir kimsenin, üzerinde muteber bir şekilde tasarrufta bulunabileceği bir hakkı, onun rızasıyla, zarara uğratan veya tehlikeye sokan kimse cezalandırılmaz”. Bkz.Ekici-Şahin, s.25.

³⁰¹ Bu ayrım hakkında Bkz. Ekici-Şahin, s.62, 89.

ilgilinin rızası tipikliği kaldıran rıza değil, hukuka aykırılığı kaldıran rıza olarak kabul edilmektedir³⁰².

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun yasal tanımında “rızanın bulunmaması” bir unsur olarak açıkça düzenlenmemiş ise de, fiilin hukuksal değer sahibinin rızasına aykırı bir şekilde veya rızası olmaksızın gerçekleştirilmesi gerektiği anlaşıldığından, bu suç açısından rıza hukuka uygunluk nedeni olarak etki göstermektedir. Tipiklikte yer almayan rıza kasta dâhil olmadığı için bu konudaki bilgisizlik failin kastını ortadan kaldırmamaktadır. Örneğin, gerçekte işlenen suç bakımından mağdurun rızası bulunmasına (objektif unsurun varlığına) rağmen failin bu durumu bilmeyerek fiili gerçekleştirmesi halinde, (subjektif unsurun eksikliği nedeniyle) failin suça teşebbüsten cezalandırılması savunulmaktadır³⁰³. Böyle bir durumda, mağdurun rızası tipikliğin bir unsuru olsaydı, failin bunu bilmemesi halinde kastı ortadan kalkacağı için cezalandırılması mümkün olmayacaktı. Öte yandan, failin yanlıgısı bir hukuka uygunluk nedeni olan rızanın maddi şartlarına ilişkin bulunuyorsa, rızanın varlığına ilişkin kaçınılmaz bir hataya düşen fail cezalandırılmayacaktır (m. 30/3)³⁰⁴.

Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için üç koşulun gerçekleşmiş olması gerekir: kişinin üzerinde tasarruf edebileceği bir hukuksal değer olmalıdır, İlgilinin rıza ehliyeti bulunmalıdır ve rıza açıklanmış olmalıdır³⁰⁵.

Hukuken geçerli rızadan söz edebilmek için, öncelikle kişinin herhangi bir hukuksal sınırlama ile karşılaşmadan serbestçe (mutlak surette) tasarruf edebileceği bir hukuksal değer bulunmalıdır (TCK m. 26/2)³⁰⁶. Kişiyi özgürlüğünden yoksun

³⁰² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.291, Ekici-Şahin, s.89; Mahmutoğlu/Karadeniz, s.565-566; Buna karşılık “765 sayılı TCK’da mağdurun rızası özgürlükten yoksun bırakılma suçu bakımından hukuka aykırılığı kaldıran değil, tipikliğin oluşmasına engel olan bir sebep olarak değerlendirilmiştir” (Önder, Özel Hükümler, s.28, 31).

³⁰³ TCK’da, hâkimin somut olayın özelliklerine göre cezada indirim yapmasına olanak sağlayacak [Alman CK’nın 22, 23/3 (elverişsiz teşebbüs) ya da 49. (cezaı indiren özel nedenler) maddesine benzer] yasal düzenleme bulunmaması sebebiyle bu görüşe katılmadığımızı belirtmiştik. Bkz. 2.3.1.

³⁰⁴ Krş. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.292.

³⁰⁵ Ekici- Şahin, s.111 vd.

³⁰⁶ Groop, s.226; Ünver, Hukuksal Değer, s.976; “Mutlak hak kişinin bir kişiye veya başkasına başvurmadan üzerinde doğrudan doğruya tasarruf yapabileceği haktır” (Soyaslan, Genel Hükümler, s.356).

kılma suçu ile korunmak istenen hukuksal değer, kanunun belirlediği koşullarla kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği haklar kategorisinde yer almaktadır³⁰⁷. Buna karşılık, kişilik haklarına ilişkin olan hukuksal değerler üzerindeki tasarruf yetkisi, Medeni Kanunun “kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz” (m.23) hükmüyle kısıtlanmıştır³⁰⁸. Buna göre, bir kimsenin kişiliğini hiçe indirecek biçimde önceden yapılacak rıza açıklaması, hukuka ya da ahlaka aykırı olarak kişisel özgürlükten vazgeçilmesine ya da özgürlüğün kısıtlanmasına yol açacağı için, hukuken geçersizdir³⁰⁹. Gerçekten, kölelik veya esarete yol açacak şekilde özgürlükten yoksunluğa rıza gösterilmesi kabul edilemez³¹⁰. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “hiç kimse köle ya da kul durumunda tutulamaz” (m.4) hükmüyle bu hak güvence altına alınmıştır³¹¹.

³⁰⁷ Bu alan içinde çok az sayıda suç tipi bulunmaktadır. Kişinin malvarlığı, konut hakkı, özel hayatı, onuru ve cinsel özgürlüğü üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği genellikle kabul edilmektedir. Bkz. Dönmezer/Erman, n.754; Ünver, Hukuksal Değer, s.983; Centel/Zafer/Çakmut, s.330; Groop, s.226.

³⁰⁸ Dönmezer/Erman, n.755; Centel/Zafer/Çakmut, s.333; Bu sınırlama nedeniyle “Günümüzde, kural olarak ilgilinin rızası, bir hukuka uygunluk sebebi sayılmaz” (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.473, 475).

³⁰⁹ Dönmezer/Erman, n.760; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.371; Alman Federal Yüksek Mahkeme kararlarına göre, “bu kavramın herkesin değerlendirmesine bağlı olduğu, bu açıdan geniş bir konsensüsün bulunması gerektiği, bunun sonucu olarak da ahlaka aykırılık kavramına çok sınırlayıcı bir şekilde dayanılarak ancak gerekçe gösterilebilir” (Groop, s.225-226).

³¹⁰ Erem, Özel Hükümler, II, s.1180-1181; Doktrinde, kişinin bedensel hareket serbestisi ile sağlığı bakımından bir oran gözetilerek, özgürlüğün kısıtlanmasına gösterilen rızanın insan onurunu ihlal edecek şekilde bir uzun süreyle geçerli olamayacağı belirtilmiştir. Bkz. Ünver s.97; aynı yönde, Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.89; Örneğin, bir evde hizmetçi olarak çalışan kadının ev sahibi ile yaptığı sözleşme uyarınca bir yıl süre boyunca evden dışarı çıkmayacağını taahhüt etmesi (MK m.23/2; BK, m. 19, 20) veya borçlunun, alacaklı tarafından hapsedilmesine rızası ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık oluşturur. Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.75.

³¹¹ *Siliadin/Fransa* davasında “başvurucu, babasının bir akrabası tarafından Togo'dan Fransa'ya getirilmiştir. Başvurucu uzunca bir süre boyunca, haftada 7 gün ve günde 15 saat bir karı koca yanında çalışmaya zorlanmıştır. Başvurucunun kişisel bir geçim kaynağı yoktu, belgelerine el konulmuştu, yasadışı göç statüsü sebebiyle resmi mercilerle iletişime geçmekten korkuyordu, korumasız ve herkesten izole edilmişti. Mahkeme, bu olayda başvurunun hizmet ettiği çiftin dar anlamda mülkiyetinde olduğu söylenemeyeceğinden durumunun kölelik (slavery) sayılamayacağını, fakat haftanın her günü bu kadar uzun saatlerle çalıştırılmasının özgürlük yoksunluğu olarak değerlendirildiğinde, durumunun kulluk (servitude) kapsamına gireceği sonucuna varmıştır”. (*Siliadin/Fransa*, 73316/01, 26.07.2005) Bkz. Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları, s.188; Harris/O'Boyle/Warbrick, s.115-116.

Özgürlükten yoksunluk kişinin sağlık veya vücut bütünlüğüne yönelik ağır bir saldırı oluşturduğu takdirde verilen rızayı geçerli saymamak gerekir³¹². Buna karşılık, bireyin kişilik haklarını ihlal etmeyecek biçimde hareket serbestisinin kısıtlanmasına (örneğin alkol ya da uyuşturucu bağımlılığı tedavisi için) gösterdiği rıza, fiili hukuka uygun hale getirir.

Rızanın geçerli olabilmesi için, suçun nitelikli halleri ile korunmak istenen diğer hukuksal değerler de “kişinin üzerinde tasarruf edebileceği” özellikte olmalıdır. Örneğin kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi (m.109/3-c) halinde mağdurun rızası etkili değildir. Mağdurun hareket serbestisinin kısıtlanmasına ilişkin rızası, kural olarak üstsoy, altsoy veya eşe karşı gerçekleştirilen fiiller bakımından geçerlidir. Ancak bu durumda, ilgilinin rızasının hukuka ya da ahlaka aykırı olup olmadığı değerlendirilmelidir. Örneğin İtalya’da failin aşırı kıskançlık nedeniyle, yaklaşık bir yıl boyunca eşini seyrek şekilde eve kilitlemesi, son olarak da altı gün boyunca kesintisiz olarak, evin kapılarını kilitleyerek dışarıya çıkmasının engellemesi şeklindeki fiili açısından mağdurun rızası geçerli görülmemiştir³¹³.

Kanunda bazı suç tipleri düzenlenirken, birden fazla hukuksal değer aynı ceza normu ile koruma altına alınmaktadır. Örneğin, yağma suçu ile korunan hukuksal değerler (kişi özgürlüğü, zilyetlik ya da mülkiyet hakları) kişinin üzerinde tasarruf edebileceği niteliktedir. Ancak bu hukuksal değerlerden yalnızca birinin ihlaline (örneğin özgürlüğün kısıtlanmasına) rıza gösterilmesi diğer hukuksal değere yönelik olarak gerçekleştirilen fiil açısından geçerli olmayacaktır. Buna göre, kişinin özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin rızası bu suç bakımından geçerli, ancak mülkiyet hakkı bakımından geçersiz olabilir ve yağma suçu oluşabilir³¹⁴. Öte yandan, mağdurun rızasıyla hareket etmesi bir suç tipinin unsuru olarak (örneğin, TCK m. 234) düzenlenmişse, bu durumda rıza hukuka uygunluk nedeni etkisi göstermez³¹⁵. Yine, insan ticareti suçunda gerçekleştirilen özgürlükten yoksun

³¹² Artuk, Hürriyeti Tahdit, s. 64.

³¹³ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.76.

³¹⁴ Ekici-Şahin, s.113.

³¹⁵ Ünver, Hukuksal Değer, s.983.

bırakılma fiili bakımından ilginin rızasının geçerli olmadığı açıkça belirtilmiştir (m.80/2).

Rızanın geçerliliği için, ikinci koşul olarak, kişinin rıza ehliyetinin bulunması gerekir. Kanunda rıza ehliyetinin açıkça belirlenmiş olduğu özel düzenlemelerin (örneğin TCK m.103/1, 104) aksine, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu açısından rıza ehliyetinin belirlenmesi doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır³¹⁶.

Rıza ehliyeti kural olarak ayırt etme yeteneğine göre belirlenmekte ve her mümeyyiz (sezgin) kişinin rıza ehliyetinin bulunduğu kabul edilmektedir. İdrak ehliyeti, reşit olmayan küçükler bakımından da etkilidir³¹⁷. Ancak, rıza ehliyeti açısından Medeni Kanunun 9-13. maddelerinde öngörülen, “fiil ehliyetine”³¹⁸ ilişkin kurallar burada geçerli değildir³¹⁹. Kusur ehliyetinde veya fiil ehliyetinde olduğu gibi rıza gösterme ehliyeti açısından da belirli yaş dilimleri kabul edilerek, rıza ehliyetinin derecelendirilmesi mümkün görülmemiştir³²⁰. Gerçekten, ceza hukuku bakışı ile açıklanan rıza, hukuki sözleşme değildir ve medeni hukuk anlamı içinde ele alınamaz³²¹.

Kişinin hareket serbestisi, kişiye sıkı sıkıya bağlı³²² hukuksal değerlerden olduğundan, rıza açıklama konusunda kural olarak yalnızca özgürlüğü kısıtlanan kişi tasarrufta bulunabilir. Bununla birlikte, bazı hallerde *iradi temsilcinin* ya da *yasal temsilcinin* rıza açıklama yetkisi kabul edilmektedir. Örneğin, tıbbi

³¹⁶ Doktrinde, hukukî işlem ehliyetine ilişkin kuralların doğrudan uygulanması, hukukî işlem ehliyetine veya kusur ehliyetine ilişkin kuralların kıyasen uygulanması ve rıza ehliyetinin ayırt etme yeteneğine göre belirlenmesi önerileri yapılmıştır. Bkz. Ekici-Şahin, s.136-150.

³¹⁷ Heinrich, I, kn.466.

³¹⁸ Fiil ehliyeti, kişinin kendi fiiliyle hak edinebilme ve borç altına girebilme ehliyetini ifade etmektedir. Kural olarak temyiz kudretine (ayırt etme gücüne) sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır. Buna göre, “akla uygun davranabilen” ve “kısıtlı olmayan”, “onsekiz yaşını bitirmiş” her birey aynı zamanda rıza ehliyetine de sahiptir. Bkz. Ekici-Şahin, s.137; Öztan, s.239-243; Erkan, Vehbi Umut/Yücer, İpek, Ayırt Etme Gücü, **AÜHFD**, C.60, S.3, y.2012, s.485-522.

³¹⁹ Heinrich, I, kn.467.

³²⁰ Ekici-Şahin, s.149; Zira korunan değere göre rızaya ehliyet yaşı değişmektedir. Bkz. Soyaslan, Genel Hükümler, s.359.

³²¹ Heinrich, I, kn.466; “rıza, faile suç işleme konusunda herhangi bir hak tanımadığı ve rıza gösteren kişiye de rıza gösterdiği fiilin gerçekleştirilmesine katlanma borcu yüklediği için, hukukî işlem yapmaya yönelik bir irade açıklaması değildir” (Ekici-Şahin, s.50); Soyaslan’a göre, rızayı bir özel hukuk akdi ya da kamu hukuku akdi saymak mümkün değildir. Bkz. Soyaslan, Genel Hükümler, s.355.

³²² Bkz. Ekici-Şahin, s.142.

müdahaleler açısından, hukuksal değer sahibinin açıkça yararına olan ve kendisinin rıza gösteremediği hallerde, yasal temsilciler (veli veya vasi) de ayırt etme yeteneğine sahip olmayan küçük veya kısıtlı kişi adına rıza gösterebilirler. Küçükleri kural olarak ana ve baba birlikte temsil ettikleri için, her ikisi birlikte rıza göstermelidir. Ancak, önemsiz fiiller açısından (örneğin, annesi hastaneye giderken küçüğün komşunun evine bırakılması) yalnızca birinin rızası, fiilin hukuka uygun olması için yeterli kabul edilebilir. Akıl hastalığı nedeniyle vesayet altına alınmış kişi bakımından rıza göstermeye vasi yetkilidir (MK m. 405). Belirli koşullarda ilgilinin korunması amacıyla özgürlüğünün kısıtlanması bakımından ise hâkim yetkilidir (MK m. 432 ve 433)³²³.

765 sayılı TCK'nın 182. maddesinde, “on beş yaşından küçük çocuğu kendi rızasıyla kaçırma veya alıkoyma” suçu düzenlenmiş ve bu yaştan küçüklerin rızasına kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu açısından değer verilmemiştir³²⁴. Ayrıca fiil, kaçırılan veya alıkonulan çocuğun rızası olmaksızın işlenmiş ya da çocuk henüz on iki yaşını tamamlamamış ise fail hakkında 179 ve 180. maddelerinin uygulanacağı belirtilmiştir (m.182/2). Bu maddeye göre on iki yaşını tamamlamamış olan küçüklerin rızası geçersiz olduğundan kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu oluşuyordu. Onbeş yaşından onsekiz yaşına kadar olan küçüklerin rızası ise Medeni Kanun hükümleri uygulanarak geçerli sayılıyordu³²⁵.

Yeni TCK'nın 109. maddesinde düzenlenen kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu açısından, Anayasanın 19 ve TCK'nın 31/2 maddelerinden hareketle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olan onbeş yaşından onsekiz yaşına kadar olan çocukların rıza ehliyetine sahip olduğu belirtilmiştir³²⁶. Buna karşılık,

³²³ “Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir” (MK m.432).

³²⁴ Bu suçla, kişi özgürlüğünün yanı sıra, ebeveynin ve vasinin aile hukukundan doğan velâyet/vesayet haklarının ve (rızasının fiili suç olmaktan çıkarmaması dolayısıyla) küçüğün de kendi kendisine karşı korunması amaçlanmıştır. Bkz. M. Emin Artuk, Küçükleri Kaçırma veya Alıkoyma Cürmü (TCK m.182), in: **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul 1998, s.20.

³²⁵ Erem, Hürriyet ve Suç, s.64-65.

³²⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.371; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.476.

rıza ehliyeti ile kusur ehliyetinin aynı olmadığı, kişiden başkalarının hukuksal değerlerine ilişkin olarak yaptığı değerlendirmeyi, kendi hukuksal değerleri bakımından yapmasının her zaman beklenemeyeceği ve TCK'nın 31. maddesinde yer alan kusur ehliyetine ilişkin diğer (yaş guruplarına göre derecelendirme ve cezada indirim gibi) kuralların rıza ehliyeti açısından uygulanamayacağı eleştirileri yapılmıştır. Rıza ehliyetinin varlığı kabul edilen kişinin 14 ya da 94 yaşında olmasının, rızanın suça etkisini kural olarak değiştirmeyeceği öne sürülmüştür³²⁷.

Yargıtay CGK 11.3.2008 tarih ve 5-253/52 sayılı kararında, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi halinde TCK'nın 103 ve 104. maddelerine atıfta bulunarak, çözümü gereken hukuki uyuşmazlık açısından, 15 yaşını tamamlamış olan sezgin mağdurun rızasını hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmiştir³²⁸. Bunun yanı sıra, aynı kararda, cinsel suçlardaki yaş dilimi kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu bakımından da kabul edilerek, 15 yaşını tamamlamamış olan mağdurun rızası geçersiz kabul edilmiş; uygulamada yerleşen³²⁹ bu görüş tartışmalara yol açmıştır.

Öte yandan TCK'nın 234/3 maddesi, esas itibariyle kişinin üzerinde tasarruf edemeyeceği bir hukuksal değeri (velayet hakkını) koruduğundan, çocuğun evi terk etmek konusundaki rızasının geçersiz olduğunu göstermektedir. Yasal temsilcisinin

³²⁷ Bkz. Ekici-Şahin, s.146-148.

³²⁸ "Özel Daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulu'nca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; 5237 sayılı TCY'de 15 yaşını bitirmiş olmakla birlikte 18 yaşını tamamlamamış olan çocuklara karşı işlenen "cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" eylemlerinde küçüğün rızasının fiili hukuka uygun hale getirip getirmeyeceğine ilişkindir. ... Birinci kategoride yer alan "onbeş yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı işlenen "cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" suçunda, çocukların rızalarının hukuken değer ifade etmediği konusunda herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. İkinci kategoride yer alan "onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı işlenen "cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" suçunda çocukların rızalarının bu suç açısından 5237 sayılı TCY'nin 26/2. maddesi anlamında hukuka uygunluk nedeni oluşturup oluşturmadığı konusu tartışmalı olup, esasen uyuşmazlığın esasını oluşturmaktadır. ... Bu açıklamaların ışığında somut olay incelendiğinde; Hükümlünün, suç tarihinde 15 yaşını tamamlamış ayırt etme gücüne sahip (sezgin küçük) mağdure F'yı rızasıyla cinsel amaçlı olarak hürriyetini kısıtlamaktan ibaret eylemi 5237 sayılı TCY'nin 109/1-3/f-5. maddesi kapsamında olup, mağdurenin aynı Yasa'nın 26/2. maddesi kapsamındaki rızası fiili suç olmaktan çıkarak hukuka uygun hale getirmektedir. Bu nedenle Özel Daire'nin kararı isabetli olup, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir." (YCGK. 11.3.2008, 5-253/52).

³²⁹ Yargıtay'ın bu yöndeki uygulaması istikrar kazanmıştır. Bkz. YCGK 12.11.2013 gün ve 511-449, YCGK 10.06.2014 gün ve 551-311, YCGK 16.06.2015 gün ve 465 -235, YCGK 30.06.2015 gün ve 368-266, YCGK 01.12.2015 gün ve 198-428.

bilgisi veya rızası dışında “evi terk eden” çocuğun “rızası” bu suçun unsurudur. TCK’nın 234/3 maddesinde, çocuğun (18 yaşından küçüğün) rızası bakımından yaş sınırlamasına yer verilmediği için, algılama yeteneğine sahip 15 yaşından küçük çocuğu kendi rızasıyla yanında bulunduran kişinin 109. maddeden değil, 234/3. maddesinden sorumlu tutulacağı yönünde Yargıtay Ceza Dairesi kararlarına rastlanmaktaydı³³⁰. Yargıtay CGK’nun 11.3.2008 tarihli kararıyla, 15 yaşını tamamlamamış olan mağdurun rızasını geçersiz kabul eden görüş uygulamada benimsenmiş olduğundan, artık fail TCK’nın 109/3-f maddesine göre cezalandırılmaktadır³³¹.

Cinsel suçlarda rıza ehliyetini belirleyen özel düzenlemelerin (TCK m.103, 104) -yasal bir neden bulunmadığı halde- kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunda da kıyasen uygulanması suretiyle rıza ehliyetine ilişkin yaş sınırı getirilmesi, doktrinde eleştirilmektedir. Çünkü suç ve ceza içeren hükümlerin

³³⁰ Bu yöndeki Yargıtay 14. CD’nin 20.03.2014 gün ve 6295-3668 sayılı kararına Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın itirazı üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulu farklı gerekçeyle itirazın kabulüne karar vermiştir: “Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu düzenleyen TCK’nun 109. maddesinde ise mağdurun rıza açıklama ehliyetini belirleme noktasında bir yaş sınırı getirilmemiştir. Bu halde yaşı küçük mağdurun rızasının failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı, failin amacının toplumda kabul gören bir davranış ya da genel ahlak kurallarına uygun olup olmadığı nazara alınarak belirlenmelidir. Bu anlamda küçük yaştaki çocuğun gideceği yere bırakılması ya da çocuğun ailesini evde bulamadığı için komşularına gitmesi örneklerinde olduğu gibi kişinin meşru amaçla hareket ettiği durumlarda yaşı küçük çocuğun rızası geçerli olacak, kişinin haksızlık bilinciyle hareket ettiği hallerde ise yaşı küçük çocuğun rızası geçerli olmayacaktır. Bu sebeple yaşı küçük mağdurun rızasının failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı her olayın özelliğine göre değerlendirilip belirlenmelidir.

Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde;

“Sanığın yaşı küçük mağdureyi rızasıyla dağlık bir alana götürüp bir gün süre ile alıkoyduğu olayda, mağdurenin rızası haksızlık bilinciyle hareket eden sanığın ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Dolayısıyla yaşı küçük mağdurenin hukuken geçerli sayılan rızası bulunmadan gerçekleşen bu eylem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır. Bu nedenle, yerel mahkeme hükmünün, Özel Dairece mağdurenin sanıkla gönüllü olarak kaçması ve sanığın mağdureye yönelik hukuka aykırı herhangi bir eyleminin olmaması gerekçeleriyle eylemin çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturduğundan bahisle bozulmasına karar verilmesi isabetli değildir” (YCGK 15.11.2016 gün ve 467 - 420). Kanımızca, mağdurun rızasının geçerliliği, failin amacı ya da fiile ilişkin haksızlık bilincinden daha çok, mağdur bakımından yapılacak bir değerlendirmeyi gerektirir.

³³¹ “Sanığın, suç tarihinde onbeş yaşından küçük olup yaşı itibarıyla rızasının hukuki geçerliliği bulunmayan mağdureyi ailesinden habersiz şekilde yanına alarak Çanakkale’ye götürmesi eyleminin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu” (14. CD, 14.12.2017, 2016/11589 - 14.12.2017); Aynı yönde 14. CD, 11.12.2017, 2017/6674 - 2017/6313; 14.CD, 21.02.2018, 2015/2303 - 2018/1245; 14. CD, 08.02.2018, 2017/2675 - 2018/791.

kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanması kabul edilemez (TCK m.2/3)³³². Aynı gerekçelerle TCK'nın 234. maddesinde düzenlenen çocuk kaçırma suçundaki onaltı yaş sınırı da bu suç tipi için uygulanamaz³³³. Ayrıca, onbeş yaşından büyüklerin rıza gösterdiği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunup bulunmadığı değerlendirilmeksizin rıza ehliyetinin varlığının doğrudan kabul edilmesi eleştirilmiştir. Kanun koyucunun yasal düzenleme yapmadığı bir konuda, yorum sınırlarının kıyasa yol açacak şekilde zorlanması yerine, TCK'nın 109. maddesine açık bir hüküm konulması önerilmiştir³³⁴.

Katıldığımız görüşe göre, rıza ehliyetinin belirlenmesi bakımından, kişinin her bir somut olayda, hukuki korumadan vazgeçtiği hakkına yönelen müdahalenin kapsamını, neticelerini, kendisi için taşıdığı riskleri, ruhen ve ahlaken anlama ve algılama yeteneğine sahip olup olmadığı değerlendirilmelidir³³⁵. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi halinde, kanun koyucunun cinsel suçlarda rıza ehliyeti açısından öngördüğü yaş sınırlamalarının burada uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle, suçun temel şeklinde olduğu gibi, cinsel amaçla işlenmesi halinde de, algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği gelişmiş olan çocuğun yaşı gözetilmeksizin rıza ehliyetinin bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir³³⁶. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun yanı sıra cinsel dokunulmazlığa karşı ya da mülkiyet hakkına yönelik suçların birlikte işlenmesi halinde de, rızanın suça etkisi her bir suç bakımından ayrı değerlendirileceğinden, farklı sonuçlara ulaşılabilir.

Rızanın geçerli olabilmesi için, diğer bir koşul, rızanın açıklanmış olmasıdır. Rıza yazılı veya sözlü olarak açıklanabileceği gibi, somut olayın koşullarından ve

³³² Bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.452; Hakeri, Genel Hükümler, s.341; "Yargısal uygulamanın da, ceza normunun, anayasal kurallarına uygunluğu da, yargısal yetki de, **"dar yorum"** ve **"takdir yetkisinin"** ceza normunun "amaç ve sebebi" kapsamında olması, diğer bir deyişle, ceza normu açısından eylemin **"hukuka aykırılık bağı"** bulunması kuralı ile sınırlandırılmıştır. Bu açıdan, ceza hukuku açısından yorumun tek özelliği, sanıldığı gibi salt "kıyas yasağı" değildir. **"Dar yorum"** kuralı, yargı kararıyla, ceza sorumluluğunu genişletecek yorum yapılmasını engellemektedir" (Özek, 1997 Tasarısı, s.27); Ünver, Hukuksal Değer, s.924.

³³³ Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.433.

³³⁴ Bkz. Ekici-Şahin, s.133-136.

³³⁵ Heinrich, I, kn.466; Aynı yönde Tezcan/Erdem/Önok, s.525; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.433; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.296; Aygün-Eşitli, s.279; Ekici-Şahin, s.149-150.

³³⁶ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.452-453.

kişinin davranışlarından açık veya örtülü olarak anlaşıldığında da açıklanmış sayılır³³⁷. AİHM kararlarında da, rıza ehliyeti bulunan kişinin, tutulduğu anda itirazda bulunmamış olması halinde, kendisine yapılan muameleye rıza gösterdiği varsayılmaktadır³³⁸.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunda rızanın hukuka uygunluk sebebi oluşturması için, rıza en geç fiilin gerçekleştirilmesinden hemen önce, yani icra hareketlerine başlandığı sırada açıklanmış olmalı ve suçun tamamlanmasına kadar devam etmelidir. Suçun tamamlanmasından sonra fiili kabullenme (fiile icazet), hukuksal değeri koruyan norma karşı gerçekleştirilmiş olan ihlali ortadan kaldırmayacağı için fiilin suç oluşturmaya engel olmaz. Ayrıca, fiilin zamanı, süresi, niteliği ve ağırlığı ilgilinin rızasının sınırlarını aşmamalıdır³³⁹. İcra hareketlerine başladıktan sonra rızanın geri alınması halinde ise, bu andan itibaren gerçekleştirilen fiiller suç oluşturur³⁴⁰. Örneğin, (A) evine gitmek için taksiye binmiş olmasına rağmen, sürücü (B)'nin belirtilen adreste durmayıp, uzak bir yerde (A)'yı araçtan indirmesi, rızanın sınırları içinde değildir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu, rızanın varlığı süresince, (A) taksiden inmek istediği yere gelinceye kadar oluşmaz, ancak sürücünün (A)'nın istediği yerde durmayıp yola devam etmesiyle oluşur.

Rıza açıklama yetkisine ve ehliyetine sahip olan kişinin rızasını geri alma yetkisi ve ehliyeti de vardır³⁴¹. Rıza gösterme gibi, rızayı geri alma kararı da kişinin özgür iradesine dayanmalıdır³⁴². Kural olarak fiil tamamlanıncaya kadar rıza geri alınabilir. Ancak bazen rızanın geri alınması mümkün değildir. Rıza ile icrasına başlanan fiilin icra hareketlerinin artık geri dönülemeyecek bir bir aşamaya gelmiş olması halinde rıza geri alınamaz. Örneğin, teleferiğe binen kişinin, varış istasyonuna gelmeden önce inmek istemesi halinde, bunu yerine getirme imkanı

³³⁷ Ekici-Şahin, s.177; Hakeri, s.342.

³³⁸ HL v Birleşik Krallık 2004; “*Storck* davasında başvurunun psikiyatrik bir kuruma rızası dahilinde yatırılıp yatırılmadığı net değildir. Mahkeme, başvurunun oradan birçok defa kaçma teşebbüsünde bulunduğu gerçeğinden yola çıkarak tutulmasının rızaya dayanmadığına karar vermiştir” (Harris/O'Boyle/Warbrick, s.129).

³³⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.372; Ekici-Şahin, s.178-179.

³⁴⁰ Heinrich, I, kn.700-715.

³⁴¹ Harris/O'Boyle/Warbrick, s.129.

³⁴² Bkz. Ekici-Şahin, s.180-181.

bulunmayan görevli açısından, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun hukuka uygunluk nedeni olarak rıza devam etmektedir. Ayrıca, bu durumda, rıza bir özel hukuk sözleşmesinin unsuru olması dolayısıyla da geri alınamaz. Buna karşılık, kişinin özgürlüğünün insan onurunu ihlal edecek şekilde uzun bir süreyle kısıtlanmasına göstereceği rıza geçersizdir³⁴³. Örneğin, borcunu ödeme gücü bulunmayan kişinin, alacaklının çiftliğinde bir yıl boyunca kalarak çalışacağını kabul etmesi, MK 23/2. maddesine göre batıl bir sözleşmedir.

Rıza açıklamasının geçerli olabilmesi, sağlıklı ve serbest bir iradeye dayanmasına bağlıdır. Kişinin gerçek iradesini yansıtmayan, ciddi olmayan, şaka olduğu anlaşılan irade açıklamaları, rıza olarak değerlendirilemez. Rıza açıklaması yalnızca bir şakadan ibaretse, objektif olarak bunun anlaşılabilir nitelikte olması gerekir; aksi takdirde geçerli bir rıza açıklaması olarak değerlendirilir³⁴⁴. Sağlıklı bir iradeden söz edilebilmesi için, ilgilinin rıza gösterdiği fiilin niteliği, ağırlığı ve kendi hukuksal değeri açısından sonuçları ve taşıdığı riskler konusunda serbestçe karar vermesine yetecek kadar bilgi sahibi olması gerekir. Bu konulara ilişkin aldatıcı söz ve davranışlar neticesinde açıklanan rıza geçersizdir. Ayrıca, cebir ve tehdit altında, iradenin sakatlanmasıyla açıklanan rıza, kişinin özgür iradesi ile yaptığı bir değerlendirmeye dayanmayacağı için geçersizdir³⁴⁵. Buna göre, kolluk görevlisinin geçerli bir yasal dayanağı varmış gibi davranarak kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakması halinde geçerli bir rızadan söz edilemez.

İlgilinin rızasının önceden alınmasının imkânsız olması, ilgilinin hakkına yönelik müdahalenin onun varsayılan iradesine uygun olması ve müdahalede bulunulan hak üzerinde ilgilinin tasarrufta bulunma yetkisinin bulunması koşullarının varlığı halinde “varsayılan rıza” söz konusu olmaktadır³⁴⁶. Herhangi bir nedenle bilinci yerinde olmayan (uyku, alkol, uyuşturucu madde etkisindeki,

³⁴³ Erem, Özel Hükümler, II, s.1180-118, Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.89; Ünver s.97; Ekici Şahin, s.181- 183.

³⁴⁴ Bkz. Dönmezer/Erman, C.II, kn.750; Ekici-Şahin, s.186-187.

³⁴⁵ Bkz. Ekici-Şahin, s.187-212.

³⁴⁶ Bkz. Ekici-Şahin, s.223-247; “Kanaatimizce “varsayılan rıza” kavramı özel hukuktan ceza hukukuna aktarılan “uydurma ” bir kavramdır ve bununla hukuka uygun hale getirilen eylemler, görevin ifası veya hakkın kullanılması çerçevesinde hukuka uygun hale getirilebileceği gibi, bazı hallerde bir mazeret sebebi olarak da kabul edilebilecektir” (Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.297).

kazaya uğramış veya bitkisel yaşamdaki) kişinin gerçek iradesinin ortaya çıkması için beklenmesinin mümkün olmadığı durumlarda varsayılan rızaya dayanılarak başka yere götürülmesi (örneğin yangın çıkan evden çıkartılması) hukuka uygundur.

2.3.3.2. Hakkın Kullanılması

Hukuken tanınmış ve korunmuş bir hak veya yetkinin kullanılması halinde, hak veya yetki sahibinin cezalandırılmayacağı kuralı çok eskiden beri kabul edilmektedir³⁴⁷. 765 sayılı Kanunda açıkca yer verilmeyen bu hukuka uygunluk sebepleri, yeni TCK'nın 26/1. maddesinde “hakkını kullanan kimseye ceza verilmez” şeklinde ifade edilen genel hükümle düzenlenmiştir.

Hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk nedeni oluşturabilmesi için öncelikle herhangi bir merciin ya da makamın aracılığına gerek kalmaksızın, kişi tarafından doğrudan doğruya kullanılabilen sübjektif bir hakkın bulunması gerekir³⁴⁸. Ayrıca, hukuken tanınan hakkın sınırlarının aşılmaması ve hakkın kullanılması ile işlenen ve tipe uygun olan fiil arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Fail normun amacına uygun hareket etmişse, kendisine tanınan hak ile işlenen suç arasında böyle bir ilişki vardır³⁴⁹.

2.3.3.2.1. Disiplin Yetkisinin Kullanılması

765 sayılı TCK'nın 477-479. maddeleri ve 743 sayılı TMK'nın 267. maddesi çerçevesinde eğitim ve terbiye (tedip) hakkının amacına uygun biçimde

³⁴⁷ Roma hukukunda “hakkını kullanan kimse kasten hareket etmiş sayılamaz” (*nullus videtur dolo facere, qui iure suo utitur*) ve “hakkın kullanılması suç teşkil etmez” (*iuris enim exercitio non habet iniuriam*) (*nemo damnum facit nisi quid fecit quod facere jus non habet*). Bkz. Dönmezer/Erman, C.II, kn.702.

³⁴⁸ Dönmezer/Erman, C.II, kn.705, 706; Madde gerekçesine göre “Hakkın kullanılması ancak bir mercie başvurarak mümkün olarsa, TCK 26/1 kapsamında bir haktan söz etmek mümkün olmayacaktır”. Örneğin, hastane faturasının ödenememesi nedeniyle hastanın rehin tutulması, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu oluşturur. Bu durumda hastanın parasal nedenlerle rehin tutulmasının, hakkın icrası olabileceği düşünülebilirse de hukuk düzeni, bu yetkiyi kamusal icra organlarına dahi vermemişken, sağlık personelinin böyle bir yetkiye sahip olması düşünülemez. Bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s.749

³⁴⁹ Dönmezer/Erman, C.II, kn.707, 708.

kullanılması, bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmekteydi³⁵⁰. Eski TCK'nın 477. maddesinin karşısından, “terbiye hakkının” veya “itaat ettirmek yetkisinin” kötüye kullanılmış olmadığı anlaşılan hallerde, eğitim amacı ile yapılan hareketlerin hukuka uygun olduğu kabul ediliyordu. Ayrıca eski Medenî Kanununun 267. maddesinde düzenlenen “tedip hakkı”, çocukların eğitim görevinin yerine getirilebilmesi ve bu amaca ulaşılabilmesi için ana-baba tarafından durumun gerektirdiği sınırı aşmamak üzere çocuklarını dövebilme ve bedensel özgürlüklerini sınırlama niteliğindeki fiilleri gerçekleştirebilmelerine yetki tanınması olarak değerlendirilmekteydi. Ebeveynin yanı sıra, ayrıca öğretmenlerin, koruyucu ailenin, vasinin ve ustaların da tedip hakkına sahip olduğu kabul ediliyordu³⁵¹. Hukuken tanınan bu yetki “eğitim görevinin yerine getirilebilmesi için uygun ve yeterli olan ve kişinin sağlığına zarar veya tehlike vermeyecek herhangi bir şekilde” gerçekleştirilebilirdi³⁵².

Aslında, eski Medenî Kanunun 267. maddesinin bedensel ceza verme yetkisini tanıyıp tanımadığı açık değildi. Doktrinde azınlık görüş, “tedip yetkisinin” bedensel ceza uygulama yetkisini içermediğini, bedensel cezanın modern eğitim anlayışında geçerli bir cezalandırma yöntemi olmadığını savunmuştur. Ancak, baskın görüş ve Yargıtay uygulaması, “tedip hakkının” bedensel ceza verme yetkisini de içerdiğini ve dolayısıyla çocuk üzerindeki olumsuz etkilerine rağmen son çare olarak başvurulabileceğini kabul etmekteydi³⁵³.

³⁵⁰ “Her kim idaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veyahut bir meslek ve sanatı öğretmek için kendisine **tevdi** olunan şahsın üzerinde haiz olduğu terbiye hakkını veya itaat ettirmek sâlahiyetini suiistimal ile o şahsın sıhhatinin muhtel veya bir tehlikeye maruz olmasına sebep olursa on sekiz aya kadar hapsolünür” (765 s.TCK m.477). “Ana baba, çocuklarını tedip hakkına maliktir” (743 s. MK m.267). Ayrıca “çocuk, ana ve babasına riayete mecburdur. Ana ve baba, kudretlerine göre çocuğu yetiştirmekle ve çocuk alil veya akli zayıf ise haline münasip bir terbiye vermekle mükelleftirler” (743 s. TMK m.264/2). Anılan maddelerde geçen “muhtel” sözcüğü “bozulma”, “alil” sözcüğü ise “hastalıklı, sakat” anlamındadır. Bkz. <http://www.tdk.gov.tr/> (Erişim: 20.01.2019).

³⁵¹ Gemalmaz, H. Burak, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, İstanbul, Legal, 2005, s.182.

³⁵² Bkz. Önder, C.II, s.231-232; “ölçüyü kaçırıp rapora konu olabilecek şiddet ve derecede çocuğunu dört gün iş ve gücünden kalır, yedi günde iyi olur şekilde döven sanık annenin eylemi TCK. nun 478. maddesindeki suçu oluşturur” (YCGK. 10.5.1982, 4-161/202) (Önder, C.II, s.232).

³⁵³ Bkz. Gemalmaz B., s.181-184.

Küçüğün özgürlüğünden yoksun bırakılması da “tedip yetkisi” kapsamında görülmekteydi³⁵⁴. Ancak bu yetkinin terbiye amacından başka maksatlarla kullanılmış olması ve zorunluluk sınırının aşılması halinde ana-babanın cezai sorumluluğu kabul ediliyordu³⁵⁵. Yargıtay, bu durumda özel kast olmadıkça kişisel özgürlüğü sınırlama suçunun değil, kasten yaralama (m. 456), terbiye ve disiplin yetkisinin kötüye kullanılması veya aile fertlerine kötü muamele (m. 477-479) suçlarının oluşabileceğini kabul etmekteydi. Yargıtay 11.06.1956 tarih ve 5/12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, müşterek evi terk eden karısını zorla eve getiren kocanın kişisel özgürlüğü sınırlama “özel kastıyla” değil, yuvanın dağılmaması ve aile birliğinin bozulmaması amacıyla hareket ettiğinden fiilin yaralama veya aile bireylerine kötü muamele suçunu oluşturacağı sonucuna varmıştır³⁵⁶. Oysa bu durumda, genel hüküm olan “aile efradına karşı fena muamele” (m.477) değil, genel kastla işlenebilen “hürriyeti tahdit” (m. 179, 180) suçu oluşacağı için Yargıtay eleştirilmekteydi³⁵⁷.

Yeni TCK’da “Aile Düzenine Karşı Suçlar” başlığı altında yer alan 232/2. maddesine göre, “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, bir yıla kadar hapis cezası verilir”. Bu suç ile korunmak istenen hukuksal değer, terbiye hakkından doğan disiplin yetkisinin kötüye kullanılmasının önlenmesi olduğu belirtilmektedir³⁵⁸. Oysa huzurevindeki yaşlı veya cezaevindeki hükümlü bakımından “terbiye hakkından” değil, maddede açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, ancak belirli maksatlarla bu gibi kurumlara “tevdî” edilmiş olmaktan kaynaklanan bir “disiplin yetkisi” söz konusu olmaktadır³⁵⁹.

Kişi üzerinde disiplin yetkisinin bulunması, ancak “idaresi altında bulunan” veya “büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat

³⁵⁴ Önder, Özel Hükümler, s.30.

³⁵⁵ Bkz. Erem, Özel Hükümler, II, s.2215-2239; Önder, Genel Hükümler, C.II, s.312; Bkz. 2.2.1.2. Doğrudan Kast.

³⁵⁶ Çağlayan, C.II, s 400-401.

³⁵⁷ Erem, Hürriyet ve Suç, s.65.

³⁵⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.1013.

³⁵⁹ Ayşe Nuhoğlu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, Beta, İstanbul 2009, s.119.

öğretmekle yükümlü” olunan hallerde kabul edilmektedir. Disiplin yetkisi kamu hukukundan ya da örf ve âdeti kaynağı olarak kabul eden bir hukuk dalı olan özel hukuktan doğabilir³⁶⁰. Bu yetkinin zorunlu veya ihtiyari ya da geçici veya sürekli olmasının önemi yoktur³⁶¹.

Medeni Kanuna göre, terbiye hakkından doğan disiplin yetkisi, velayet altında bulunan küçükler hakkında ana ve babaya ya da ölüm veya boşanma halinde bunlardan sadece birisine aittir (22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı TMK m. 335-339). Ana ve babanın reşit çocuk üzerinde, eşlerin, kardeşlerin birbirleri üzerinde disiplin yetkisi bulunmamaktadır³⁶². Ayrıca TMK’nın 164. maddesindeki koşulların bulunması halinde, ortak konuta dönmeyen eşe karşı, terk nedeniyle dava açma hakkı verilmiştir. Bu düzenlemeler karşısında, eşin zorla müşterek ikametgâha getirilmesi hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacaktır. Eşin özgürlüğünü kısıtlayan fiillerin, artık kötü muamele (m.232) suçunun sınırlarını aşarak, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunu oluşturması mümkündür³⁶³. Fikri içtima konusunda bu konuya ayrıca değindik.

Terbiye hakkından doğan disiplin yetkisinin kaynağı, çocuğun söz dinleme yükümlülüğüdür (TMK m.339/2). Bu yükümlülük, ana ve babanın çocuğun yetişmesi için yüklendikleri yükümlülüğü gereği gibi yerine getirebilmeleri için zorunludur. Velayet hakkının çocuğun yararına kullanılması, çocuğun söz dinleme yükümlülüğünün sınırını oluşturmaktadır. Disiplin yetkisi, ana babanın çocuğun eğitimi için gerektiğinde çocuğun vücut bütünlüğü, onuru, özgürlüğü gibi kişilik değerlerine müdahale oluşturabilen araçlara başvurabilme yetkisini içermektedir. Bunun için öncelikle, çocuğun eğitsel açıdan istenmeyen, sorumlu tutulabileceği ve tedip yoluyla düzeltilebilecek bir davranışı bulunmalıdır. Medeni Kanunda uslandırma hakkının açıkça düzenlenmemiş olması, çağımızın gereklerine ve Çocuk Hakları Sözleşmesine uygun bulunmaktadır³⁶⁴.

³⁶⁰ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.63.

³⁶¹ Nuhoğlu, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s.120; Tezcan/Erdem/Önok, s.1014.

³⁶² Nuhoğlu, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s.120.

³⁶³ Tezcan/Erdem/Önok, s.526.

³⁶⁴ Nuhoğlu, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s.124-128; AİHM, *Nielsen v Danimarka* kararında “bu hakkın kullanımının aile hayatının temel bir unsuru olduğunu, aile hayatına saygının Sözleşmenin 8. maddesi ile güvence altına alındığını ve Sözleşmeye taraf devletlerin hukukunda düzenlenen

Terbiye hakkından doğan disiplin yetkisi “ölçülülük ilkesi” çerçevesinde kullanılmalıdır. Ölçülülük ilkesi, bir yandan çocuğa yasaklanacak olan davranışın sınırını diğer yandan bu davranışlara uygulanacak yaptırımların sınırını belirler. Buna göre, daha hafif bir disiplin aracı (örneğin ikna, öğüt, açıklama, uyarı, azarlama) ile amaca ulaşılabilecekse, (odasından çıkmasının yasaklanması gibi) daha ağır bir araca başvurulmamalı; uygulanan önlemle elde edilecek yarar, özgürlüğün kısıtlanması ile vereceği zarardan daha üstün gelmelidir. Doktrinde, eğitsel açıdan elverişli, zorunlu ve ölçülü olduğu takdirde, çocuğun beden bütünlüğü, onuru, özgürlüğü gibi temel haklarına müdahale eden her türlü yaptırımın hukuka uygun olacağı belirtilmiştir³⁶⁵.

Buna karşılık, Medeni Kanunun “velâyetin kapsamı”nı belirleyen hükümleri (m.339-347) karşısında, çocuğun bedensel şiddete maruz bırakılması ya da sağlık açısından zararlı araçların uygulanması, çocuğun ruhsal gelişimini sağlayacak bir araç olarak kabul edilemeyeceği için, kesinlikle ebeveynin eğitim yetkisi içinde görülmemektedir³⁶⁶. Buna göre, çocuğun bir odaya kapatılması gibi kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı araçların kullanılması hukuka uygun kabul edilmektedir. Ancak, çocuğun özgürlüğünün uzun süreli kısıtlanması, bağlanması, zincire vurulması, bodrum, kiler, soğuk depo, banyo, karanlık oda gibi yerlere kapatılması hukuka uygun görülmemektedir. Çünkü maddi ve manevi şiddet uygulamayı hiç bir

velâyet hakkının 'çocuğun nerede yaşayacağına karar vermeyi ve çocuğun özgürlüğünü kısıtlama ya da başkalarına kısıtlama yetkisi vermeyi de içerdiğini söylemiştir. Mahkemeye göre, bu kısıtlamalar çocuğun 'okul ya da diğer eğitim ve dinlence kurumlarında' uyması gereken kuralları ve tıbbi tedavi için gerekli olan hastaneye yatırma kararlarını da kapsar. Bu kısıtlamalar tahminen ebeveynlerin, çocukları evde tutmaya yönelik disiplin kararlarını da kapsar. Bu yönde bir veli kısıtlamasının 5. madde kapsamına girebileceği düşünülse de, Mahkeme 5. maddenin bu gibi durumlara uygulanmasının amaçlanmadığını, çünkü söz konusu kısıtlamaların 'doğru bir amaca hizmet ettiğini' söylemiştir. *Nielsen* davasındaki durum budur çünkü anne, oğlunun hastaneye yatırılışına onun sağlığını düşünerek rıza göstermiştir; oğlunu iddia edildiği gibi babasından uzak tutmaya çalışmamıştır.” (Harris/O'Boyle/Warbrick, s.129).

³⁶⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s.1015.

³⁶⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.369 vd.; Hakeri, Genel Hükümler, s.327; Öte yandan, yeni Medeni Kanunun 339/2 maddesinde yer alan “çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür” ifadesinden hareketle, çocuğun itaat etme ödevinin içerik bakımından eski Medeni Kanunun sisteminde yer alan “itaat etme” ödevinden farklı olmadığı öne sürülmektedir. Bkz. Gemalmaz B., s.185.

amaç haklı gösteremez. Ölçülülük ilkesi, ancak belirli ilişkileri ve eğlenceleri yasaklamayı veya bu amaçla özgürlüğün kısıtlanmasını haklı kılabilir³⁶⁷.

TMK'nın 339/1. maddesine göre “ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar”. Buna göre, anne ve baba çocuğun bakımı ve terbiyesi kapsamında gerekiyorsa (örneğin, sıkı disiplin uygulayan yatılı bir okula göndererek) çocuğun özgürlüğünü sınırlandırabilecektir. Yine, çocuğun çıkarına uygun, ancak onun iradesine aykırı biçimde evden ayrılmasına (örneğin, başka bir evde kalmasına) engel olabilecektir. Çünkü “çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terk edemez” (m. 339/4). Terbiye hakkında kaynaklanan disiplin yetkisinin kullanılması çerçevesinde gerçekleştirilen özgürlüğü kısıtlama fiilleri bakımından hukuka uygunluk nedeni bulunduğundan TCK'nın 109. maddesindeki suç oluşmayacaktır³⁶⁸.

TCK'nın 232/2. maddesinde yer verilen, “büyütmek; okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi” ifadesi, 765 sayılı TCK'nın 477. maddesinde geçen, belirli amaçlarla faile “tevdi olunan” kişi ifadesinden farklı bir anlam taşımamaktadır. Buna göre, bakılmak üzere başkalarına emanet edilen hastalar, korunmak üzere sosyal yardım kurumlarına bırakılan kimseler, bir meslek veya sanat öğrenmek üzere bir kimsenin yanına bırakılan çıraklar üzerinde disiplin yetkisi kullanılabilir. Ancak, ebeveyne çocuğun bedensel şiddete maruz bırakılmasını içeren bir disiplin yetkisinin verilmemiş olması karşısında, öğretmen, usta gibi kimselere böyle bir yetkinin tanınması söz konusu olamaz³⁶⁹.

Öte yandan mülga TCK'da “tevdi edilme” koşulunun aranması nedeniyle bir kimsenin idaresi altında bulunan işçiler, hizmetçiler üzerinde disiplin yetkisi kullanması mümkün görülmezken, TCK'nın 232. maddesinde bu koşulun kaldırılmasıyla uygulama alanının genişletildiği ve dolayısıyla işçiler ve hizmetçiler üzerinde de disiplin yetkisinin kullanılabileceği kabul edilmektedir³⁷⁰. Bu kişiler

³⁶⁷ Bkz. Nuhoglu, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s.129-133; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.434; bkz. 3.1.3.1. Kusurluluğu Kaldıran veya Azaltan Bir Nedenin Maddi Koşullarında Hata

³⁶⁸ Bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.450 vd.; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.89.

³⁶⁹ Hakeri, Genel Hükümler, s.327.

³⁷⁰ Nuhoglu, Aile Düzenine Karşı Suçlar, s.121, 123.

bakımından disiplin yetkisinin kaynağını “ilgilinin rızası” oluşturmakta ve bu yetkinin sınırları da bu çerçevede belirlenmektedir³⁷¹.

İnsan onuru ile bağdaşmayan, disiplin yetkisinin kullanılmasının aşılması şeklindeki hareketler, disiplin yetkisinin kötüye kullanılmasını genel olarak düzenleyen TCK 232/2. maddesindeki suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır³⁷². Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suretiyle disiplin yetkisinin kötüye kullanılması halinde TCK’nın 109. maddesinin yanı sıra 232/2. fıkrası da ihlal edilmiş olacağından, fikri içtima hükümlerine göre, fail kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçundan sorumlu tutulacaktır.

2.3.3.2.2. Tıbbi Müdahaleler

Kişi özgürlüğünü kısıtlayan tıbbi müdahaleler sonucunda TCK’nın 109. maddesi uyarınca sorumluluk söz konusu olabilmektedir. Örneğin, rızası olmayan bir kimsenin zorla tedavi altına alınarak özgürlüğünün sınırlandırılması, psikiyatrik hastaların istemedikleri halde zorla hastaneye yatırılmaları, yine gönüllü olarak bir hastanenin psikiyatri servisine başvuran hastanın, bir müddet sonra hastaneden ayrılmak istemesi üzerine, hekimin hastayı hastanede kalmaya zorlaması ve ayrılması halinde bir kamu hastanesine zorla teslim edileceği tehdidinde bulunması kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunu oluşturabilir³⁷³. Ancak, hukuka uygunluk sebepleri kural olarak faile bir müdahale hakkı tanımaktadır. Tıbbi müdahale hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiğinde muhatap bu müdahaleye katlanmak zorundadır³⁷⁴.

Tedavi amaçlı tıbbi müdahalenin hekimler için hem mesleki bir hak hem de hukuki bir görev olduğu savunulmaktadır³⁷⁵. Katıldığımız görüşe göre, tıp hukukunda, hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygunluğunu sağlayan temel

³⁷¹ Bkz. 2.3.3.1. İlgilinin Rızası

³⁷² Tezcan/Erdem/Önok, s.1015.

³⁷³ Bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s.749-750.

³⁷⁴ Bkz. Gropp, s.208.

³⁷⁵ Dönmezer/Erman, C.II, kn.729; Çakmut, Özlem Yenerer, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, İstanbul 2003, 180; Erman, Barış, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu**, Ankara 2003, s.50.

unsur, hastanın rızasıdır³⁷⁶. Sağlığı bozulmuş olan kişinin, kendisine sağlığını iyileştirici tıbbî müdahalede bulunulmasını talep etmesi, hukuken tanınmış olan hakkın kullanılmasıdır³⁷⁷. Çünkü hasta ile hekim arasındaki sözleşme ilişkisi, hastanın rızası olmadan kurulamamaktır. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer fiillerin gerçekleştirilmesine karar vermek yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir; kişisel özerklik veya kendi tercihini belirleme hakkı üstündür. Öte yandan, insan onuruna aykırı hiçbir tıbbi müdahale yapılamaz³⁷⁸.

Uluslararası belgelerde de, herkesin, fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiş; tıp ve biyoloji alanlarında, yasalarla belirlenen usullere göre, ilgili kişinin özgürce ve bilgilendirilmiş olarak rızasının alınması gerektiği açıklanmıştır. Dünya Tabipler Birliği tarafından 1981 yılında yayınlanan Lizbon Bildirgesi'nde, 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi'nde ve Avrupa Birliği Temel Hakları Şartı'nda aynı ilke benimsenmiştir. Aynı doğrultuda, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de bir tıbbi müdahalenin hastanın rızası olmaksızın ancak, Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen şartlar altında yapılabileceğine karar vermiştir³⁷⁹.

Genel olarak, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için, ilk koşul olan “hastanın rızası”nın yanında diğer koşulların da gerçekleşmesi gerekir. İkincisi, tıbbi müdahalenin yetkili bir kimse tarafından yerine getirilmesi koşuludur. Yetkisi olmayan kişiler tarafından yapılan tıbbi

³⁷⁶ Hakeri, Hakan: Tıp Hukuku, Ankara 2012, s.327; “Türk Öğretisi'ndeki hâkim görüş, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sadece hakkın kullanılmasında aramaktadır. Ancak bu görüşe katılmıyorum. Zira bu görüşler hekim-hasta ilişkisine paternalist bir anlayışla yaklaşımın sonucudur. Böylece, hastanın rızasına hiçbir değer tanınmamakta veya gerektiği gibi değer tanınmamakta, hekimin hakkını icra ettiği, mesleğini yerine getirdiği, kanunların kendisine verdiği yetkiyi kullandığı, hastasının iyiliğini düşündüğü, böylece bu şartlar altında hareket eden hekimin tıbbi müdahalesinin başkaca bir şart aranmaksızın hukuka uygun olduğu kabulü ile karşı karşıya kalmaktadır ki, bu sonuç, modern tıp hukukunun gereklerine uymayan bir sonuçtur” (Hakeri, Genel Hükümler, s.354).

³⁷⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s.380.

³⁷⁸ Hakeri, Tıp Hukuku, s.327-329 ; “Storck davasında başvurucunun psikiyatrik bir kuruma rızası dahilinde yatırılıp yatırılmadığı net değildir. Mahkeme, başvurucunun oradan birçok defa kaçma teşebbüsünde bulunduğu gerçeğinden yola çıkarak tutulmasının rızaya dayanmadığına karar vermiştir” Storck v Almany 2005 (Harris/O'Boyle/Warbrick, s.129).

³⁷⁹ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 329-330.

müdahaleler hukuka aykırıdır. Üçüncü koşul, tıbbi müdahale konusunda tıbbi veya sosyal bir zorunluluk (endikasyon) bulunmasıdır³⁸⁰. Son olarak dördüncü koşul ise, hekimin tıp biliminin gerekliliklerine uygun şekilde hareket etmesi ve mesleki bir hata yapmamasıdır. Sonuncu koşulun gerçekleşmemesi durumunda, taksirden dolayı sorumluluk söz konusu olacağı için, tıbbi müdahalede bulunan fail, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçundan sorumlu tutulmayacaktır. Öte yandan, hekime gitme imkânının bulunmaması veya önemsiz derecede bazı tıbbi müdahalelerin yapılması halinde -diğer koşullar varsa- hekim olmayan bir kimsenin yaptığı tıbbi müdahale de hukuka uygun olabilir³⁸¹.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 28. maddesine göre, kural olarak rıza herhangi bir şekle bağlı değildir. Ancak, Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesine göre büyük ameliyatlarda rızanın yazılı olması gerekir. Medeni Kanun'un 23/3. maddesinde, Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda, Nüfus Planlaması Kanunu'nda yazılı rıza koşulunu arayan hükümlere yer verilmiştir.

Hekim, bütün olguları, yaş, fiziksel ve ruhsal durum, ilaçların etkisi, anlama yeteneğinin derecesi, kişinin kültürel yapısı, milliyeti gibi hususları göz önünde bulundurarak hastanın rıza yeteneğinin olup olmadığını denetlemelidir³⁸². Bu konuda şüphe varsa yasal temsilcilerin onayı alınmalıdır³⁸³.

Tıbbi müdahalelerin niteliğine göre, İngiltere'de 16 yaşın, Avusturya'da 14 yaşın üstündeki çocukların, ABD'de de 18 yaşına yakın çocukların rıza ehliyeti kabul edilebilmektedir. Kanada'da Quebec eyaletinde 14 yaş sınırı belirlenmiş,

³⁸⁰ Belirli bir teşhis veya tedavi sürecinin uygulanabilmesi için, hekimin bu tedbirini haklı kılan bir neden bulunmalıdır (Anayasa m.17/2, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.13/3, Hasta Hakları Yönetmeliği, m.12, TCK m.99/2).

³⁸¹ Hakeri, Genel Hükümler, s.354-356.

³⁸² *HL v Birleşik Krallık* davasında “başvurucu korumasız durumda ve mümeyyiz olmayan bir kişidir ve bir hastanede, ruh sağlığı mevzuatına göre zorla tutulan bir hasta olarak değil, ‘kendi iradesiyle yatan bir hasta olarak bulunmaktadır. Akıl sağlığının durumu nedeniyle itaatkar olan başvuru hastaneye yatırılışına ve psikiyatrik bir kurumda bulunuşuna rıza gösterecek ya da itiraz edecek durumda değildir. Ancak hiçbir zaman o kurumu terk etmeye de çalışmamıştır. Orada ‘kilit altında tutulup tutulmadığına ilişkin deliller net değildir fakat her hâlükârda 5. madde uygulanmıştır çünkü somut durumda, hastane personeli başvuru kişinin bakımı ve hareketleri üzerinde ‘tam ve etkili bir denetim’ uygulamıştır” (Harris/O'Boyle/Warbrick, s.127).

³⁸³ Hakeri, Tıp Hukuku, s.334-335.

ancak uzun süreli veya hastanede yatmayı gerektiren bir müdahale söz konusu ise veli veya vasiye haber verilmesi gerekmektedir³⁸⁴.

Hukukumuzda rıza ehliyeti bakımından kesin yaş sınırları belirlenmiş olmadığından, doktrinde genellikle, hastanın karar verme, kavrama ve anlama yeteneğinin esas alınması gerektiği savunulmaktadır. Öte yandan, bu konuda Yargıtay'ın 15 yaşından büyüklerin iradesine geçerlilik tanıyan görüşünün, tıbbi müdahaleler bakımından da göz önünde bulundurulabileceği belirtilmektedir³⁸⁵.

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesine ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesine göre, küçükler bakımından veli veya vasinin rızasının alınması gerekmektedir³⁸⁶. Velayet altındaki çocukları kural olarak ana ve baba birlikte temsil ettiklerinden, her ikisinin birlikte rıza göstermesi gerekir. Ancak, çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesinin tehlikeye düşmesi durumunda hâkim kararıyla bir kuruma yerleştirilebilmektedir (TMK m.346, 347).

743 sayılı TMK'dan farklı olarak, yeni TMK'nın 446. maddesinde, velayet altında bulunmayan küçüklerin koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanarak bir kuruma yerleştirilmesi düzenlenmiştir³⁸⁷. Kanun gereği vesayet altında bulunan küçükler bakımından ana-baba yetkilerine sahip olan vasinin (m.404, 445)

³⁸⁴ “ABD’de bazı eyaletlerde “yedi kuralı” (Rule of Sevens) kabul edilmektedir. Buna göre, bir çocuk 7 yaşından küçük ise rıza yeteneği kesin olarak yoktur. 7 ile 14 yaş arasındaysa, rıza yeteneğinin bulunmadığına ilişkin aksi ispatlanabilir karine vardır. 14 ile 18 yaş arasında ise rıza yeteneğinin bulunduğuna ilişkin aksi ispatlanabilir karine vardır” (Hakeri, Tıp Hukuku, s.338).

³⁸⁵ Hakeri, Tıp Hukuku, s.338; bkz. 2.3.3.1. İlginin Rızası

³⁸⁶ “Yasal temsilcinin rıza göstermesinin yasaklandığı haller de vardır. Örneğin Organ ve Doku Nakli Kanunu’na göre on sekiz yaşından küçükler organ veremeyeceklerinden (md.5), yasal temsilcinin de bu konuda rıza vermesi söz konusu olamaz” (Hakeri, Tıp Hukuku, s.346).

³⁸⁷ “*Nielsen v Danimarka* kararında, on iki yaşındaki bir erkek çocuğu, annesinin talebi üzerine, nevrotik durumunun tedavisi için bir devlet hastanesinin psikiyatri servisine yatırılmıştır. Çocuk, babası vasıtasıyla, bu tutulmanın 5. maddeye aykırı bir özgürlükten mahrum bırakma olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme bu davayı annenin velayet hakkının kullanılması çerçevesinde incelemiş ve tutmayı, çocuğun hareket özgürlüğünü kısıtlayan bir devlet tedbiri olarak görmemiştir. ... çünkü anne, oğlunun hastaneye yatırılışına onun sağlığını düşünerek rıza göstermiştir; oğlunu iddia edildiği gibi babasından uzak tutmaya çalışmamıştır. Mahkeme bu nedenle, başvurusunun hastaneye yatırılışının 5. madde kapsamına girmediğine, söz konusu tedbirin 'annenin velayet hakkının sorumluluk içinde çocuğun yararına kullanımı sonucu ortaya çıktığına' karar vermiştir” *Nielsen v Danimarka* 1988 (Harris/O'Boyle/Warbrick, s.129).

başvurusu üzerine, hâkim kararıyla ya da acil hallerde bizzat vasinin kararıyla küçüklerin koruma amacıyla bir kuruma yerleştirilmeleri mümkündür³⁸⁸.

Yasal temsilcinin tıbbi açıdan zorunlu olan bir tıbbi müdahaleye onay vermemesi durumu, velayet veya vesayet hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olduğundan, bu durumda hâkim kararına ihtiyaç vardır (TMK m. 346, 348, 461, 483). Acil hallerde veya hâkime ulaşmanın mümkün olmadığı hallerde, yasal temsilcinin iradesi, hekim için artık bağlayıcı değildir³⁸⁹.

Kişinin tıbbî müdahaleye ilişkin olarak açıkladığı rızasının hukuken bir değer taşıyabilmesi için, aydınlatılmış (bilgilendirilmiş) rıza bulunmalıdır. “Aydınlatılmış onam”, hastanın, uygulanacak olan teşhis ve tedavi yönteminin niteliği, etki ve sonuçları bakımından yeterince bilgilendirilmiş olmasını ifade eder³⁹⁰. Risklere ilişkin bir aydınlatma sonrasında tıbbi müdahaleye rıza gösteren hasta, kurallara uygun yapılan bir tıbbi müdahalede istenmeyen sonuçların meydana gelme riskini üstlendiğini ve bu çerçevede artık “kendi sorumluluğunun bilincinde olarak, tehlikeli bir fiili kabullenmiş bir kişi” olduğunu açıklamış olmaktadır³⁹¹.

Tıp hukukunda, hastanın rızası olmaksızın veya açıkça karşı çıkmasına rağmen, bir hekim tarafından teşhise veya tedaviye yönelik tedbirlerin, iyileştirme amacına yönelik olup olmadığına bakılmaksızın uygulanması istisnai olarak kabul edilmektedir. Kanunen “zorunlu tıbbi müdahalenin” hukuka uygun kabul edildiği hallerde hukuka uygunluğun dayanağını ilgilinin rızası değil, kanunla verilen bir görevin ifası oluşturmaktadır (TCK m.24).

³⁸⁸ Hasan Tahsin Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, 2. Bs., Seçkin, Ankara 2014, s.232-233; AİHM kararlarına göre “çocukların ebeveynlerinden alınarak devlet bakımına alınmasının 8(2) maddesi uyarınca haklı bir gerekçeye dayandırılması gereken, aile yaşamına saygı hakkına yönelik bir müdahale oluşturduğu, bugün yerleşik hale gelmiş bir görüştür. Mahkemeye göre çocuğun ebeveynlerinden alınması kararının çocuğun esenliği ile ilgili yerinde ve yeterli gerekçelerle desteklendiğinin ortaya koyulması gerekir. Bu durum, koruma altına alma kararının uygulamaya geçirilmesinden önce, koruma altına alınma ile ilgili önerilen tedbirin ebeveynler ve çocuk üzerindeki etkisinin dikkatli bir şekilde değerlendirilmesini gerektirir” (Harris/O’Boyle/Warbrick, s.423).

³⁸⁹ Hakeri, Tıp Hukuku, s.346-351.

³⁹⁰ Bkz. Barış Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Ankara 2003, s.99 vd.; Hakeri, Tıp Hukuku, s.98 vd.; Gökcan, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, s.172 vd.

³⁹¹ Hakeri, Tıp Hukuku, s.329.

2.3.3.3. Görevin İfası

TCK'nın 24. maddesinde “kanun hükmünün yerine getirilmesi” ve “hukuka uygun emrin yerine getirilmesi” hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. Her iki durumun dayanağını esasen kanunla verilen bir görevin ifası oluşturmaktadır³⁹². Burada “kanun” deyiminden her tür “yazılı hukuk kurallarını” anlamak gerekir. Görevi yerine getiren doğrudan doğruya hukuka (herhangi bir kanun, tüzük ya da yönetmelikle) tanınmış bir yetkiyi kullanmaktadır³⁹³.

Kişiye özgürlüğünden yoksun kılan bir fiil, örneğin yakalama, Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen usul ve koşullarda bir koruma tedbiri olarak icra edildiği takdirde, kanundan kaynaklanan bir yetki kullanılmaktadır³⁹⁴. Kanun hükmünü yerine getirme görevi çoğunlukla kamu görevlilerine ait olmasına rağmen, CMK'da kolluk görevlilerinin yanı sıra diğer kişilere de yakalama yetkisi verilmiştir³⁹⁵. CMK'nın 90/1. maddesine göre, “*kişiye suçu işlerken rastlanması ... suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması*” hâllerinde, herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir. Aynı maddenin 2 fıkrasına göre “*Kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde; Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler*”³⁹⁶. Bu koşullarda kanunun hükmünü yerine getiren kimsenin şüpheliyi yakalayarak özgürlüğünü kısıtlaması TCK'nın 109. maddesi bakımından tipe uygun olmakla birlikte, fiil hukuka aykırı olmadığı için suç oluşturmaz.

³⁹² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.275, 341; Muhammed Demirel, **Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, İstanbul Arşivi, On İki Levha, İstanbul 2014, 2014, s.10; Alman Ceza Kanunu (§ 63) ve İtalyan Ceza Kanunu (m.51) açısından da hukuka uygun bir emrin ifası, gerek emri veren gerekse emri yerine getiren açısından hukuka uygunluk nedeni niteliği taşımaktadır. Bkz. Selman Dursun, Türk Ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, **GÜHFD**, C.XVIII, Y.2014, S.2, s.203-224; Hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı bir emir söz konusu olduğunda, emri yerine getirenin sorumlu tutulmaması ise kusurluluğunun etkilenmesinden kaynaklanmaktadır. Bkz. 3.1.2.1. Hukuka Aykırı ve Fakat Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesi

³⁹³ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 228-235.

³⁹⁴ Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.322-323.

³⁹⁵ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.275-276.

³⁹⁶ Bkz. Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Bs., Seçkin, Ankara 2015, s.303.

Kolluk görevlileri, hakkında yakalama veya tutuklama kararı verilmiş ya da hapis cezasına mahkûm edilmiş olan bir kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla kişi özgürlüğünü kısıtlayabileceği gibi, ceza muhakemesi sürecinde şüphelinin, sanığın ve hatta usulüne uygun olarak çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanığın mahkemece zorla getirilmesine karar verilmesi ya da Cumhuriyet savcısı tarafından zorla getirilmesinin emredilmesi halinde (CMK m. 43, 44, 90, 146, 176) bu kişileri zorla getirme yetkisine sahiptir.

AIHS'nin 5/1 maddesine göre özgürlükten yoksun bırakmanın “hukuka uygunluğu” için, iç hukukun uygulaması Sözleşmeye uygun olmalı; özgürlüğün sınırlanması 5. maddesinin (a)-(f) bentleri arasında sayılan sebeplerden birine dayanmalıdır³⁹⁷. AIHM, özgürlüğü kısıtlamanın hukuka uygunluğunun değerlendirilmesinde olayın gerçekleştiği sırada yürürlükte olan iç hukuku göz önüne alır ve söz konusu hükmü olayın koşullarına göre inceler³⁹⁸.

Sözleşmenin 5/1-(a) maddesine göre, özgürlükten yoksun bırakmanın nedeni, mahkeme kararı ile verilen bir cezanın infazının sağlanması olmalıdır³⁹⁹. Başlangıçta hukuka uygun olan tutmanın daha sonra “keyfi” hale gelmesi 5. maddenin ihlalini oluşturur⁴⁰⁰. 5/1- (b) maddesinde ise bir mahkeme kararına ya da yasanın öngördüğü bir yükümlülüğe uymama nedeniyle yoksun bırakmanın hukuka uygunluğu belirtilmiştir. Bu maddenin ilk bölümü, kişinin mahkemece hükmedilen adli para cezasını ödememesi, nafaka kararına uymaması gibi durumları kapsar. Maddenin ikinci cümlesi polise alkol testi, yolu kapatma, çevirme ve arama gibi geçici tutma tedbirlerine başvurma yetkisi vermektedir. Bu yetkiler 5/1-(c) maddesi

³⁹⁷ Harris/O'Boyle/Warbrick, s.135.

³⁹⁸ Harris/O'Boyle/Warbrick, s.152.

³⁹⁹ AIHS bakımından özerk bir anlam taşıyan “mahkûmiyet” kavramı işlendiği kanıtlanan bir suç nedeniyle suçluluğun belirlenmesini ifade eder. Bu nedenle temyiz aşamasındaki tutmanın meşruluğu 5/1-a maddesi kapsamında incelenir. Mahkûmiyet kararının gerekçesi açıklanmamış olsa dahi kişi bu karara dayanılarak hapsedilebilir. Sözleşmenin 5/1-a maddesi ayrıca bir mahkûmiyet kararı sonucu cezasını çekmek için cezaevine değil, tedavisi için bir akıl ve ruh sağlığı kurumuna yerleştirilmesine karar verilen kişilerin durumunda da uygulama alanı bulur. Bu durumda 5/1-a ve 5/1-e bentlerinin uygulama alanı çakışır. Bir sanığın beraat etmesi ve ardından bir akıl ve ruh sağlığı kurumunda tutulması halinde ise 5/1-e tek başına uygulanır. Bkz. Harris/O'Boyle/Warbrick, s.140-141; “Sonuç olarak ceza hükmü kişinin hürriyetinin sınırlanmasının hukuka uygunluk nedenini oluşturur” (Heinrich, I, kn.509).

⁴⁰⁰ Harris/O'Boyle/Warbrick, s.139-143.

kapsamına girmeyen ceza hukuku yükümlülüklerinin yerine getirilmesi için kullanılır⁴⁰¹.

Sözleşmenin 5/1-c maddesinde “*kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması*” düzenlenmiş, ancak bu madde henüz hangi tip suçların yakalamaya izin vereceğinin ya da hangi durumlarda özel bir kişiye yakalama yetkisi tanınabileceğinin belirlenmesinde kullanılmamıştır. Buna karşılık yakalama emrine dayanmayan bir yakalamaya en azından bazı durumlarda izin verilebileceği kabul edilmiştir. Yine ‘keyfi’ bir uygulama yapıldığına dair belirtiler yoksa, bir şüpheli hukuka uygun olarak tutulurken, diğer kişilerin tutulmaması kendiliğinden Sözleşmenin 5/1-c maddesini ihlal etmez⁴⁰².

AİHS’nin 5. maddesinde sıkça kullanılan *yakalama* ve *alıkoyma* terimleri Sözleşmede, temelde kişiyi özgürlüğünden yoksun kılmaya yönelik her tür tedbir olarak değerlendirilmektedir⁴⁰³. Yine hapsin özellikleri ve bundan etkilenen kişinin durumu gibi unsurlar, fiilin özgürlükten yoksunluk özelliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Örneğin, kolluk görevlisinin zor kullanarak ya da kullanmayarak bir kişinin hukuka aykırı olarak bulunduğu yerden ayrılmasını engellemesi, yolda durdurması veya başka bir yere gitmeye zorlaması, kendi özgür iradesiyle karakola gelen kişiyi karakolda ya da hapisanede zorla alıkoyması hallerinde kişi özgürlüğünün kısıtlanması söz konusu olacaktır. Özgürlükten yoksunluk kapalı bir yere hapsedilerek gerçekleştirilebileceği gibi, kişinin kapalı ya da açık bir alandan ayrılmasının engellenmesi biçiminde de olabilir⁴⁰⁴.

Tıp hukukunda, hastanın rızası olmaksızın veya açıkça karşı çıkmasına rağmen, bir hekim tarafından teşhise veya tedaviye yönelik tedbirlerin, iyileştirme amacına yönelik olup olmadığına bakılmaksızın uygulanmasının istisnai olarak

⁴⁰¹ Harris/O’Boyle/Warbrick, s.143-146..

⁴⁰² Harris/O’Boyle/Warbrick, s.153.

⁴⁰³ Monica Macovei, **Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Birinci Baskı, Council of Europe, 2002, s.30.

⁴⁰⁴ Bkz. Macovei, s.31-32.

kabul edildiğini belirtmiştik⁴⁰⁵. Kanunen “zorunlu tıbbi müdahalenin” hukuka uygun kılındığı bu haller, genel olarak “ceza hukukunun öngörmüş olduğu düzenlemeler” ile “kamu sağlığının korunmasına ilişkin düzenlemeler”den oluşmaktadır. Bu durumda hukuka uygunluğun dayanağını ilgilinin rızası değil, kanunla verilen bir görevin ifası oluşturmaktadır (TCK m.24).

Türk Ceza Kanunu’nda yaptırım olarak zorunlu tıbbi müdahalelere yer verilmektedir. TCK’nın 32/1, 32/2 ve 57/1. maddelerine göre, suç işleyen akıl hastaları yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar. Yine TCK’nın 57/7. maddesine göre, suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir (m.191/2)⁴⁰⁶. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hâkim kararıyla serbest bırakılabilir. TCK’nın 195. maddesine göre, bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uyulmaması suç olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle kişi özgürlüğünün kısıtlanması, kamu sağlığının korunmasına ilişkin bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadır. Ayrıca TCK’nın 227/8. maddesinde ise suçun mağduru olan “fuhşa sürüklenen kişinin, tedaviye veya psikolojik terapiye tabi tutulması” öngörülmüş ve bu bakımdan ilgilinin rızası aranmamıştır.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 74/1. maddesine göre, şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığının, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunun ve bunun kişinin davranışları üzerindeki etkilerinin belirlenmesi amacıyla, hâkim, uzman hekimin önerisi üzerine kişinin gözlem altına alınmasına ve özgürlükten yoksunluğuna karar verebilir. Yine CMK’nın 76. maddesine göre, mağdurun

⁴⁰⁵ Bkz. 2.3.3.2.2. Tıbbi Müdahaleler

⁴⁰⁶ “... sanığın alkol bağımlısı olduğuna ilişkin dosya içerisinde herhangi bir doktor raporu bulunmamasına rağmen hakkında alkol bağımlılığından kurtulması için 5237 sayılı Kanunun 57/7. maddesi gereğince tedavi altına alınmasına karar verilmesi” (Yargıtay 14. CD. 13.09.2017, 2014/10870 - 2017/3873).

rızasının bulunmaması halinde “bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesi” amacıyla hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı, kişinin özgürlükten yoksunluğuna karar verebilir. Ceza yargılamasından kaynaklanan bu tür tıbbi müdahalelerin yapılabilmesi için de kişinin rızası aranmamaktadır.

Kamu sağlığının korunmasına ilişkin müdahalelere rıza olmasa dahi olanak veren hükümlerin bulunduğu 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’na göre, örneğin bulaşıcı ve salgın hastalığı olanlar (m.72), zührevi hastalığı olanlar (m.107), verem hastaları (m.119) tecrit edilip tedavi altına alınabilirler. Yurt dışından gelen yolcular da tedavi amacıyla zorla tecrit edilebilirler. Vücut bütünlüğüne ve kişi özgürlüğüne yönelik tüzüklerde yer verilmiş olan bu tür düzenlemelerin (örneğin 1961 tarihli Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü m.44, 45) kanunla yapılmamış olması Anayasa’ya aykırı bulunarak eleştirilmektedir⁴⁰⁷.

Türk Medeni Kanunu’na göre, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle “toplum için tehlike oluşturan” ergin kişi, hâkim (vesayet makamı) kararıyla özgürlüğünden yoksun bırakılarak zorla tedavi altına alınabilir⁴⁰⁸. Koruma amacıyla kuruma yerleştirilerek alıkonulan kişi veya yakınları, özgürlüğü kısıtlayan karara itiraz edebilirler. Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalığı olanlar hakkında, ancak resmî sağlık kurulu raporu alındıktan sonra karar verilebilir⁴⁰⁹. Özgürlüğün kısıtlanmasını gerektiren sebeplerin kalkması halinde

⁴⁰⁷ Hakeri, Tıp Hukuku, s.354-361.

⁴⁰⁸ 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu’nun 13/F maddesine göre, polis, “bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla ve bu kanunun uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri yakalar ve gerekli yasal işlemleri yapar”.

⁴⁰⁹ *Ashingdane v Birleşik Krallık* davasında, zorla akıl hastanesinde tutulan bir kişi, zorla alıkonulduğunun belli olmaması için kapıları kilitli olmayan bir koğuşta tutulmakta ve yanında kimse olmadan gündüzleri ve hafta sonları hastane dışına çıkmasına izin verilmektedir. Ancak AİHM, kişinin hapsedildiği mekânda bir miktar hareket özgürlüğüne sahip olmasını da 5. madde hükümlerinin ihlali olarak değerlendirmektedir. Macovei, s.31-32.

kişi kurumdan çıkarılır (TMK m.432 - 437, 2003 tarihli Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m.14)⁴¹⁰. Alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı nedeniyle koruma kararı verilebilmesi için, bağımlılık nedeniyle girilen ağır krizler, ağır kişilik değişiklikleri, uyuşturucu elde etmek için kanun dışı yollara başvurma gibi önemli derecede kişisel zayıflıklar belirlenmiş olmalıdır⁴¹¹.

Koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanması bakımından “toplum için tehlike oluşturma” ve “kişinin korunmasının başka şekilde sağlanamaması” koşulları önem taşımaktadır. Toplum için tehlike oluşturma ifadesi, kişinin gerek ailesi ve gerekse diğer insanların hayat, vücut bütünlüğü veya mal varlığına yönelik zarar verme tehlikesini içermektedir. Ayrıca doktrinde, toplum için tehlike halinde özgürlüğü kısıtlama yetkisinin, evleviyetle, kişinin kendisi için tehlike halini de kapsaması gerektiği savunulmaktadır. İkinci koşul açısından, özgürlüğü kısıtlamayan başka bir yöntemle toplumsal tehlikeliliğin önlenmesi ve kişisel korunmanın sağlanabilmesi durumunda da TMK’nın 432 - 437 maddeleri uygulanamayacaktır. Öte yandan, hastanın tehlikeliliğinin önlenmesi için ailesi tarafından boş bir odada ya da ahırda kilit altında tutularak tecrit edilmesi gibi insan onuruyla bağdaşmayan ve tedavi koşullarından uzak yöntemlerin uygulanması, kişinin kuruma yerleştirilmesini gerektirecektir⁴¹². Bu durumda, insan onuruyla bağdaşmayacak biçimde zgrlğkten yoksun bırakma fiili, kişiye özgürlüğünden yoksun kılma suçundan sorumluluğu; kişinin korunması amacıyla özgürlüğünün kısıtlanması ise TCK’nın 109. maddesi açısından hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesini gerektirmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5/1-e. maddesinde, kişi özgürlüğünün istisnaları arasında, bulaşıcı hastalık tařıyanların⁴¹³, akıl hastalarının⁴¹⁴, alkolikler

⁴¹⁰ Hakeri, Tıp Hukuku, s.362-363; Gökcan, Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk, s.222-226.

⁴¹¹ Gökcan, Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk, s.226.

⁴¹² Gökcan, Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk, s.228.

⁴¹³ AİHM *Enhorn v İsviçre* davasında “bulaşıcı hastalıklar” nedeniyle zgrlğkten yoksun bırakmanın 5/1-e maddesine göre hukuka uygunluğunun belirlenmesinde iki kriteri değerlendirmiştir. İlki “bulaşıcı hastalığın yayılmasının kamu sağlığı veya güvenliği için tehlikeli olup olmadığı”, ikincisi ise “daha hafif tedbirlerin kamu yararının korunması bakımından yetersiz görülerek hastalığın yayılmasının önlenmesi için bulaşıcı hastalık taşıyan kişinin tutulmasının başvurulan son çare olup olmadığı”dır. Bkz. Harris/O’Boyle/Warbrick, s.155-156.

ve uyuşturucu bağımlısı olanların⁴¹⁵ veya serserilerin⁴¹⁶ hukuka uygun olarak tutulmasına yer verilmiştir⁴¹⁷. AİHM'nin serserilerle ilgili 18.6.1971 tarihli *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika* kararı ve akıl hastalarıyla ilgili 24.10.1979 tarihli *Winterwerp/Hollanda* kararı göz önünde tutulduğunda, TMK'nın 432-437. maddelerindeki düzenlemeler AİHS ile uyumlu bulunmaktadır⁴¹⁸. Öte yandan, *Winterwerp/Hollanda* kararında acil hallerde henüz bir tıbbi rapor olmaksızın da özgürlüğün kısıtlanmasına olanak tanınmıştır. Hukukumuzda, acil hallerde yasal temsilcinin talebi üzerine kolluğa hastayı tıbbi rapor almak üzere bir hekime götürme yetkisinin tanınmamış olması bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir⁴¹⁹.

Kamu sağlığının korunmasına ilişkin düzenlemelere Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da da yer verilmiştir. Kanunun 82. maddesi,

⁴¹⁴ Tıp dünyasının “akıl hastalığı” anlayışı hala gelişmekte ve değişmekte olduğundan bu terimle ilgili olarak nihai bir yorum yapılamaz. Öte yandan AİHM'nin içtihadı (*Winterwerp v Hollanda* ve yine *Van Der Leer v Hollanda*) keyfiliğin önlenmesi için üç asgari koşulun sağlanmış olması aranmaktadır: (a) acil koşullar dışında, kişinin akıl hastası olduğunun özgürlükten yoksun kılma öncesinde ‘nesnel tıbbi raporlar’ ile ‘güvenilir bir biçimde’ belirlenmiş olması gerekir; (b) Kişinin akıl hastalığının türü ve derecesi zorla tutmayı gerektirecek nitelikte olmalıdır ve (c) akıl hastalığı, özgürlükten yoksunluk süresi boyunca varolmaya devam etmelidir.

⁴¹⁵ *Witold Litwa v Polonya* kararında bir kişinin 5/1-e maddesi anlamında “alkolik” olduğunun kabul edilmesi için klinik bir vakanın varlığı gerekmez. Potansiyel olarak “alkolün etkisi altındayken davranışları kamu düzeni ya da kendisi için tehlike oluşturan kişiler” kamu yararı ya da kendi menfaatleri (sağlık ve kişisel güvenlikleri) için gözlem altına alınabilirler.

⁴¹⁶ AİHM, serseri (vagrant) kavramını *De Wilde, Ooms ve Versyp v Belçika* davalarında “sabit bir ikametgâhı bulunmayan, geçim kaynağı ve düzenli bir işi olmayan kişi” olarak tanımlamıştır. AİHM *Guzzardi v İtalya* davasında, davalı hükümetin mafya üyeliğinden şüphelenilen kişilerin gelirlerinin olmaması nedeniyle serseri kabul edilmesi gerektiği iddiasını reddetmiştir. Bkz. *Harris/O'Boyle/Warbrick*, s.156.

⁴¹⁷ AİHM *HM v İsviçre* davasında kötü yaşam koşulları ve kötüye giden sağlık itibarıyla ihmal edilmiş, beslenme ve temizlik gibi yaşamsal ihtiyaçlarını tek başına yerine getiremeyen, emekli bir kişinin rızası olmaksızın bir bakımevine koyulması olayında başvurucunun gerçek bir itirazda bulunmadığını, güvenli bir koğuşa konulmadığını, hareket özgürlüğü olduğunu ve dış dünya ile iletişim kurabildiğini belirterek, olayın koşulları bir bütün olarak ele alındığında, yerel makamların, başvurucunun tutulmasına onun çıkarları doğrultusunda karar verdiğini ve başvurucuya gerekli tıbbi bakımı, tatmin edici yaşam koşullarını, hijyen standartlarını sağlama amacını güttüğünü söylemiştir. Sözleşmenin 5. maddesinin neden uygulanmaması gerektiğine ilişkin gerekçesi net olmayan AİHM olayda özgürlükten mahrum bırakma olmadığına, “yetkili makamlar tarafından başvurucunun menfaatine tedbirler alındığına hükmetmiştir. Doktrinde eleştirilen HM kararında, muhalif görüşlerde “5. madde bakımından bir eylemin söz konusu kişinin menfaatini korumaya yönelik olmasına dayanan bir yaklaşımın tehlikelerine, özellikle bunun devlet ya da entrikacı akrabalar tarafından kötüye kullanılma riskine dikkat çekilmiş, ayrıca hukuk sistemlerinin ve hastane yapılarının kötüye kullanılmasının engellenmesi için, psikiyatrik sevklerde sürekli ihtiyat gösterilmesi gerektiği vurgulanmıştır. *Harris/O'Boyle/Warbrick*, s.130.

⁴¹⁸ Tezcan ve diğerleri, *İnsan Hakları*, s.231 vd.

⁴¹⁹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s.364 vd.

beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerin ya da sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlü ve tutukluların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı halinde -hastaneye kaldırılarak- zorla tıbbi müdahaleyi öngörmektedir⁴²⁰. Bu konuda birçok uluslararası belgede, sağlık personelinin tıbbi etik ve vicdanlarına aykırı davranmaya zorlanamayacakları belirtilmektedir⁴²¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen birçok olayda, açlık grevi durumunda zorla tıbbi müdahale yapılması konusunda bir ihlal kararı vermemiştir⁴²².

TCK'nın 24. maddesine göre, hukuken tanınmış bir yetkiye dayanarak görevini ifa eden -kanun hükmünü ya da hukuka uygun emri yerine getiren- kimsenin icrai hareketle gerçekleştirdiği özgürlükten yoksun kılma fiili TCK'nın 109. maddesi bakımından tipe uygun olmakla birlikte, fiil hukuka uygunluk sebebine dayandığı için suç oluşturmamaktadır⁴²³.

Kanımızca, tipe uygun -hapsetme, yakalama, tutuklama ya da sağlık kurumunda tutma gibi- fiillerin gerek keyfi olarak hukuka aykırı biçimde uygulanması, gerekse hukuka uygunluk sebebinin sonradan ortadan kalkması (örneğin duruşmaya zorla getirilmesine karar verilen tanığın ya da mahkûmiyet süresine göre salıverilmesi gereken hükümlünün veya sağlık kurumunda tutulma zorunluluğu ortadan kalkan akıl hastasının serbest bırakılmaması) hallerinde hareketin niteliği açısından fark yoktur. Her iki durumda tipe uygun fiil -tutma-

⁴²⁰ Hakeri, Tıp Hukuku, s.354.

⁴²¹ 1975 tarihli Dünya Tabipler Birliği Tokyo Bildirgesi ile tarihli Dünya Tabipler Birliği Malta Bildirgesi'nin ilgili hükümleri için bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s.373-374; Alman doktrininde, sorumluluğunun tam bilincinde olan ve özgür iradesiyle karar veren hükümlüye karşı zorla besleme, zorla muayene etme ve zorla tedavi etme hakkının bulunmadığı, belirtilmektedir. Ancak hükümlünün tercihinin özgür iradesine dayandığı yönünde tereddütlerin bulunması halinde, hayatın korunması ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ilişkisi tersine döner ve yaşam hakkı, kendi geleceğini belirleme hakkının önüne geçer. Çünkü cezaevlerinde grup baskısı altında bulunan hükümlülerin iradesinin özgürce belirmediği, bu sebeple zorla müdahalenin kaçınılmaz olduğu açıklanmaktadır. Bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s.374-378.

⁴²² AİHM, *Herczegfalvy v Avusturya* kararında, açlık grevinde olan tehlikeli ve aklen dengesiz bir hastaya yerleşik tıp prensiplerine uygun olarak zorla yemek ve ilaç verilmesinin 3. maddenin ihlalini oluşturmadığına karar vermiştir. Bkz. Harris/O'Boyle/Warbrick, s.101.

⁴²³ "Dolayısıyla ceza hukukunda hukuka uygunluk nedeni olarak emrin ifası, her zaman için bu anlamda "konusu suç teşkil eden" ve fakat hukuka uygunluk etkisi sebebiyle "ifası suç teşkil etmeyen" emirlere ilişkindir" (Dursun, Emrin İfasının Hukuki Niteliği, s.235).; Ayrıca bkz. Demirel, Amirin Emri, s.109 vd.

süreklilik gösteren icrai hareketle gerçekleştirilmektedir⁴²⁴; fiilin başladığı andan itibaren ya da sonradan hukuka aykırılık unsuru taşıması, suçu oluşturan tipik hareketin icrai ya da ihmali olarak farklı nitelendirilmesine yol açmamalıdır.

2.3.3.4. Meşru Savunma

Meşru savunma (meşru müdafaa), TCK'nın 25. maddesinde, “*gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*” şeklinde ifade edilmektedir⁴²⁵.

TCK'nın 25. maddesinin gerekçesinde, meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği belirtilmekte; olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, CMK'nın 223/2. maddesinde, beraat kararının verilebileceği haller arasında gösterilmektedir⁴²⁶. Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması ise CMK'nın 223/3. maddesinde, kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilebileceği haller arasında yer almaktadır⁴²⁷.

Kişinin gerek kendisine gerekse başkasına ait bir hakka yönelmiş haksız bir saldırıdan kurtulmak için saldırganın özgürlüğünü sınırlaması halinde, fiil meşru müdafaa kapsamında değerlendirilir ve TCK'nın 109. maddesindeki suç oluşmaz⁴²⁸. Meşru savunma halinde, 765 sayılı TCK'nın 179. maddesinin uygulaması açısından da fark bulunmamaktaydı⁴²⁹.

⁴²⁴ Bkz. Dönmezer/Erman I, kn.521; Bkz. 2.1.1.3.4. Mütemadi Suç Olması; krş. Önder, Genel Hükümler II, s.209; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.3727; Özgenç, Genel Hükümler, s.360, dn.505.

⁴²⁵ Meşru savunmanın koşulları için bkz. Ersan, Aykut, **Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması**, On İki Levha, İstanbul 2013, s.3-53.

⁴²⁶ Meşru savunmanın bir hukuka uygunluk sebebi ya da mazeret sebebi olduğunu kabul eden görüşler için bkz. Özen, Muharrem, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma**, Seçkin, Ankara 1995, s.19, 49; “Şiddet, şiddeti meşru kılar, ‘vimvi repeller Licet’ ” (Pisapia, s.144).

⁴²⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s.359.

⁴²⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.369.

⁴²⁹ Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü, s.61; Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.61; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.50.

Meşru savunmadan söz edebilmek için, öncelikle bir saldırının varlığı gereklidir. 765 sayılı TCK'nın 49/2. maddesinde, meşru savunma, kişilik haklarına yönelik (*nefsine veya ırzına vukubulan*) saldırılar açısından kabul edilmiş; malvarlığına yönelik saldırılar açısından ise kabul edilmemişti. Yeni TCK'nın 25. maddesinde ise, bir ayırım yapılmaksızın “herhangi bir hakka yönelik” saldırı karşısındaki savunma fiilleri, meşru savunma halinde işlenmiş fiiller olarak kabul edilmektedir⁴³⁰. Ayrıca, meşru savunma için saldırının filhal (halen mevcut) olması gerekir. Saldırı bittikten sonra meşru savunma olmaz⁴³¹. Buna göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun failine karşı, suçun icrası devam ettiği sürece, yani mütemadi suçun bitmesine kadar meşru savunmada bulunmak mümkündür⁴³². Saldırıya uğrayanın suçun bitmesinden sonraki tepkisi ise hukuka uygunluğun sınırları dışında kalır, koşulları varsa haksız tahrik hükümleri uygulanır⁴³³.

Öte yandan, meşru savunmadan söz edebilmek için savunma hareketinin zorunlu olması, yani saldırıyı başka türlü defetme imkanının bulunmaması gerekir. Savunma amacına yönelik olarak gerçekleştirilen fiil saldırıyı etkisiz kılacak ölçü ve oranda (saldırıyı derhal sona erdirecek nitelikte) olmalıdır⁴³⁴. Bu çerçevede gerçekleştirilen özgürlükten yoksun bırakma fiili, saldırıya uğrayanın güvenliği sağlanıncaya kadar meşru savunma kapsamında değerlendirilir⁴³⁵. Buna karşılık

⁴³⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s.362-363.

⁴³¹ Özgenç, Genel Hükümler, s.359 vd; Sözüer, Ceza Hukuku Uygulama, s.29; “Saldırıdan sonra yapılan eylemlerde, koşulları var ise, ancak haksız tahrik hükümlerinin uygulanması düşünülebilir” (İçel, Ceza Hukuku, s.318).

⁴³² Önder, Genel Hükümler, s.83; “Mütemadi suç her an işlenmekte bulunan bir suç olması dolayısıyla, bittiği zamana kadar mağdurun meşru müdafaa hakkı mevcuttur; zira meşru müdafaa aranması gereken tecavüzün «filhal» olma vasfı mütemadi suçun devam ettiği zaman içinde mevcuttur” (Önder, Mütemadi Suç, s.115); “Örneğin özgürlüğü kısıtlanan mağdur, özgürlüğüne kavuşmak için bulunduğu (faile ait olan) yerin kapısını kırarak kaçacak olursa, meşru savunmadan yararlanır” (Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.128).

⁴³³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.430.

⁴³⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s.363, dn.512.

⁴³⁵ Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.61; Bazı yazarlara göre “güvenliğinin sağlanmasından sonra saldırıya uğrayan hürriyetten yoksun kılma fiiline tek başına veya zabitanın yardımıyla son vermelidir. Aksi takdirde ihmali fiille 109 uncu maddeden sorumlu olur”. Bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.369. Kanımızca, başlangıçta icrai hareketle gerçekleştirilmiş olan tipe uygun fiil (hareket) süreklilik (temadi) göstermektedir. Sınırın aşılması suretiyle fiilin hukuka aykırılık unsuru taşıması, suçu oluşturan tipik icrai hareketin farklı biçimde nitelendirilmesine yol açmamalıdır. Bkz. 2.1.1.3.4. Mütemadi Suç

özgürlüğü sınırlama fiilinin saldırıdan kurtulmak için gerekli olan ölçüyü ve oranı aşması durumunda meşru savunmada sınırın aşılması (TCK m. 27/2) ve haksız tahrik değerlendirilmelidir⁴³⁶. Failin yalnızca maruz kaldığı saldırının etkisiyle, “mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaşa kapılarak” meşru savunmanın sınırlarını aşması durumunda, bir hukuka uygunluk sebebi değil, artık TCK’nın 27/2. maddesi kapsamında kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal söz konusu olur ve faile ceza verilmez⁴³⁷.

2.4. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

2.4.1. Genel Olarak

Suçun nitelikli halleri⁴³⁸ her ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önünde tutularak saptanacak suç politikasına göre belirlenmektedir⁴³⁹. Fiilin süresi, işleniş tarzı, fiilin işlendiği yer veya zaman, failin ya da mağdurun özelliği, fail ile mağdur arasındaki ilişki, suçun konusu, fiilin işlenişiyle güdülen amaç veya saik açısından belirlenebilen bu unsurlar, çeşitli ülkelerde benzerlik ya da farklılık göstermektedir.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunda “fiilin belli bir süreden daha kısa veya uzun bir süre devam etmesi” birçok ülke kanununda suçun cezasının indirilmesini ya da artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir⁴⁴⁰.

⁴³⁶ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.450; Tezcan/Erdem/Önok, s.523 vd.

⁴³⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s.447-449.

⁴³⁸ “5237 sayılı Kanunda, suçun temel şekline göre cezanın artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren nedenler nitelikli hal olarak düzenlenmiştir” (CGK 4.12.2012 tarihli ve 2012/6-1247, 2012/1842); Suçun nitelikli halinde, temel bir suç tipindeki unsurların ve buna ek olarak başkaca cezayı arttıran suç unsurlarının bir araya gelmesinden oluşan bağımsız olmayan bir suç söz konusu olmaktadır. Bkz. Heinrich, I, kn.177-179.

⁴³⁹ “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun temel ilkeleri ile Anayasa’nın konuya ilişkin kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında o suçun toplumda yarattığı etkinin, suçtan zarar görenin kişiliğinin ve ona verilen zararın azlığı veya çokluğunun da dikkate alınması gerekir” (Ay.M.’nin 12.11.2015 tarih ve 2015/26-100 sayılı kararı).

⁴⁴⁰ Arjantin CK. 142/5, 1948 Romanya CK. 493/2, 1974 Avusturya CK. 99/2 maddeleri fiilin süresinin bir aydan, Polonya CK. 165/2 ve Brezilya CK. 148/1 maddeleri fiilin süresinin iki

Örneğin, Alman CK.'nın 239/3-1 maddesi mağdurun bir haftadan uzun süre, 1997 Polonya CK.'nın 189/2 maddesi mağdurun yedi günden uzun süre özgürlüğünden yoksun bırakılmış olmasını cezayı artıran neden olarak öngörmektedir. 1994 Fransız CK.'da suçun temel şeklinin yaptırımı yirmi yıl ağır hapis cezası olarak belirlenmiş (m.224-1), mağdurun yaralanmasına veya kalıcı bir sakatlığına yol açmamış olması koşuluyla (m.224-2) kişinin özgürlüğü kısıtlandığı andan itibaren geçecek yedinci günün dolmasından önce iradi olarak serbest bırakılması durumunda on yıl ceza ile cezalandırılması (m.224-1) öngörülmüştür. İspanyol CK.'nın 163 maddesinde ise suçun temel şeklinin cezası (dört ila altı yıl olarak) belirlendikten sonra, amaçlanan hedefe ulaşmaksızın alıkonulan kişinin ilk üç gün içinde serbest bırakılması durumunda alt sınırdan ceza verilmesi, mağdurun on beş günden fazla alıkonulması durumunda beş yıldan sekiz yıla kadar yaptırım uygulanması, ancak bir kişinin derhal yetkililere teslim etmek amacıyla, yasaya aykırı olarak, tutuklanması durumunda üç aydan altı aya kadar para cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür⁴⁴¹.

765 ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunlarında, İtalyan (1889 İCK. m.146, 1930 İCK. m.605) ve Hollanda (m.282) kanunlarında olduğu gibi kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma fiilinin süresinin uzunluğuna, suçun nitelikli unsurları arasında yer verilmemiştir⁴⁴². Hukukumuzda özgürlüğü sınırlama süresinin kısa ya da uzun oluşunun göz önünde tutulmamış olması eleştirilmiştir⁴⁴³. Karşılaştırmalı hukuktaki

haftadan, San Salvador ve Honduras Kanunları fiilin süresinin yirmi günden, Meksika CK. fiilin süresinin bir haftadan, 1968 Bulgar CK.142/3 fiilin süresinin iki günden fazla olmasını, Danimarka CK. 261 ve Yunan CK. 325 maddeleri, açıkça bir süre belirtmeksizin, fiilin “uzun süre” devam etmesini suçun cezasını ağırlaştıran nitelikli unsurları olarak öngörmüşlerdir. Bazı ülke (Portekiz, Belçika, Macaristan) kanunlarında ise kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun cezası, kanunda öngörülmüş olan değişken süreler bakımından değişecek biçimde belirlenmiştir. Örneğin, 1994 değişikliğinden önce Fransız CK. 341 maddesi, fiilin süresinin beş günden az, beş gün ile bir ay arasında ya da bir aydan fazla olmasına göre farklı yaptırımlar öngörmüştür. Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.370.

⁴⁴¹ (Çevrimiçi) <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes> (Erişim: 20.01.2019).

⁴⁴² 1889 İtalyan CK. müzakereleri sırasında, özgürlükten yoksunluk süresinin kısa olması halinde cezanın hafifletilmesine ya da sürenin uzun olması halinde cezanın artırılmasına yönelik öneriler kabul edilmemiştir. Bu suçta fiilin süresinden çok, suçun işleniş şekline bakılması gerektiği belirtilerek, fiilin nitelik ve özelliklerine göre cezanın belirlenmesinin hâkimin takdirine bırakılması daha uygun görülmüştür. Bkz. Majno, C.2, kn.788; Önder, Özel Hükümler, s.37; krş. Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.59, dn.140.

⁴⁴³ Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü, s.58; Dursun.İ., s.65 vd.; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.59.

düzenlemelerden esinlenerek 2000 TCKT’da (m.159/1) ve 2003 TCKT’da (m.161/1) özgürlükten yoksun kalınan sürenin bir haftayı aşması durumunda cezanın üçte bir oranında artırılması önerilmiş; ancak kanunlaşmamıştır. Bize göre de, özgürlükten yoksunluk süresinin uzunluğu, mağduriyetin artmasına etkili olması nedeniyle buna bağlı olarak cezanın artırılmasına yönelik yasal düzenleme yapılması daha uygun olacaktır. Kanunda bu konuda objektif bir ölçüt getirilmemiş olması karşısında, hâkim, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma fiilinin süresinin uzunluğunu, fiilin haksızlık içeriği açısından cezanın belirlenmesinde dikkate alabilir (TCK’nın m.61).

765 sayılı TCK’nın 179/2-3. ve 180/1. maddelerinde suçun nitelikli unsurları, kaynak 1889 İtalyan Ceza Kanunundan aynen alınarak düzenlenmiş ve 7.6.1979 gün ve 2245 sayılı kanunla ek düzenlemelere yer verilmişti⁴⁴⁴. Fiilin tehdit, kötü muamele veya hile ile işlenmesi, silâhla veya birden çok kişi tarafından birlikte işlenmesi, öç alma kastıyla, dini veya milli bir maksatla, 499. maddedeki haller dışında maddi çıkar sağlama kastıyla, siyasi, ideolojik veya sosyal görüş ayrılıklarından kaynaklanan herhangi bir amaçla işlenmesi, mağduru askerlikte kullanılmak üzere yabancı bir ülkeye teslim ederek işlenmesi, usul ve fûru veya karı koca arasında, TBMM üyelerine karşı veya vazifesinden dolayı bir memura karşı işlenmesi, fiil nedeniyle mağdurun şahsına veya sıhhatine ya da malına zarar gelmesi nitelikli unsurlar olarak belirtilmişti. Suçun memur tarafından işlenmesi (m.181), çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (m.182/2), cinsel amacı da içeren kaçırma suçları (m.429- 433) ise bağımsız suçlar olarak düzenlenmekteydi.

765 sayılı TCK’da kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun cezasını artıran nedenlerin kazuistik bir sistem içinde düzenlendiği değerlendirilmiştir. Bunlardan bir kısmı kaynak kanunda olmadığı halde, örneğin “suçun, siyasi, ideolojik veya sosyal sebeplerle gerçekleştirilmesi” unsurları, 1979 yılında maddede yapılan değişiklik sırasında, ülkemizin içinde bulunduğu koşullar nedeni ile eklenmiştir⁴⁴⁵. Doktrinde, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılmanın genellikle öç alma, dini amaç veya maddi kazanç saikleri ile gerçekleştirildiği, suçun olağan

⁴⁴⁴ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.97.

⁴⁴⁵ Önder, Özel Hükümler, s.35.

niteliğine şekil veren unsurların nitelikli unsur olarak kabul edilemeyeceği, özgürlükten yoksun kılmanın bizzat kendisinin amaç olamayacağı, aksi halde bu durumun haksız tahrik yönünden karışıklığa neden olacağı ileri sürülmüştür⁴⁴⁶. Yine TCK'nın 179/2 maddesinde yer alan, mağdurun askerlikte kullanılmak üzere yabancı bir ülkeye teslim edilmesi unusrusu eleştirilmiştir. Bu hususun yasa koyucunun gerçekte meşgul olacağı bir durum olmaması gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁴⁷.

5237 sayılı TCK'da fiilin cebir, tehdit veya hile ile gerçekleştirilmesi (109/2), silahla, birden fazla kişi tarafından birlikte, mağdurun yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle, üstsoy, altsoy ve eşe karşı, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi (109/3), mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması (109/4) ve cinsel amaçla gerçekleştirilmesi (109/5) halleri, TCK'nın 109 maddesine göre, suçun temel cezasının artırılmasını gerektiren nitelikli unsurları olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi 765 sayılı TCK'daki bazı bağımsız suçlar da TCK'nın 109 maddesinde suçun nitelikli halleri kapsamına alınmıştır. Böylece 765 sayılı TCK'da yer alan bazı nitelikli unsurlara yönelik eleştiriler göz önünde tutularak, yeni kanunda bu unsurlara yer verilmemiş; madde sadeleştirilmiştir.

765 sayılı TCK'nın 499. maddesinde yağma suçunun nitelikli bir hali olarak düzenlenmiş olan “adam kaldırma” suçu, serbest bırakma karşılığında haksız bir menfaat (fidye) elde etmek amacıyla, bir kimseyi özgürlüğünden yoksun bırakma olarak tanımlanmaktaydı⁴⁴⁸. Bu suçla korunan hukuksal değerlerden (malvarlığı - kişi özgürlüğü) hangisinin ağırlıklı olarak korunduğu tartışmalıydı⁴⁴⁹. Yeni TCK'da adam kaldırma suçuna yer verilmemiştir. Ancak, yeni kanunda, bu tür fiilleri

⁴⁴⁶ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.106-110.

⁴⁴⁷ Cesare Cevoli: Trattato di Diritto Penale, Volume Quarto, PS, Milano, 1916'dan naklen (Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.112, dn.112).

⁴⁴⁸ “Suçun oluşması için failin haksız menfaat sağlamak maksadıyla bir kimsenin hürriyetini sınırlandırması yeterli olup, ayrıca bu menfaatin (para, eşya veya senedin) elde edilmesi tipe uygun eylemin tamamlanması açısından gerekli değildir. Failin maksadına ulaşması, sadece suçun ağırlatıcı nedenini oluşturmaktadır” (Koca, Yağma Cürümleri, s.314).

⁴⁴⁹ Koca, Yağma Cürümleri, s.315.

gerçekleştiren failin kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma (m.109) ve yağma (m.148) suçlarından sorumlu tutulması mümkündür⁴⁵⁰.

TCK'nın 109 maddesi, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun temel şekli ile bireyin fiziksel özgürlüğünün yanı sıra, cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hallerle birden fazla hukuksal değer korunmasına hizmet etmektedir. Ancak suçun nitelikli hallerinde ortaya çıkan hukuksal değerlerin ikincil nitelikte; kişinin özgür iradesiyle verdiği karara uygun olarak hareket edebilme özgürlüğünün korunmasının ise öncelikli hukuksal değer olduğu unutulmamalıdır⁴⁵¹. Suçun nitelikli halleri yapısal olarak, temel suç tipinin üzerine inşa edildikleri için⁴⁵², bu durumda hükmün sağlıklı olarak yorumu bakımından suçun temel şekli ile korunmak istenen hukuksal değer gözden kaçırılmamalıdır⁴⁵³.

Mütemadi suçun tamamlanmasıyla bitmesi arasında geçen süre suçun nitelikli halleri açısından önem taşıyabilir. Bu süre içerisinde suçu nitelikli hale dönüştürecek bir durumun ortaya çıkması suçun bitmesi anına göre değerlendirilmelidir⁴⁵⁴. Ancak, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun nitelikli unsurunun uygulanması, bu unsurun suçun bitmesi anına kadar bulunmasına bağlı değildir. Örneğin mağdur çocuğun özgürlüğünden yoksun bırakıldığı süre içerisinde on sekiz yaşını tamamlaması ya da ruh sağlığı bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan mağdurun iyileşmesi TCK'nın 109/3-f maddesinin uygulanmasına engel olmaz. Kanımızca, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun işlenmesi sırasında, mütemadi suçu oluşturan karma hareketli fiillerden biriyle nitelikli unsurun gerçekleşmesi yeterli olduğundan, bu durum “fiilin tekliği kuralının ihlal edilmesi” anlamına gelmez⁴⁵⁵.

⁴⁵⁰ Koca, Mahmut, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu, **Legal Hukuk Dergisi**, Y: 3, Ağustos 2005/32, s. 2808; Tezcan/Erdem/Önok, s.532.

⁴⁵¹ Soyaslan, Özel Hükümler, s.260; Tezcan/Erdem/Önok, s.510; Ünver, Hukuksal Değer, s.805.

⁴⁵² Heinrich, I, kn.112.

⁴⁵³ Ünver, Hukuksal Değer, s.845.

⁴⁵⁴ Heinrich, I, kn.714-717.

⁴⁵⁵ Krş. Yerdelen, Mütemadi Suç, s.139-140.

2.4.2. Fiili İşlemek İçin veya İşlendiği Sırada Cebir, Tehdit veya Hile

Kullanılması

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu gerçekleştirilirken cebir, tehdit veya hile kullanılması “fiilin işleniş şekline” ilişkin nitelikli unsurlardandır. Portekiz CK. 331/2, İsviçre CK. 183/2 maddelerinde fiilin cebir, tehdit veya hile ile işlenmesi, Fransız CK. 224-2 maddesinde fiilin işkence ya da barbarca fillerle işlenmesi, Alman CK. 240 maddesinde⁴⁵⁶ fiilin cebir veya tehditle işlenmesi kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun nitelikli halleri olarak kabul edilmiştir.

765 sayılı TCK’nın 179/2. maddesinde ve kaynak kanun EİCK’nın 146/2. maddesinde fiilin tehdit, kötü muamele veya hile ile işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Doktrinde ve uygulamada “kötü muamele” teriminin, fiilin cebir ve şiddetle işlenmesini ifade ettiği belirtilmiştir⁴⁵⁷.

Yeni TCK’nın 109/2. maddesinde, 1. fıkrada tanımlanan temel suç tipinin cebir, tehdit veya hile kullanılarak gerçekleştirilmesi cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Suçun temel şekli açısından cebir, tehdit veya hile kullanılması gerekmez. Örneğin kişi içeride iken kapının kilitlenmesi durumunda, suçun temel şekli gerçekleşir.

TCK’daki cebir (m.108) ve tehdit (m.106) suçları, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu nitelikli hale getiren unsurlar olarak düzenlenmiş ve bileşik suç oluşturulmuştur. TCK’nın 109/2. maddesinde cebir ve tehdit araç suçları, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu ise amaç suçu oluşturmaktadır. İlke olarak, amaç-arac suçu ilişkisinde amaçlanan suçun ayrıca işlenmesi halinde gerçek içtima kuralları (her bir fiil için ayrı ceza) uygulanmasına rağmen, TCK’nın 42. maddesi uyarınca bileşik suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz. Dolayısıyla, TCK’nın 109/2 maddesindeki nitelikli unsurlar gerçekleştiğinde, fail ayrıca cebir ya da tehdit suçları nedeniyle cezalandırılamaz (TCK m.42)⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ Alm.CK. Madde 240- (1) Her kim, bir insanı hukuka aykırı bir şekilde cebir ile veya ağır bir kötülük tehdidi yoluyla bir şey yapmasına, yapmamasına veya bir şeyin yapılmasına tahammül etmesi için zorlarsa, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Failin ulaşmak istediği amaca erişmek için cebrin veya kötülükle tehdit yönteminin kullanılması takbih edilir (kınanabilir) nitelikte [verwerflich] ise, fiil hukuka aykırıdır. (Yenisey/Plageman, s.316).

⁴⁵⁷ Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.68.

⁴⁵⁸ bkz. 3.2.3.2.2. Bileşik Suç.

Nitelikli halin oluşması için cebir, tehdit veya hile “fiili işlemek için veya işlediği sırada” kullanılmış olmalıdır⁴⁵⁹. Suçun yasal tanımında belirlenmiş olan fiilin **icra hareketlerine başlamış** olan failin “fiili işlemek için” suç yolunda ilerlemesiyle birlikte, hareketleri haksızlık niteliği kazanır. Mütemadi suçlardan olan kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu, mağdurun iradesine uygun olarak hareket etmesinin kısıtlanmasıyla **tamamlanır**; mağdurun hareket serbestisini tamamen kazandığı anda **biter**⁴⁶⁰. Fail **icra hareketlerine başladığı** andan suçun **bitmesine** kadar geçen süre içerisinde cebir, tehdit veya hile kullanırsa TCK’nın 109/2. maddesinde öngörülen nitelikli hal gerçekleşir. Mütemadi suçlarda, suç tamamlanmış olsa bile -fiilin icrası devam ettiği sürece- suçun sona ermesine kadar geçen süre içerisinde suçun nitelikli hale dönüşmesi mümkündür⁴⁶¹.

Suçun nitelikli unsurları, failin “fiili işlemek için” harekete geçmesiyle, fiilin neticesinin ortaya çıkmasından önce (teşebbüs aşamasında) ya da “fiili işlediği sırada” neticenin ortaya çıkmasından (suçun tamamlanmasından) sonra gerçekleşebilir. Örneğin, fail mağduru kollarından tutup zorla bir arabaya bindirmeye çalışırken, polis aracını görüp kaçmış ve fiilini tamamlayamamış ise TCK’nın 109/2. maddesindeki suça teşebbüs söz konusu olur. Öte yandan, temadi (süreklilik) sona erdiğinde, bitmiş olan suçun nitelikli hale dönüşmesi söz konusu olmaz. Örneğin, mağdurun kilitlendiği yerden kurtarıldığını bilmeyen failin, kapının arkasından tehdit ederek fiilini sürdürdüğünü düşünmesi durumunda, artık TCK’nın 109/2 maddesinde öngörülen nitelikli unsurlar gerçekleşmez.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun icra hareketlerinin başlamasından önce ya da temadinin (sürekliliğin) sona ermesinden sonra gerçekleştirilen ya da suçun işlenmesi amacına yönelik olmayan tehdit veya cebir fiillerinin ise bağımsız olarak TCK 106 ve 108. maddeleri doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiği açıktır. (örnek karar ekle)

⁴⁵⁹ Fransız CK’nın 224-2 maddesinde de benzer biçimde “*Suç, işkence ya da barbarca fiillere başvurulacak ya da bu fiiller eşliğinde işlenirse*” denilerek, cebir ne zamana kadar kullanıldığında nitelikli halin gerçekleşeceği konusu açıklığa kavuşturulmuştur. Bkz. *Nouveau Code pénal*, Paris, Dalloz, 2005, s. 414 vd.

⁴⁶⁰ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s.94; Heinrich, I, kn. 167, 718.

⁴⁶¹ Heinrich, I, kn.714-717.

Kanun koyucu, “kişi, fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” (109/2) düzenlemesiyle, cezanın belirli bir oranda artırılması yerine, bağımsız bir ceza öngörülmesini⁴⁶² tercih ettiği için, bu nitelikli hal uygulanırken temel ceza TCK’nın 109/1. maddesi yerine, doğrudan 109/2. maddesine göre belirlenecektir⁴⁶³. Ayrıca TCK’nın 109/2. maddesinde öngörülen nitelikli hali oluşturan seçenek araçların birlikte bulunması, hâkim tarafından cezanın belirlenmesinde göz önünde tutulabilir. Ancak bu durum mutlaka cezanın artırılmasını gerektirmez⁴⁶⁴.

2.4.2.1. Cebir

765 sayılı TCK’ya göre cebir kullanma suçu (m.188/1), mağdurun bir şey yapması veya yapmaması ya da bir şeyin yapılmasına izin vermesi için “cebir” veya “tehdit” kullanılmasıdır⁴⁶⁵. Doktrinde “cebir” terimi mağdurun iradesini ortadan

⁴⁶² “Kanunda, suçun nitelikli halleri için bazı maddelerde bağımsız bir ceza öngörülmesi, bazı maddelerde ise cezanın belirli bir oranda artırılması esasının kabulü, uygulamada bir takım zorluklara neden olsa da, bu tercih bütünüyle kanun koyucunun takdirdir. Bununla birlikte bu takdir, kanunda cezanın belirli bir oranda artırılmasının öngörüldüğü hallerin nitelikli hal olmayıp ağırlaştırıcı neden olduğu anlamına da gelmemektedir.” (CGK 4.12.2012 tarihli ve 2012/6-1247, 2012/1842)

⁴⁶³ “Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı uygulama yapılırken, sanığa hem 5237 sayılı TCK’nın 109/1. maddesinden, hem de 5237 sayılı TCK’nın 109/2. maddesinden ceza tayin edilerek hükmün karıştırılması” Yargıtay 14. CD 07.11.2012, 2011/5322- 2012/10926; aynı yönde 14. CD 12.11.2018, 2018/5905- 6586; 14. CD 07.11.2018, 2015/4311- 2018/6530; 14. CD 14.11.2018, 2015/3053- 2018/6749.

⁴⁶⁴ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.104; “Hükümlünün diğer suç ortakları ile birlikte önceden yaptıkları anlaşma gereğince, hile yoluyla eve getirdikleri yakınan YK’i ellerinde silah olduğu halde etkisiz hale getirip el ve ayaklarını bağladıktan sonra dövdükleri, uzun bir süre özgürlüğünü kısıtlayıp tehditle para istedikleri” (Yargıtay 6. CD 20.06.2016, 4295/5380) olayda hükümlüler hakkında cezanın artırılması yoluna gidilmemiştir.

⁴⁶⁵ Erem, Özel Hükümler, s.1209; Cihan, Erol, **Cebir Kullanma Cürmü** (TCK. m. 188), İstanbul 1978, s. 30 vd.; “doktrinde cebir kavramının bir suç tipinde yalnız kullanıldığı zaman, bunun geniş anlamda şiddeti (maddi cebir) ve tehdidi (manevi cebir) kapsar şekilde anlaşılması gerektiği, buna karşılık kanunda sadece şiddet teriminin kullanıldığı hallerde bunun tehdidi kapsamadığı belirtilmiştir” (İlhan Üzülmaz, **Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları**, Turhan, Ankara, 2007, s.42); 765 s. TCK’nın 188. maddesinde şartlı cebir ve şartlı tehditin yanı sıra “inanç, kanaat ve düşünce özgürlüğü” (m.188/1-2.cümle), “kamu hizmeti görülen binalara girilmesinin ve orada kalınmasının engellenmesi” (m.188/5) ve “eğitim ve öğretim faaliyetlerinin engellenmesi” (m.188/6-7) suçlarına yer verilmiştir. Böylece 188. madde genel ve tamamlayıcı nitelikteki cebir kullanma suçunun yanı sıra bu suçun alt tipleri olabilecek başka fiilleri de kapsıyordu. Bkz, Üzülmaz, Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar, s.102; “Türk Hukukunda, İtalyan doktrininin tesiriyle, tehdit halinde “manevi cebir”den bahsedilmesi, tehdidin kişinin irade hürriyeti üzerindeki etkisi açısından, doğrudur” (Sözür, Tehdit Suçu, **İÜHFM**, C. LIV, S. 1-4, 1991-1994, s.131).

kaldıran her türlü aracı değil, dar anlamda mağdur üzerinde zorlama etkisi doğuran fiziksel, maddi kuvvet kullanımı olarak anlaşıyordu⁴⁶⁶.

Eski Kanunun 179/2. maddesinde kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun nitelikli unsurlarından birini oluşturan “kötü muamele” mağdura kişisel acı veren tüm hareketleri ve dolayısıyla cebri de içermektedir⁴⁶⁷. Yargıtay, buna göre tokat atmanın “kötü muamele” sayılması gerektiğini kabul etmiş olmasına rağmen, hareket edemeyecek şekilde mağduru bağlamak, bulunduğu yerden onu çekmek veya kuvvetlice tutmak biçiminde fiziksel güç kullanılmasını kötü muamele saymamıştır⁴⁶⁸.

5237 sayılı TCK’nın 108. maddesinde cebir suçu ile korunan hukuksal değer, bireyin irade oluşturma, geleceğini belirleme ve buna uygun olarak davranma serbestisidir⁴⁶⁹. Ayrıca cebir kullanma suçunun yaptırımının, kasten yaralama suçundan dolayı verilecek cezanın belli bir oranda artırılarak belirlenmesi dolayısıyla, bu suçla aynı zamanda kişinin vücut dokunulmazlığı da korunmaktadır⁴⁷⁰. Yeni Kanununda cebir kullanma suçu, niteliğine uygun biçimde tamamlayıcı ve tali bir suç tipi haline getirilmiştir⁴⁷¹. Kanunda bağımsız bir suç olarak tanımlanmış olmasının yanı sıra çoğu zaman başka bir suçun unsurunu oluşturmaktadır.

⁴⁶⁶ Cihan, cebir kavramını “harici olan herhangi, bir harekette meknuz bulunan, bir başka şahsın kendi iradesine uygun şekilde hareketini, hareket etme yeteneğini kaldıran veya paralize etmeye yönelik, o kişiyi hareket etmeye veya hareketten alıkoymaya zorlama konusunda elverişli bulunan fiziksel harici araçlar” olarak tanımlamıştır. Cihan, Cebir Kullanma Cürmü (TCK. m. 188), İstanbul 1978, s. 66-67; Doktrindeki diğer tanımlar için bkz. Üzülmmez, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s.40-45.

⁴⁶⁷ “Failin mağduru traş etmesi, uyutmaması, pis yiyeceklerle beslemesi, kötü yerde uygunsuz pozisyonda tutması, mütemadi bir acıya sebebiyet verecek şekilde bağlaması, aç bırakması veya onun kıllarını koparması ... mağdura yönelik ağız kapatma, boğaz sıkma, saç kesme, çıplak soyma, evin odunluğunda çıplak bir vaziyette zincirlere bağlama, hafif tartaklama, dövme, tokat atma, zorla ilaç içirip iğne yapma fiilleri de kötü muameleyi oluşturmaktadır” (Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.100).

⁴⁶⁸ Yargıtay 5. CD. 8.12.1948 gün ve 2516/3034 sayılı kararı için bkz. Artuk, Hürriyet Tahdit, s.68.

⁴⁶⁹ Yıldız Ali Kemal, Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları (TCK m.106, 107, 108), Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.III, Prof.Dr.Köksal Bayraktar’a Armağan, (Ed. Prof. Dr. Dr. Eric Higendorf/Prof. Dr. Yener Ünver), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2010, s.518; Cihan, Cebir Kullanma Cürmü, s.36 vd.

⁴⁷⁰ Koca/Üzülmmez, Özel Hükümler, s.429-430.

⁴⁷¹ Üzülmmez, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s.162.

TCK'nın 108. maddesinde “kişiyeye karşı cebir kullanılması hâlinde, kasten yaralama suçundan ceza verileceği” düzenlemesiyle, fiilin aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturduğu belirtilmiştir. Ayrıca madde gerekçesinde, “Latince karşılığı ‘vis compulsiva’⁴⁷² olan cebir, kişiyeye karşı fiziksel güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecrî (zorlayıcı) bir etki meydana getirilmesi” olarak açıklanmıştır. Mağdurun “iradesine uygun biçimde hareket etmesinin engellenmesine” karşı koymasını güçleştiren veya direncini ortadan kaldıran, bedene yönelik her etki cebirdir. Dolayısıyla, cebir kişinin (örneğin yakalanması, ellerinin bağlanması suretiyle) direncini ortadan kaldırmaya yönelik olabileceği gibi, mağdurun (örneğin hipnoz veya uyuşturucu madde etkisiyle) ileride gerçekleşecek direncini engellemeye yönelik de olabilir⁴⁷³. Yargıtay, kişinin özgürlüğünü sınırlayabilmek için veya sınırladıktan sonra ona karşı bedenlen hissedilen fiziksel güç kullanılmasının 109/2. maddesine uygun nitelikli hali oluşturacağını kabul etmektedir⁴⁷⁴. Katıldığımız görüşe göre, TCK'nın 86 maddesine göre kişiyeye acı veren veya kişinin sağlığını bozan ya da algılama yeteneğini etkileyen hareketler 108. madde kapsamında cebir olarak kabul edilmektedir⁴⁷⁵.

Kasten yaralama fiilini içermeyen cebrin TCK'nın 108. maddesindeki suç oluşturmayacağı, koşulları varsa tehdit suçunu oluşturabileceği anlaşılmaktadır. 765 sayılı TCK'nın 188/1. maddesinde, suçun cebir veya tehditle işlenebileceği kabul edilmişti. Yeni TCK'nın 108. maddesinde, tehdit unsuruna yer verilmemiş olması

⁴⁷² *Vis compulsiva* insan iradesini baskı altına almaya yönelik zorlamayı ifade etmektedir. Bkz. Heinrich, I, kn.206; Sözüer, Tehdit Suçu, s.128; “Cebir kişiyi bir şey yapmaya veya bir şeyin yapılmasına razı olmaya zorlamak olduğu için, cebren elde edilen rıza kişinin otonom bir kararını yansıtmaz” (Ekici Şahin, s.194).

⁴⁷³ Tezcan/Erdem/Önok, s.504; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.421. Krş. Ali Kemal Yıldız, Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları (TCK m.106, 107, 108), Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.III, **Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, (Ed. Prof. Dr. Dr. Eric Higendorf/Prof. Dr. Yener Ünver), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2010, s.520.

⁴⁷⁴ “Nitekim Yargıtay bir kararında 109. maddenin 2. fıkrasındaki cebrin, yalnızca maddi cebri ifade ettiğini, somut olayda maddi cebrin ne suretle gerçekleştiğinin karar yerinde gösterilip tartışılmadan bu nitelikli halin uygulanmasını hukuka aykırı bulmuştur” (5. CD, 07.02.2006, 19137/691 Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.454-455).

⁴⁷⁵ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.434.

ve cebir teriminin kapsamının daraltılması cebir kullanma suçu açısından tartışmalara yol açmaktadır⁴⁷⁶.

765 sayılı TCK'nın 188/1. maddesi bakımından cebir, iradesi etkilenmek istenen kişiye yöneltilebileceği gibi, onun yakınlık duyduğu üçüncü bir kişiye karşı da kullanılmış olabilir. Ancak üçüncü kişi üzerinde uygulanan cebir, mağdurun iradesini etkilemeye elverişli olmalıdır. Yine eşya üzerindeki güç kullanımı da kişinin iradesini etkileyebileceği için cebir suçunu oluşturur⁴⁷⁷. Doktrinde TCK'nın 108. maddesinde açıklık olmasa da aynı görüşün sürdürülebileceği görüşü çoğunlukla kabul edilmektedir. Mağdurun iradesini etkilemek amacıyla eşyalara vurulması, vazonun duvara fırlatılması gibi eşya üzerinde kullanılan cebirin, aslında cebir kullanma suçunun unsurlarını oluşturacağı öne sürülmektedir. Almanya ve İtalya'da da zor kullanma kavramının manevi yönde gelişme gösterdiği belirtilmiştir⁴⁷⁸.

Öte yandan TCK'nın 109/2. maddesinde öngörülen nitelikli halin oluşması için, fail “mağdur üzerinde” cebir kullanmış olmalıdır⁴⁷⁹. Kanun koyucunun, cebir suçunu düzenleyen TCK'nın 108. maddesinden “tehdit” unsurunu çıkarma konusundaki tercihi göz önünde tutulduğunda, bizce de mağdur dışında üçüncü kişiler ya da eşya üzerinde gerçekleştirilecek şiddet fiilleri cebir suçu kapsamında değerlendirilmemelidir. Bu tür fiiller diğer koşulların varlığı halinde üçüncü kişiler bakımından kasten yaralama ya da mala zarar verme suçlarını oluşturabileceği gibi, özgürlüğü kısıtlanan mağdur açısından tehdit suçunu da oluşturabilirler⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ Üzülmmez'e göre “cebrin sadece kişinin bedenine uygulanan acı verici fiziki hareketlerden oluştuğunun kabul edilmesi yerinde değildir. Zira, bu suç tipi iradi karar verme ve iradesine göre hareket edebilme hürriyetini korumaktadır. İrade hürriyeti ve iradi hareket hürriyeti ise, sadece bedene uygulanan müessir fiil niteliğindeki hareketlerle ihlal edilmez” (Üzülmmez, Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar, s.101).

⁴⁷⁷ Cihan, Cebir Kullanma Cürmü, s.72-82; Erem, Özel Hükümler, s.1210.

⁴⁷⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.505; Hafızoğulları/Özen, Hürriyete Karşı Suçlar, s.2713; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.421.

⁴⁷⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.364.

⁴⁸⁰ Yıldız, Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları, s.521; “Muhtemeldir ki, kanun koyucu eşya üzerinde cebir kullanarak bir kimseyi bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da yapılmasına izin vermeye zorlama hallerini diğer suç tipleri kapsamında değerlendirmeyi uygun bulmuştur. Buna göre, örneğin gidemezsin, buna izin vermiyorum diyerek evdeki eşyaları kırmak veya parçalamak şeklindeki fiillerin tehdidi oluşturacağı: yine “bir kişinin gitmesine engel olmak için biletini yırtmak” veya “arabasının lastiğini patlatmak” gibi eylemlerin de kişiyi hürriyetinden yoksun kılmayı oluşturacağı kabul edilmiş olabilir” (Üzülmmez, Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar, s.101, dn.28); Alman

Kanımızca, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun TCK'nın 109/2. maddesinde öngörülen nitelikli unsurları açısından “cebir” terimi, TCK'nın 108. maddesinin aksine, suçun koruma alanının daralmasına yol açmamıştır. Çünkü TCK'nın 109/2. maddesinde öngörülen nitelikli unsurlar fiilde tehdit ve hile kullanılmasını da içermektedir. Bu nedenle, eşya üzerinde ve hatta mağdurun yakını olmayan kişiler üzerinde cebir kullanılması durumunda dahi diğer koşulların bulunması halinde tehdit dolayısıyla suçun nitelikli hale dönüşmesi mümkündür.

Failin, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu işlemek için ya da işlediği sırada kullanmış olduğu fiziksel (maddi) gücün “cebir” niteliğinde olup olmadığı konusunda somut olayın özelliklerine göre (ex ante) yapılacak bir değerlendirmeye sonuca ulaşılmalıdır. Kanunda “cebir” teriminin kazuistik yöntemle ayrıntılı biçimde düzenlenmesi yerine, “belirlilik ilkesine” (*nulla poena sine lege certa*) uygun olarak⁴⁸¹, kapsamın gelişigüzel genişletilmesini sınırlayacak biçimde açıklanması amaçlanmıştır.

765 sayılı TCK'nın 179/2. maddesinde öngörülen nitelikli unsurlardan olan kötü muamelenin, kasten yaralama suçunu oluşturması halinde, “bileşik suç” (m.78) söz konusu olduğundan fail ayrıca kasten yaralama suçundan sorumlu tutulmuyordu. Ancak kötü muamele, nitelikli halin gerçekleşmesi için yeterli ve gerekli olanın üstünde bir cebir oluşturduğu takdirde bağımsız suçlardan sorumluluk (gerçek içtima) kabul edilmekteydi. Uygulamada eski TCK'nın 456/1 ve 4. maddelerindeki kasten yaralama fiilleri bakımından bileşik suç, daha nitelikli yaralama fiillerini öngören 456/2 ve 3. maddelerinde öngörülen durumlar açısından ise gerçek içtima kuralları uygulanıyordu. Ayrıca 456/2 ve 3. maddelerinin uygulanması söz konusu olduğunda mağdurun sağlığının uğradığı zarar nedeniyle 180/1. madde uyarınca öngörülen ceza da dikkate alınarak en ağır olan ceza

Mahkemeleri, kuvvet kullanmaksızın tramvay rayları üzerine veya cephane depoları önünde sadece oturmak suretiyle tramvayın veya araçların geçişini engelleyen “oturma eylemlerini” Alman CK 240. maddesi kapsamında “cebir” olarak kabul etme eğilimi göstermektedir. Federal Anayasa Mahkemesi haklı olarak, cebir kavramının bu şekildeki genişletilmesinin, bu kavrama belirsiz bir büyüklük kazandıracağı ve bu nedenle de anayasa ile güvence altına alınmış “belirlilik ilkesine” aykırı olacağına karar vermiştir. Bkz. Heinrich, I, kn.30.

⁴⁸¹ Sözüer, Ceza Hukuku Uygulama, s.6.

uygulanıyordu⁴⁸². Yine cinsel amaçla kaçırma suçlarında cezayı artıran 765 sayılı TCK'nın 439. maddesi bakımından, 456 ve 457. maddeler göz önünde tutularak gerçek içtima kurallarının uygulanması kabul edilmekteydi.

Yeni TCK'nın 109/2. maddesi bakımından da kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun cebir kullanılarak işlenmesi durumunda, bileşik suç kuralı uygulanacaktır. Ayrıca 109/6. maddesinde, “bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun TCK'nın 87. maddesindeki ağır neticelere yol açması durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu durumda fail, gerçek içtima kurallarına göre her iki suçtan sorumlu tutulacaktır⁴⁸³. Böylece kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunun nitelikli unsurunun gerçekleşebilmesi için zorunlu olan cebrin düzeyinin hangi durumda aşılmış sayılacağı konusu belirginleştirilmiştir. Bu konu ayrıca suçların içtimaı kapsamında ele alınmıştır.

2.4.2.2. Tehdit

Tehdit terimi, korkutma, gözdağı anlamlarına gelmektedir⁴⁸⁴. Ceza hukukunda tehdit, gerçekleşmesi failin isteğinin yerine getirilmemesi kaydına bağlı bir saldırının, kötülüğün mağdura bildirilmesini ifade etmektedir⁴⁸⁵. Tehdit, Türk ceza hukukunda eskiden beri genel ve tamamlayıcı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir⁴⁸⁶.

Hukukumuzda kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun nitelikli hali olarak kabul edilen tehdidin kapsamı 765 sayılı TCK'nın 191, 188 ve 5237 sayılı TCK'nın 106. maddeleri çerçevesinde değerlendirilmektedir.

765 sayılı TCK'nın 191. maddesinde, herhangi bir kayda bağlı olmayan “basit tehdit”, 188. maddesinde ise bir şeyi işlemek veya işlemesine müsaade etmek ya da o şeyi işlemeye mecbur etmek için gerçekleştirilen “şartlı tehdit” düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'nın 191. maddesinde tehdit yöneldiği hukuksal

⁴⁸² Erem, II, s.1188; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.100-101.

⁴⁸³ Tezcan/Erdem/Önok, s.531; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.441, 455.

⁴⁸⁴ (Çevrimiçi) http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts (Erişim: 20.01.2019).

⁴⁸⁵ Sözüer, Tehdit Suçu, s.129.

⁴⁸⁶ Önder, Özel Hükümler, s.42.

değere göre ayrıma tabi tutulmamıştır. Bu suçta gerek kişisel değerlere yönelik gerekse malvarlığı değerlerine yönelik saldırılar bakımından aynı ceza öngörülmüştür⁴⁸⁷.

Tehdit suçu, yeni TCK'nın 106. maddesinde “bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehdit etme” olarak tanımlanmıştır. Tehdidin genellikle koşul içerdiği kabul edildiğinden, yeni TCK'da şartlı tehdit - basit tehdit ayrımı yapılmamıştır⁴⁸⁸.

Tehdit suçu ile korunan hukuksal değer, kişinin iç huzuru ve güven duygusunun yanı sıra, karar verme ve hareket etme (davranma) özgürlüğüdür. Madde gerekçesinde suçla korunan hukuksal değer açıkça belirtilmek suretiyle kişi haklarının daha etkin bir biçimde korunması amaçlanmıştır⁴⁸⁹.

Tehdit konusu kötülüğün gerçekleşip gerçekleşmemesi -gerçekten veya en azından görünüş itibarıyla- failin iradesine ve takdirine bağlıdır⁴⁹⁰. Tehdit soyut tehlike suçudur. Suçun oluşması bakımından yöneltilen kötülüğün mutlaka gerçekleştirilmesi gerekmez. Fail tarafından ya da üçüncü kişiler aracılığıyla gerçekleştirilebilecek bir kötülüğün -herhangi bir şekilde- bildirilmesiyle suç oluşabilir⁴⁹¹. Tehditte, cebirden farklı olarak, mağdur üzerinde fiziki (maddi) bir

⁴⁸⁷ Üzülmöz, Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar, s.100.

⁴⁸⁸ Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.81; TCK'nın 106. maddesinde düzenlenen tehdit suçunun şartlı tehdit ve basit tehdidi kapsayıp kapsamadığına ilişkin tartışmalar için karşı. Bkz. Koca/Üzülmöz, Özel Hükümler, s.201, dn.20, s.390; Üzülmöz, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s. 92.

⁴⁸⁹ Ahmet Gökçen, “Hürriyete Karşı Suçlar”, (Çevrimiçi) www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc, s.8 (Erişim: 20.01.2019); 765 sayılı TCK döneminde “Yargıtay da mağdurun güvenlik duygusunun, iç huzurunun bozulmasını, onun endişeye düşürülmesini, tehdidin asıl ögesi (unsuru) saymıştır” Çınar, Ali Rıza, **Tehdit Suçu**, Ankara 2002, s.52.

⁴⁹⁰ Sözüer, Tehdit Suçu, s.129.

⁴⁹¹ Erem, Özel Hükümler, s.1220; Önder, Özel Hükümler, s.42; 765 sayılı Kanun döneminde Yargıtay kararlarında, eski İtalyan ceza hukuku doktrininin etkisiyle, kavga anında, kızgınlık anında (tehevvürle) söylenen sözlerin, suçun manevi unsuru olan tasarlamayı içermemesi nedeniyle, 188 ve özellikle 191. maddelerindeki suçları oluşturmayaacağı savunulmuştur (CGK, 18.02.1991, 4-368/36: YKD, Eylül 1991, s.1395 vd.). Ancak doktrinde, suçun genel kastla işlenebilmesi dolayısıyla, bu konunun manevi unsur kapsamında değil kusurun azalması ve cezaya etkisi (haksız tahrik) çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği görüşü benimsenmiştir. Bkz. Sözüer, Tehdit Suçu, s.145; Erem, Özel hükümler, s.1224, 1225; Önder, Özel hükümler, s.44.

etkide bulunulmamakta; mağdur bir saldırının gerçekleştirileceği beyanıyla korkutulmaktadır⁴⁹².

Tehdit objektif olarak ciddi nitelikte olmalıdır⁴⁹³. Katıldığımız görüşe göre, tehdidin mağdurda korkuya, endişeye yol açacak, onun iradesini etkileyecek bir zarar bildirimini içermesi gerekli ve yeterlidir. Mağdurun irade serbestisini etkilemeye elverişli bir zarar bildiriminin bulunup bulunmadığının belirlenmesinde, mağdurun bildirilen kötülüğü ne şekilde algıladığı, subjektif olarak bundan etkilenip etkilenmediği önem taşımaz⁴⁹⁴. Tehdidin objektif olarak elverişli olup olmadığı meydana gelecek sonuca göre değil, somut olaydaki koşullarda failin ve mağdurun özelliklerine sahip ortalama bir insan göz önünde tutularak belirlenecektir⁴⁹⁵. Tehdidin gerçekleşip gerçekleşmemesi, muhatabı üzerinde etkili olup olmamasına bağlı değildir. Somut olayda mağdur tehditten etkilenmemiş olsa da tehdit gerçekleşmiştir⁴⁹⁶.

Tehdidin varlığı, bunun uygulanabilirliğine bağlı olmadığı için, tehdidin hile kullanılarak gerçekleştirilmesi ya da etkisinin güçlendirilmesi mümkündür. Ancak batıl inanca dayanılarak bir kötülüğe maruz bırakılabileceği beyanıyla, bir kimse tehdit edilmiş olmaz⁴⁹⁷. Yine, bildirilen kötülüğün gerçekleşmesi failin iradesine bağlı olmayan (örneğin “seni yıldırım çarparak” denilmesi gibi) hallerde tehditten söz edilemez⁴⁹⁸.

Tehdidin mağduru belirli veya belirlenebilir olan herkes olabilir. Belli bir kişiye yöneltilmemiş olan filler suç oluşturmaz. Ancak belirli olmayan kimselerden oluşmuş kitlelere yönelik tehdit fiilleri, diğer koşulları da bulunduğu takdirde

⁴⁹² Sözüer, Tehdit Suçu, s.131.

⁴⁹³ Sözüer, Tehdit Suçu, s.129; “Ayrıca, tehdidin iradeyi sakatladığının kabul edilebilmesi için belli bir ağırlığa ulaşmış olması da gerekir” (Ekici- Şahin, s.194).

⁴⁹⁴ “...tehdit suçunun maddi unsurunun varlığı açısından, failin sarfettiği sözlerin, yaptığı davranışların, ciddi bir korku veya endişe yaratmaya objektif olarak elverişli olması yeterli olup, böyle söz ya da davranışların mağdur üzerinde gerçekten ciddi bir korku yaratması gerekmez” (Sözüer, Tehdit Suçu, s.144); Objektif ölçütün yanı sıra subjektif ölçütü de esas alan diğer görüşler için bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.395 vd.

⁴⁹⁵ “Failin söz ve davranışlarının "muhatabı üzerinde ciddi şekilde korku ve endişe yaratacak uygunluk ve yeterlilik içerip içermediği"nin her somut olayda araştırılması gerekir” 2.CD. 18.2.1993, 1352/2106 (Sözüer, Tehdit Suçu, s.130).

⁴⁹⁶ Sözüer, Tehdit Suçu, s.130; Çınar, Tehdit Suçu, s.65 vd.

⁴⁹⁷ Sözüer, Tehdit Suçu, s.130.

⁴⁹⁸ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.396.

TCK'nın 213. maddesinde düzenlenen "halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit" suçu kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁹⁹. Tehdidin bir türü olan bu fiil, örneğin ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması (m.223) suçunun işlenmesi sırasında TCK'nın 109/2. maddesinde öngörülen nitelikli unsuru oluşturabilir.

TCK'nın 106. maddesinde, tehdidin mutlaka mağdura yöneltilmesinin zorunlu olmadığı, mağdurun yakınlarına (örneğin akrabalarına, arkadaşlarına) karşı gerçekleştirilen fiillerin de tehdit oluşturacağı kabul edilmiştir⁵⁰⁰. Öte yandan, bazı yazarlara göre, mağdurun yakınlık duymadığı bir kişinin kötülüğe uğratılacağına bildirilmesi, eğer bireyin iç huzurunu, hukuksal güvenlik duygusunu ortadan kaldırıp iradesi aksine onu belirli şekilde davranmaya zorluyorsa, bu durumda da tehdit suçu oluşmalıdır⁵⁰¹. Haklı bulduğumuz bu görüşün, Kanunun açık hükmü karşısında uygulanamayacağı anlaşılmaktadır.

Ayrıca mağdur kendisine yöneltilen tehdidi anlayabilecek ve algılayabilecek durumda olmalıdır. Yaş, işitme, görme, zekâ ve benzeri engellerle tehdidi anlayabilecek ve algılayabilecek durumda olmayan kişilere yönelik fiiller tehdit olarak nitelendirilemez. Ancak bu tür kişilere yönelik fiiller, esasen onların yakınlarını hedef almışsa üçüncü kişilere karşı tehdit söz konusu olabilir⁵⁰².

Kanunda kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun nitelikli unsurunu oluşturan tehdidin konusu (içeriği) belirlenmemiştir. Bu nedenle, objektif olarak iradeyi zorlamaya elverişli olan her türlü hukuksal değere yönelik tehdit TCK'nın 109/2. maddesinde öngörülen nitelikli unsuru oluşturabilir⁵⁰³. Amaç suç olan kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu açısından failin "fiili işlemek için veya işlediği sırada" gerçekleştirdiği tehdidin, objektif olarak buna uygun ve elverişli olması

⁴⁹⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.342.

⁵⁰⁰ "765 sayılı TCK.'nın 191 inci maddesinde konuyla ilgili ibare yer almamasına rağmen Ceza Genel Kurulu bu dönemde verdiği bir kararında "tehdidin, dolaylı da olsa, mutlaka hedef alınan kişinin şahsına yönelmesi zorunlu değildir. Yakınlarına yönelen bu eylemin mağdura duyurulması ve onu endişeye düşürecek nitelikte olması yeterlidir" demiştir" Yarg. CGK 17.12.1973, 7/271-822 (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.343).

⁵⁰¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.477 vd.

⁵⁰² Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.82; Çınar, Tehdit Suçu, s.60.

⁵⁰³ Buna karşılık, bazı suç tiplerinde (m. 106/1, m.107/1-2, m.148) tehdidin konusu açıkça belirlenmiştir. Bkz. Üzülmöz, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s.56.

gerekli ve yeterlidir. Suçun nitelikli unsurunun oluşması bakımından kişinin yaşam, vücut veya cinsel dokunulmazlığına, malvarlığına ya da sair bir kötülük edileceğinden bahisle tehdit edilmesi arasında fark yoktur.

TCK'nın 106. maddesinde yaşam, vücut veya cinsel dokunulmazlığa yönelik tehditler re'sen kovuşturmaya tabi tutulmuştur. Kişinin malvarlığı bakımından büyük bir zarara uğratılacağından veya sair bir kötülük edileceğinden bahisle tehdit edilmesi halinde ise daha az ceza öngörülmüş ve ayrıca suçun takibi şikayete bağlı kılınmıştır. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun tehdit kullanılarak işlenmesi ya da devam ettirilmesi durumunda -bileşik suç kuralı uygulanacağı için- tehdit suçu ayrı bir soruşturmaya tabi tutulmayacağından, araç suç olan tehdit her halde re'sen soruşturulacaktır. Öte yandan tehdidin konusunun kişinin yaşam, vücut veya cinsel dokunulmazlığına, malvarlığına ya da sair bir kötülüğe ilişkin olması ve diğer özellikleri TCK'nın 109/2. maddesi uyarınca cezanın belirlenmesinde, TCK'nın 61. maddesine göre fiilin haksızlık içeriği açısından dikkate alınabilecektir. Ayrıca tehdidin silahla gerçekleştirilmesi TCK'nın 109/3-a. maddesinin uygulanmasını da gerektirmektedir.

TCK'nın 109/2. maddesinde öngörülen nitelikli unsurlar arasında şantaj suçuna yer verilmemiş olması doktrinde eleştirilmiştir⁵⁰⁴. Şantaj suçunda, tehditte olduğu gibi mağdurun kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız bir çıkar sağlamaya zorlanması söz konusudur. Ancak bu durumda fail mağdura bir kötülük yapılacağından veya mağdurun sahip olduğu bir değere saldırıda bulunulacağından değil, aksine hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından söz ederek mağduru zorlamaktadır (m.107/1). Suçun ikinci şekli olarak da mağdurun sadece şeref ve saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunulması düzenlenmiştir(m.107/2)⁵⁰⁵. Böylece TCK'nın 106 maddesinde suçun temel şeklinde korunan değerler arasında “insan onurundan” bahsedilmemiş olmasından kaynaklanabilecek boşluğun da kısmen giderildiği belirtilmektedir. Bu

⁵⁰⁴ Bkz. Hafızoğulları/Özen, Hürriyete Karşı Suçlar, s.2726.

⁵⁰⁵ Nur Centel, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Şantaj Suçu, YÜHFD, **Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan**, C.IX, S.2, Y.2012, s.105.

nedenle, gerek doktrinde gerekse uygulamada şantaj suçunun tehdidin özel bir şeklini oluşturduğu kabul edilmektedir⁵⁰⁶.

2.4.2.3. Hile

Hile, yer ve zamana göre içeriği değişkenlik gösteren, son derece karmaşık bir kavramdır. Hile türleri, toplumsal ve teknolojik gelişmelerle, bir tanıma sığmayacak oranda değişmektedir⁵⁰⁷. Bu nedenle, hile terimi Türk Ceza Kanununda tanımlanmamıştır. “Hile”, Türk Ceza Kanununda eskiden beri, birçok suçun temel şeklinin ya da nitelikli hallerinin unsurunu oluşturmaktadır⁵⁰⁸. Unsurları arasında bulunduğu farklı suçlar bakımından ayrı özellikler gösterebilecek olan bu kavramın, niteliği ve içeriğinin belirlenmesi doktrine bırakılmıştır.

Genel olarak hile, bir kişinin kasıtlı olarak yanıltılmasıdır⁵⁰⁹. Hile ile kendisinde yanlış bir zan uyandırılan kişi belli bir davranışa sürüklenmekte, zorlanmaktadır⁵¹⁰. Kişinin rızası hile (aldatmaca) neticesinde elde edilmişse, açıklanan rıza kişinin irade serbestisine dayanan özerk bir kararı yansıtmaz⁵¹¹.

⁵⁰⁶ Üzülmöz, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s.134; Taner, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu, **TBBD**, S: 92, 2011, s.118; Yıldız, Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları, s.508; Hafizoğulları/Özen, Hürriyete Karşı Suçlar, s.2719.

⁵⁰⁷ Selçuk, Dolandırıcılık, s.89.

⁵⁰⁸ 765 sayılı mülga TCK'nın 130, 132, 179, 193, 202, 291, 294, 362, 366, 367, 384, 401, 414, 416, 429, 430, 431, 436, 503, 506 maddelerinde ve yeni TCK'nın 103, 104, 109, 157, 161, 227, 230, 235, 236, 237, 247, 250, 290, 322, 326, 332. maddelerinde hile unsuruna yer verilmiştir.

⁵⁰⁹ Cihan, Cebir Kullanma Cürmü, s.60; Romalı hukukçu **Labeo** hileyi “bir kimseyi gafil avlamak, kandırmak, aldatmak için kullanılan her türlü kurnazlık, dalavere ve yolsuzluk” olarak tanımlamıştır. Bkz. Umur, s.494; Hile sözlükte “birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, oyun, ayak oyunu, alavere dalavere, desise, entrika” [<http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=combts&view=bts&kategori1=veritbn&kelimesec=154854> (Erişim: 20.01.2019)] veya “sahtekârlık, yalancılık, düzenbazlık, hud'a, aldatmak, yanıltmak, düzen” [<http://www.luggat.com/0/hile/1> (Erişim: 20.01.2019)] anlamlarına gelmektedir. **Saban'a** göre, hilenin dört unsuru bulunmaktadır: “Hileyi yapan “bilerek” ve “düşünerek” hileli faaliyette bulunmaktadır; menfaat elde etmek için karşısındakini hataya sevk etmek veya hata içinde bırakmak hususunda ‘arzulu’ ve ‘kararlı’dır” (Saban, Nihal, Bir Analiz: Türk Hukukunda Hile Kavramının Unsurları, Muhasebe ve Finansman Dergisi, 2006, S:31, s.59 [http://journal.mufad.org.tr/ attachments/article/440/8.pdf](http://journal.mufad.org.tr/attachments/article/440/8.pdf) (Erişim: 20.01.2019); Bu durumda, hatayı doğuran, ilgili şahsın kendi bilgisizliği değil, gerçeği ona olduğundan farklı göstermiş olan kimsenin dolambaçlı ve dalavereli hareketleri olmaktadır. Bkz. Umur, s.495; “Hile, öznel ve nesnel koşulları sömürerek ve iknaya özgü söz ve jestlerle gerçeği peçeleyerek, edilgen öznenin yargılama gücünü etkileyen ve onda yanlış kanı uyandıran diyalektik ve entellektüel bir aldatma hareketidir” (Selçuk, Dolandırıcılık, s.114).

⁵¹⁰ Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.69.

⁵¹¹ Ekici- Şahin, s.194.

Hileye maruz kalan kişi, bu yanılgı nedeniyle, gerçek iradesine uygun olmayan bir yönde tasarrufta bulunmaktadır⁵¹². Kişinin belirli bir davranışı yapması için zor kullanılması ya da korkutulması söz konusu olmamasına rağmen, cebirle veya tehditle elde edilebilecek bir neticeye hile ile ulaşılmaktadır⁵¹³.

Hilenin en soyut şekli olan yalan, bir hukuksal değere saldırı oluşturmadiğkça, hukukun öngördüğü bir yaptırım ile karşılaşmaz. Hile, ancak belli bir hukuksal değerin ihlaline yönelik bir araç olarak kullanılması halinde ceza hukukunu ilgilendirmektedir⁵¹⁴.

Doktrinde “hile” kavramının içeriğinin belirlenmesi açısından, Türk Ceza Kanununda dolandırıcılık suçunun vazgeçilmez bir unsuru olan “hileli davranışlar” üzerinde durulmuştur. 765 sayılı TCK’nın 503. maddesine göre dolandırıcılık suçunda “hile ve desiselerin” başkalarını kandıracak nitelikte olması ve başkalarının iyi niyetinden yararlanmaya elverişli olması koşullarını taşıması gerekiyordu. 21.11.1990 tarih ve 3679 sayılı kanunla yapılan değişiklikle başkalarının iyi niyetinden yararlanma koşulu kaldırıldı⁵¹⁵. Yeni TCK’nın 157. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunun oluşması için, mağdurun hileli

⁵¹² Sözüer, Tehdit Suçu, s.126.

⁵¹³ Bu nedenle 765 sayılı TCK döneminde doktrinde, cebir veya tehditle aynı sonucu doğuran hile “cebre benzer” hareket olarak değerlendirilmiş; mağdurun irade serbestisini ve iradi hareket özgürlüğünü ihlâl edici nitelikte olduğu kabul edilerek ve cebir kullanma suçu (765 s.TCK m.188) kapsamında hileye yer verilmesi önerilmiştir. Bkz. Cihan, Cebir Kullanma Cürmü, s.62 vd.; Hilenin 5237 sayılı TCK’nın 108. maddesinde, fiziksel kuvvet kullanımını içeren cebir kavramı kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bkz. Üzülmöz, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s.59.

⁵¹⁴ Sözüer, Tehdit Suçu, s.128; krş. Selçuk, Dolandırıcılık, s.110.

⁵¹⁵ 765 sayılı TCK döneminde, doktrinde dolandırıcılık suçu bakımından yapılan değerlendirmelerde, başlangıçta “hile”, özel hukuk ve ceza hukuku yönünden ayrıma tabi tutuluyordu. Özel hukuk açısından, genel olarak insan ilişkilerine ve özellikle hukuki sözleşmelere aşırı müdahale edilmemesi gerekçesiyle, aldatmanın herhangi bir araçla (örneğin basit bir yalanla) gerçekleştirilmesi mümkün olabilirdi. Ceza hukuku açısından ise, bir kimsenin cezalandırılabilmesi, ancak hilenin aldatılan kimsenin iradesinin zorlayacak biçimde hazırlanmış kurnazlıklara dayandırılmasıyla mümkün olabileceği için, sahte fiilleri geçerli göstermeye yönelik bir “sahneye koyma” (*mise en scène* teorisi) olgusunun varlığı gerekmektedir. Devletten aptalların savunuculuğunu yapması beklenemeyeceği için, basit hileye inanan kimse, bunun sonucuna katlanmalıydı. Ancak sosyal ilişkilerle ilgili anlayış değişikliği dolandırıcılık suçunun kapsamını genişletti. Hiç bir vatandaşın hilekârların insafına terk edilemeyeceği ve dolayısıyla sınırlı zekâyâ sahip olan kişilerin dahi kanun tarafından korunması gerektiği düşünceleriyle, özel hukuk hilesi ve ceza hukuk hilesi ayrımı uzunca bir süredir önemini kaybetti. Bkz. Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.181 vd.; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.450 vd.; Sami Selçuk, **Dolandırıcılık** (Evrimi- Suç Genel Kuramı İçindeki Yeri), İstanbul 1982, s.90 vd.; aynı yönde Yargıtay HGK 13.12.2006, 8-788/802.

davranışların etkisiyle aldatılmış olması veya mevcut yanılgının devamının sağlanmış olması gerekmektedir. Bir davranışın hile oluşturabilmesi için hilenin belli bir vakıayla ilgili olması ve aldatmaya elverişli olması gerekmektedir⁵¹⁶.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun nitelikli unsuru olan “hile” ise, söz, hareket veya diğer **her türlü vasıtalarla** bir kimsenin kasten yanıltılması, aldatılmasıdır⁵¹⁷. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu bakımından hilenin belirli bir yoğunluğa ulaşması gerekir. Ancak dolandırıcılık suçundaki hile unsurunda olduğu gibi, hilenin, kişinin inceleme eğilimini etkisiz bırakacak bir düzeye ulaşması zorunluluğu yoktur⁵¹⁸.

Hile oluşturan davranış veya sözlerin objektif olarak aldatıcı nitelik taşıması gerekmez. Hile olarak nitelendirilen bir davranışın, kişinin iradesini sakatlamaya elverişli olup olmadığı, somut olayın ve mağdurun kişisel özelliklerine göre, sübjektif bir değerlendirmeye belirlenmelidir⁵¹⁹. Bir olayın mağduru açısından aldatıcı nitelikte sayılabilecek bir davranış, mağdurun yaşı, sosyal yaşam koşulları açısından inandırıcı olmayabilir⁵²⁰. Yargıtay, kişiyi özgürlüğünden yoksun

⁵¹⁶ Koca/Üzülmmez, Özel Hükümler, s.694.; “Hile nitelikli bir yalandır. Fail tarafından yapılan hileli davranış belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketler olmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. ... Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, fiille olan ilişkisi, mağdurun durumu, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır” (Yargıtay CGK 24.9.2013, 15-1358/389); “Böylece dolandırılanın iradesi fesada uğratılmakta, sakatlanmaktadır” (Yargıtay CGK 04.10.2016, 15-679/343).

⁵¹⁷ Önder, Özel Hükümler, s.555; “Kişiyi aldatmaya, kandırmaya, hataya düşürmeye elverişli her davranış hiledir” (Hafizoğulları/Özen, Hürriyete Karşı Suçlar, s.2726).

⁵¹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.517.

⁵¹⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.3744.

⁵²⁰ “Sanığın apartman toplantısı yapılacağı bahanesiyle mağdureyi 7 nolu daireye çağırıp alıkoyduğu mahkemece de kabul edildiği halde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun hileyle gerçekleştirildiği” (Yargıtay 14.CD 31.01.2017. 8545/363), “baldızının eşi olan mağduru terminale bırakacağını söyleyip hileyle araca binmesini sağladıktan sonra hareket halindeki aracın ters istikamete gitmesi üzerine durumu sorup araçtan inmek isteyen mağdura (Y) ile birlikte küfredip daha önceki bir tarihte yaşanan tartışma nedeniyle ölümle tehdit ederek alıkoyduğu” (Yargıtay 14. CD 21.09.2016, 5843/6557), “ıssız bir alanda alkol almak bahanesi ile mağduru araca bindirip hile yolu ile bulunduğu yerden dağlık bir alana götürmek suretiyle kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmak suçunu işlediği” (Yargıtay 6. CD 08.06.2016, 31995/4814), “mağdurenin telefon numarasını bir şekilde ele geçiren sanığın, kendisini mağdurenin arkadaşı (U) olarak tanıtip, olay tarihinde buluşmak için mağdureyi çağırdığı, buluştuklarında da kendisinin (U)’nun aile dostu olup, (U)’nun beklediği eve götüreceğini beyan ederek hileyle abisine ait konuta götürdüğü” (Yargıtay 6. CD, 10.05.2016, 4311/4758), “sanığın, çobanlığını yaptığı ailenin oğlu olan mağdur

birakmaya yönelik vaadlerin de sübjektif bir değerlendirmeyeyle hile olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir⁵²¹.

Hile aldatmaya elverişli değilse, fail suçun temel şeklinden (TCK m.109/1) sorumlu olacaktır. Mağdurun yaşı veya zekâ düzeyi nedeniyle, fiilin hile niteliğinde sayılmayan davranışlarla gerçekleştirilmesi durumunda yine suçun temel şekli ya da koşulları varsa TCK m.109/3-f maddesi söz konusu olacaktır⁵²².

Kişinin iradesine uygun biçimde hareket edebilme özgürlüğünün “hile” yoluyla ihlal edilmesi, suçun işlenmesini kolaylaştırdığı⁵²³ için, cezayı artıran bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir (TCK m.109/2). Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun kişinin iradesinin hile ile sakatlanarak **işlenmesi** ya da özgürlükten yoksunluğun hile ile **devam ettirilmesi** halinde TCK’nın 109/2. maddesinde öngörülen nitelikli unsur oluşmaktadır⁵²⁴. Hile ile icra hareketlerine

çocuğu eşeğe bindirme bahanesiyle bulunduğu yerden alıp kendi evine götürdüğü ve bu hileli davranışıyla hürriyetinden yoksun kıldığı” (Yargıtay 14. CD, 26.05.2016, 5550/5173), “sanığın suç tarihinden önce tanımadığı oniki yaşı içerisinde bulunan mağduru gezdirme bahanesiyle motorsikletine bindirerek ormanlık alana götürmesi” (Yargıtay 14. CD 14.06.2016, 4821/5873), “suça sürüklenen çocuğun, mağdureyi saklambaç oynama ve top alma bahaneleriyle hile kullanarak, istismar eylemini gerçekleştirmek üzere kömürlüğe ve çatıya götürmesi” (Yargıtay 14. CD 27.10.2016, 6541/7398), “sanığın, kız arkadaşı olan onaltı yaşı içerisindeki mağdureye, birlikte araçla gezip konuştuktan sonra evine bırakacağını söyleyerek hileyle araca binmesini sağlaması” (Yargıtay 14. CD, , 29.06.2016, 5471/6450), “mağdureyle birlikte bakkaldan çikolata alan sanığın dönüşte mağdureye “kimse görmesin, bize niye almadınız derler” diyerek hileyle apartmana götürmesi” (Yargıtay 14. CD 25.10.2016, 7793/7333), “sanığın mağdure Fatma Kocakurt’u gözlük kılıfını götürme bahanesiyle hile kullanarak lojmanına göndermesinin ardından arkasından gidip eve aldıktan sonra çocuğun basit cinsel istismarı eylemini gerçekleştirdiği olayda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluştuğu” (Yargıtay 14. CD 28.10.2016, 5618/7432).

⁵²¹ “Hilenin alıkoyma veya kaçırmaya yönelik olması gerekir. Ayrıca hile aldatıcı nitelikte de olmalıdır. Vaad ile hile bir birine karıştırılmamalıdır. Ancak mağdurun yaşı, tecrübesizliği, içinde bulunduğu korku ve endişe hali gibi nedenlerle esasen hür iradesi ile kabul etmeyeceği bir hususun vaad edilerek iradesinin kırılması durumunda hilenin varlığı kabul edilmelidir. Bu nedenle bir şeyin hile olup olmadığı her somut olaydaki koşullara göre değerlendirilmeli ve failin kandırılarak direncinin kırılıp kırılmadığı belirlenip sonuca ulaşılmalıdır” (Yargıtay CGK 20.10.2015, 14-209/339); Örneğin “sanığın suç tarihinde onbeş yaşından küçük üç mağdurla bir süre sohbet ettikten sonra mağdurları ‘binanın bodrum katında porno yapalım size para vereceğim’ diyerek kandırıp apartmanın bodrum katına götürerek hileyle hürriyetlerinden yoksun kılması” (Yargıtay 14. CD 13.06.2016, 3673/5832) olarak değerlendirilmiştir.

⁵²² “Site bahçesinde çiçek toplayan 6 yaşındaki mağdureye eliyle işaret edip, yanına çağıran ve gelen mağdureyi aynı sitedeki apartmanlardan birinin bodrum katına sokup tasaddide bulunan hükümlünün eyleminde 109. maddenin 2. fıkrasında bulunan cebir, tehdit ve hile unsurunun ne şekilde gerçekleştiğinin kanıt ve gerekçeleriyle gösterilmeden hüküm kurulması kanuna aykırıdır.” (Yargıtay 5.CD. 3.1.2006, 18118/7) bkz. Gökcan, Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma, s.34.

⁵²³ Erem, Genel Hükümler, s.1188.

⁵²⁴ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.455.

başlanan suçun tamamlanamamış olması durumunda, failin TCK'nın 109/2. maddesi doğrultusunda suça teşebbüsten sorumlu olacağı açıktır.

Hile doğrudan mağdura yöneltilerek gerçekleştirilebilir. Örneğin, mağdur aldatılarak akıl hastanesine yatırılabilir veya mağdura uydurma haberler içeren sahte telgraf gösterilerek bir yerde kalması veya başka yere gitmesi sağlanabilir. Ayrıca, fail amacına iyi niyetli üçüncü bir kişi aracılığıyla (hataya düşürerek) ulaşabilir. Örneğin, sahte rapor gösterilerek mağdurun yetkililer tarafından bir akıl hastanesine kapatılmasının sağlanması ile suçun nitelikli unsuru oluşur⁵²⁵.

Kanımızca, doğrudan herhangi bir kişiye yöneltilmemiş olsa da, sadece çevrede belli bir izlenim oluşturmaya yönelik hileli hareketlerle fiilin gerçekleştirilmesi durumunda da kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun nitelikli unsuru oluşabilir. Örneğin, hemşire kılığındaki failin yeni doğan bir bebeği kolaylıkla hastaneden kaçırmaması durumunda, hileli davranışlar görünürde (kaçırılmakta olan bebeğin güvende olduğuna ilişkin) çevrede izlenim oluşturmaya yöneliktir. Ancak, bu örnekte, aslında doğrudan mağdur bebeğin farazi iradesine (bebeği korumakla yükümlü olanların iradesine) yönelmiş bir hile söz konusudur⁵²⁶.

Hile, icrai bir davranışla veya ihmali davranışla, karşı tarafın içine düştüğü yanılgıdan, bir konuda yanlış bilgi sahibi oluşundan yararlanarak gerçekleştirilebilir⁵²⁷. Ancak, bu durumda, yanılgıya düşen, yanlış bilgi sahibi olan kişinin bilgilendirilmesi konusunda hukuki bir yükümlülüğün bulunması gerekmektedir. Hileye uğrayan kişi ile hukuksal ilişkinin bulunması halinde, böyle bir yükümlülük vardır. Ayrıca, karşı tarafın belli bir konudaki yanılgısı karşısında

⁵²⁵ Önder, Özel Hükümler, s.35; Erem, Hürriyet ve Suç, s.64; Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.69.

⁵²⁶ Yargıtay bir olayın özelliklerine göre "... mağdureye ait yeni doğan bebeğin hastaneden gizlice alınıp götürülmesi şeklindeki eyleminin öncesinde sanığın hastanede bir hastası varmış gibi çevresinde izlenim uyandırmasının hile olarak değerlendirilemeyeceği" (Yargıtay 14. CD 23.09.2014 - 4309/10378) sonucuna ulaşmıştır.

⁵²⁷ Önder, Özel Hükümler, s.555; "Hile ... bir şahsı beyanda, davranışta bulunmağa yöneltmek amacı ile yapılan ve o şahsı yanlış bir zan uyandıran ya da daha önce varolan yanlış bir zannı devam ettiren davranışlardır" (Cihan, Cebir Kullanma Cürmü, s.60); "Böylece, dışarı çıktığı takdirde tehlikeli maddelerin aksiyonuna veya atomik radyasyonlara maruz kalacağı, yaygın salgın hastalıkları kapacağı gibi, uydurma tehlikeyi ona açıklayarak veya onun batıl itikadını istismar ederek evde kapalı kalmasında veya kendisinin ağır şekilde hasta olduğuna inandırarak yatakta sabit kalmasında olduğu gibi, kendiliğinden bir kişinin hürriyetini mahrum ettirmeye yönelik aldatma, oyuna getirme hiledir" (Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.102).

failin ihmali davranışının, örneğin susmasının, bir açıklamada bulunma değerini taşıması gerekir⁵²⁸. Örneğin, arızalı olan tuvalet kapısının içeriden açılmadığını bilen, iş yeri sahibi failin, mağdurun dışarı çıkamayacağını bildiği halde tuvalete girmesine sessiz kalması.

Doktrinde kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun hile veya tehditten başka şekilde işlenmesinin pek kolay olmadığı belirtilerek, bu nedenle hilenin, suçun temel şekli için genel bir araç olduğu ileri sürülmüştür⁵²⁹. Türk Ceza Kanunundaki bazı suçlar (örneğin sahtekârlık, dolandırıcılık) açısından hile, vazgeçilmez bir unsurdur. Buna karşılık, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunda olduğu gibi bazı suçlarda ise, hile seçimlik bir unsur olarak yer almaktadır. Bu tür suçlar, cebir veya tehdit ile işlenebileceği gibi hile ile de işlenebilirler⁵³⁰. Ayrıca, madde gerekçesinde vurgulandığı üzere, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun bu araçlar olmadan işlenmesi de mümkündür.

2.4.3. Silahla İşlenmesi

Türk Ceza Kanununda bazı suçların silahla işlenmesi, suçun cezasını artıran nitelikli unsuru olarak öngörülmüştür⁵³¹. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu gerçekleştirilirken silah kullanılması “fiilin işleniş şekline” ilişkin nitelikli unsurlardandır⁵³².

Suçun işlenmesinde kullanılan silah, bir yandan faile üstünlük sağlamakta ve cesaret vermekte, diğer yandan mağdurda ciddi bir korku yaratmakta ve mağdurun direncini kırmaktadır; böylece suçun daha kolay işlenmesini sağlamaktadır. Ayrıca fiil mağdurun iç huzuruna daha ağır zarar vermektedir⁵³³. Bu nedenlerle, suçun

⁵²⁸ Sözüer, Tehdit Suçu, s.127.

⁵²⁹ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.103.

⁵³⁰ Sözüer, Tehdit Suçu, s.128; “Belirtmek gerekir ki, hürriyete tecavüz fülünde, çoklukla kullanılan hareket biçimleri, “cebiri” veya “tehdit”tir. Bu ikisi, inceleme konusu suçta en çok kullanılan karakteristik özellik taşımaktadırlar. Buna karşılık, hile, hataya düşürme yolu ise, çok daha az kullanılabilir” Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü, s.59.

⁵³¹ 765 sayılı mülga TCK'nın 179/2, 188/3, 193/2, 254/2, 258/2, 277, 384, 457, 497, 515. ve yeni TCK'nın 82/1, 86/3, 106/2, 109/3, 149/1, 152/2, 170/1, 213/2, 214/2, 292/3. maddelerinde suçun silahla işlenmesi nitelikli unsuruna yer verilmiştir.

⁵³² Özenç, Genel Hükümler, s.221.

⁵³³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.365; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.428.

silahla işlenmesi kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun nitelikli unsuru olarak kabul edilmektedir (örneğin 1996 Rus CK. m.126/2-d ve 2009 Romen CK. m.205/3).

765 sayılı TCK'nın 179. maddesinin ilk şeklinde, kaynak kanun İtalyan CK'nın 146. maddesinde olduğu gibi fiilin silah ile işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir⁵³⁴. Cezayı artıran bu unsur 07.06.1979 tarih ve 2245 sayılı Kanunla 179. maddeye eklenmiştir. Bu unsurun uygulanmasında silah sayılan şeyler Kanunun 189. maddesi⁵³⁵ çerçevesinde belirlenmekteydi. Ancak silahı tanımlayan 765 sayılı TCK'nın 189. maddesinin 7.12.1988 tarihinde yürürlükten kaldırılmasından sonra, suçta kullanılan aracın silah olup olmadığının belirlenmesi hâkime bırakılmıştır⁵³⁶. 765 sayılı TCK uygulamasında ateşli silahların yanı sıra “saldırı ya da savunmada kullanılmaya özgü olarak yapılmış” diğer nesneler de silah sayılmaktaydı. Ayrıca sadece mekanik düzenekler değil kimyasal etkili silahlar da “aşındırıcı ecza” olarak değerlendirilerek silah tanımına dahil edilmiştir⁵³⁷. Ancak, aletin saldırı ya da savunma amacıyla imal edilmesi koşulunun aranması silah kavramını daraltıyordu⁵³⁸.

Suçun silahla işlenmesi, yeni TCK'nın 109/3-a. maddesinde de suçun cezasını artıran nitelikli unsur olarak öngörülmüştür. Nitelikli unsur açısından silahtan ne anlaşılması gerektiği, TCK'nın 6/1-f. maddesi çerçevesinde değerlendirilerek belirlenecektir. Bu maddeye göre, “Silah deyiminden; 1.Ateşli

⁵³⁴ krş. Majno, C.2, kn.792.

⁵³⁵ Madde 189 - “Ceza tâyininde kanunun şiddet sebebi sayarak bildirdiği silâh tabirinden maksat; 1 - Ateşli silâhlar; 2 - Patlayıcı maddeler; 3 - Tecavüz ve müdafaada kullanılan her türlü kesici, delici veya bereleyici âletler, 4 - Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı eczalar veya diğer her türlü zehirler ve boğucu, kör edici gazlardır” (07.12.1988 tarih ve 3506 Sayılı Kanun'un 10. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır);

⁵³⁶ Erem, Özel Hükümler, C.II, s. 2114; Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.69; Sözüer, Tehdit, s.140; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.104 vd.

⁵³⁷ Mustafa Ruhan Erdem, Türk Ceza Kanunu'nda Silah, **GÜHFD**, C.VIII, Y: 2003, S: 1-2, s.186.

⁵³⁸ 765 sayılı TCK uygulamasında, “balta, keser, orak, levye demiri, çekiç, makas, özel olarak kırılmış şişe, bijon anahtarı, demir dirgen, çelip cop, demir kilo, ekmek bıçağı, tornavida, İngiliz anahtarı, masat, testerenin demir kısmı, soba küreği, pense, soba maşası, girebi, çakı bıçağı, tahra, ateş küreği” silah sayılmış olmasına rağmen, “çivili tahta, tabanca kabzesi, bira şişesi, demir parçaları, hayvan bağlama zinciri, yemek çatalı, bilye yatağı, okey ıstakası, çay bardağı, demir oturak, terazi kefesi, dikenli tel, yüzük, sopa gibi kullanılan tüfek, taş ve sopa” silah sayılmamıştır. Bkz. 1989 tarihinden sonraki Yargıtay kararlarında, demir kilo, tornavida, ekmek bıçağı, orak ve keser gibi araçlar silah kapsamında sayılmıştır. Bkz. Erdem, Türk Ceza Kanunu'nda Silah, s.190 vd.; Yaşar/Gökcan/Artuç, C.1, s.159.

silahlar⁵³⁹, 2. Patlayıcı maddeler, 3. Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, 4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, 5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler ... anlaşılır”.

TCK 6. maddesinde, silah kavramı açısından sınırlayıcı bir tanım değil, aksine açıklayıcı, somutlaştırıcı ve örnekleyici bir sayım tercih edilmiştir⁵⁴⁰. Maddede yer verilen “saldırı ve savunma amacıyla yapılmamış olsa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler” ifadesi, 765 sayılı TCK’nın aksine, suçun işlenmesi sırasında failin üstünlüğünü sağlayan her türlü nesnenin, silah etkisi doğurmak şartıyla, o suçun işlenmesi açısından özel olarak hazırlanmamış olsa bile, silah sayılacağını kabul ederek, kavramın kapsamını genişletmiştir. Artık yeni TCK’ya göre taş, baston, levye gibi nesneler artık işlenen suç tipi ve somut olay bakımından elverişliliğe sahiplerse silah olarak değerlendirilmektedir^{541 542}.

⁵³⁹ “Ateşli silah: Mermi çekirdeği veya saçma tabir edilen özel şekil ve nitelikteki maddeleri, barut gazı veya bu neviden patlayıcı ve itici güç ile uzak mesafelere kadar atabilen silahları, anlatmak için kullanılır” (21.03.1991 - 91/1779 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmelik m.2).

⁵⁴⁰ Bunun bir sonucu olarak silah kavramı açısından uygulamada başvurulacak kaynaklar sınırlı değildir. Örneğin 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun ve 2521 sayılı Avda ve Sporda Kullanılan Tüfekler, Nişan Tabancaları ve Av Bıçaklarının Yapımı, Alımı, Satımı ve Bulundurulmasına Dair Kanun gibi düzenlemelerin ve hatta Kimyasal Silahların Geliştirilmesinin, Üretilmesinin, Stoklanmasının ve Kullanımının Yasaklanması ve Bunların İmhası ile ilgili Sözleşme gibi uluslararası metinler de uygulamada belirleyicidir. Bkz. Mahmutoglu/Karadeniz, s.67.

⁵⁴¹ Mahmutoglu/Karadeniz, s.69; “Yaralama suçunda kullanılan sopa, doğurduğu sonuçlar da gözetildiğinde ... 5237 sayılı TCY’nın 6. maddesi l/f fıkrası kapsamında saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli mahiyette ve silah olarak nitelendirilmiş ... Suçta kullanılan sopa ele geçirilmemiş veya zapt edilmemiş ise de, yaralama suçu yönünden elverişli bir özelliğe sahip olduğu doğurduğu sonuç itibarıyla açıkça anlaşılmalıdır” (CGK. 12.2.2008, 2008/3-25-2008/22).

⁵⁴² Alman ceza hukukunda silahlar ve tehlikeli araçlar olmak üzere gruplandırma yapılmıştır. Tehlikeli araçlar, kullanış biçimi sebebiyle mağdur nezdinde ciddi yaralanmalara yol açabilecek nitelikteki her türlü eşyayı ifade etmektedir. Alman Silah Yasası’na göre, ateşli silahlar ile kesici, delici ve bereleyici aletler silah kapsamına girmektedir. Suçta kullanılan bir aletin silah olup olmadığına ilişkin kriterler somut olayın koşullarına göre göre değişmektedir. Alman Federal Mahkemesi ve doktrini, “tehlikeli araç” deyimini, Yargıtay’ın anlayışına benzer biçimde yorumlamaktadırlar. Örneğin sopa, çelikten yapılmış gülle, gübre yabası, traş bıçağı, makas, buz hokeyi sopası, bardak, bira şişesi, kaynar su, demir çubuk, boru kerpeteni, parça etkili bomba, iskemle bacağı, çıplak vücuda karşı uygulanan deri kamçı, hareket halindeki otomobil, yüze batırılan kalem sapı, anahtar destesi, boğazı sıkmak için kullanılan kadın çorabı, sicim ve şal, yüze atılan biber, bisiklet zinciri, kol protezi uygulamada “tehlikeli araç” sayılmıştır. Alman Silah Yasası’na göre ‘teknik aletleri’

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu gerçekleştirilirken kullanılan silahın ya da silah sayılabilecek olan nesnenin, suçun maddi unsurunun tamamlanması açısından uygun (suçu gerçekleştirmeye elverişli) şekilde kullanılıp kullanılmadığı değerlendirilmelidir. Somut olayın unsurlarına göre, kullanılış şekli suçun gerçekleştirilmesi açısından uygun olan her türlü eşya silahtır⁵⁴³. Buna göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu gerçekleştirilirken kullanılan silahın boş ya da dolu olması önemli değildir. Somut olayda objektif olarak korkutucu nitelikte olan gaz tabancası gibi şeyler de silah olarak değerlendirilir⁵⁴⁴. Yine, başka suçlar (örneğin kasten yaralama) açısından silah sayılmayan, ancak korkutucu görünümde olan (örneğin kuru sıkı veya oyuncak tabanca gibi) aletler tehdit suçunda olduğu gibi, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu bakımından da silah kapsamında yer alabilecektir⁵⁴⁵. Yargıtay kararları da bu yöndedir⁵⁴⁶.

TCK'nın 109/3-a. maddesinde öngörülen nitelikli unsurun oluşması için suçun "silahla işlenmesi" gerekmektedir. Fiil sırasında failin üzerinde silahın varlığı bu nitelikli halin uygulanması bakımından yeterli değildir. Silâhın kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun işlenmesi sırasında kullanılması gerekmektedir. Ancak, mutlaka silahın mağdura yöneltilmiş olması zorunlu değildir. Fail, silahtan fiilin icrasını kolaylaştıracak biçimde yararlanmış olmalıdır. Öte yandan nitelikli unsur açısından bunun nasıl gerçekleştiğinin önemi yoktur. Örneğin kişinin direncini kırmak amacıyla, belde taşınan silahın görünmesini sağlamaya yönelik olan ceketi açma, silaha dokunma ya da benzeri hareketlerle bu nitelikli hal gerçekleşir⁵⁴⁷. TCK'nın 109/3-a. maddesinde öngörülen koşulun

içeren silah, yalnızca ateşli silahları değil, aynı zamanda kesici, delici ve bereleyici araçları da kapsamda ele alınmaktadır. Ancak bunların somut olayda tehlikeli alet olarak devreye sokulması ve kullanılması gerekmektedir" (Erdem, Türk Ceza Kanunu'nda Silah, s.184).

⁵⁴³ Bkz. Mahmutoglu/Karadeniz, s.69-71.

⁵⁴⁴ Gökcan, Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma, s.37.

⁵⁴⁵ Bkz. Mahmutoglu/Karadeniz, s.69-71; Sözüer, Tehdit, s.140.

⁵⁴⁶ Suç bıçakla işlendiği halde sanığın cezasından TCK'nın 109/3-a maddesi gereğince artırım yapılmaması (6. C.D. 12.12.2016, 5291/7106).

⁵⁴⁷ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.105; Tezcan/Erdem/Önok, s.517 vd; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.428; Üzülmöz, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1195.

gerçekleşmesi bakımından failin suçu işlediği sırada silahın görünür bir şekilde üzerinde bulundurması nitelikli halin uygulanması için yeterli görülmektedir⁵⁴⁸.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun hem tehditle hem de silahla gerçekleştirilmesi durumunda TCK'nın 109/2 maddesinin yanı sıra 109/3-a maddesindeki nitelikli unsur da oluşmaktadır. Bizim de katıldığımız Gökcan'a göre, fiilin silahla işlenmesi durumunda ayrıca tehdit sözü bulunmasa dahi tehdit suçu da gerçekleşmiş olabilir. Örneğin, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun silah doğrultarak işlenmesi durumunda -fiilin aynı zamanda tehdit içermesi dolayısıyla- suçun tehditle ve silahla işlendiği kabul edilmelidir⁵⁴⁹.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu işleyen birden fazla failden birinin silahlı olması nitelikli halin uygulanması için yeterlidir. Suça katılan diğer failler, suçta silah kullanıldığını biliyorlarsa, kendileri de bu nitelikli halden sorumlu olurlar⁵⁵⁰.

2.4.4. Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

Türk Ceza Kanununda bazı suçların icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi, suçun temel şekline göre daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir⁵⁵¹. Fiilin birden fazla fail tarafından işlenmesi, saldırıların yoğunluğunu ve ciddiyetini artırması, mağdurun direncini kırması, daha çok korkmasına yol açması ve savunma olanaklarını azaltmış olması dolayısıyla, suçun işlenmesini büyük ölçüde kolaylaştırmaktadır⁵⁵². Bu nedenlerle, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, kişiyi

⁵⁴⁸ Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.70; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.365.

⁵⁴⁹ Gökcan, Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma, s.38.

⁵⁵⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s.518; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.105; “cebir kullanma suçunda birden fazla kişi olup da, birisi silâhlı halde bulunuyorsa, şerikler bu fiilî ağırlatıcı sebepten etkileneceklerdir” (Cihan, Cebir Kullanma Cürmü, s.164).

⁵⁵¹ Özgenç, Genel Hükümler, s.89.

⁵⁵² Cihan, Cebir Kullanma Cürmü, s.171; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.366; Tezcan/Erdem/Önok, s.518; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.105; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.429; Koca/Üzülmez; Özel Hükümler, s.456; “İştirak halinde suçun daha kolay işleneceği, mağdurun direncinin daha kolay kırılacağı, suç için olsa dahi birleşmenin güç doğuracağı gibi düşüncelerin tümü iştirakin «genel ağırlatıcı sebep» sayılmasını haklı göstermektedir. Bu yolda birleşmenin daha ağır ve daha yoğun bir suçlu kişiliği gösterdiği kabul edilmelidir” (Erem, Faruk, Suç Faillerinin Sayısı, YD, S: 1-2, Ocak-Nisan 1991, s.25).

özgürlüğünden yoksun kılma suçunun “fiilin işleniş şekline” ilişkin nitelikli unsuru olarak kabul edilmektedir. Karşılaştırmalı hukukta da benzer düzenlemelere rastlanmaktadır. Örneğin 1996 Rus CK. 126/2-a maddesinde suçun birlikte hareket eden bir grup kişi tarafından işlenmesi cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir.

765 sayılı TCK’nın 179. maddesinin ilk şeklinde, kaynak kanun EİCK’nın 146. maddesinde olduğu gibi fiilin birden fazla kişi tarafından işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir⁵⁵³. 07.06.1979 tarih ve 2245 sayılı Kanunla 179. maddesinin son fıkrasına, suçun “birden çok kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde” cezanın artırılacağına ilişkin ifade eklenmiştir.

765 sayılı TCK’nın 179. maddesinin son fıkrasında yer verilen “birden çok kişi” ifadesi ile en az iki kişinin varlığının arandığı açık olmasına rağmen, aynı kanunun başka maddelerinde (m.384/3) “iki veya daha çok kişiden” söz edilerek, aynı anlama gelen farklı deyimlerin kullanılması karışıklığa yol açmaktaydı⁵⁵⁴. Bu nedenle doktrinde, 179. maddesinin son fıkrasının “suçun en az iki kişi tarafından birlikte işlenmesi” şeklinde değiştirilmesi önerilmiştir⁵⁵⁵. Bu yönde değişiklik yapılmasına ilişkin 1997 TCKT’da (m.158/1) yer verilen düzenlemeye, 2000 TCKT’da (m.159/1) ve 2003 TCKT’da (m.161/1) isabetli olarak yer verilmemiştir. Yeni TCK’nın 102/3-d, 103/3-a, 106/2-c, 109/3-b 119/1-c, 149/1-c, 265/3 maddelerinde suçun “birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” biçimindeki ifade birliği sağlanmıştır.

765 sayılı TCK’da suçun “birden çok kişi tarafından birlikte işlenmesi” ifadesinde geçen “birlikte” terimi, birden fazla kişinin fiilini işlerken beraberce

⁵⁵³ Krş. Majno, C.2, kn.792.

⁵⁵⁴ Erem’e göre 765 sayılı Kanuna ilişkin değerlendirmede “Suç faillerinin sayısı bakımından Ceza Kanunumuz kargaşa içindedir. Evvela ifade biçiminde birlik yoktur. «Birden fazla» kişiden söz edilirken, «iki veya daha fazla» kişi deyimini kullanılmakta, sayının «on kişi»ye kadar çıktığı görülmektedir” (Erem, Suç Faillerinin Sayısı, s.22); Cihan, Cebir Kullanma Cürmü, s.172; “TCK.u birden fazla kişiyi ifade etmek için bazı maddelerinde “bir kaç kişi” (m.188/3, 480, 482), “bir çok kimse” (m.193/2) ibarelerini kullanmış, Yargıtay da bu terimlerin kapsamını açıklamak için çaba sarfetmiştir. Nitekim Yargıtay çeşitli kararlarında, “bir kaç” terimine üç kişinin dâhil olduğunu, “bir çok” kavramının ise, üçten fazla kişiyi ifade ettiğini vurgulamıştır” (Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.70).

⁵⁵⁵ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.105.

hareket etmeleri olarak anlaşıyordu⁵⁵⁶. Dolayısıyla, suç işlemek için bir araya gelen kişilerin, fiilin işlenmesine herhangi bir şekilde katılmaları halinde suçun nitelikli halinin oluşacağı kabul edilmiştir. Ancak basit bir göz yumma, suça katılma olarak değerlendirilmemiştir⁵⁵⁷.

Yeni TCK'nın 109/3-b. maddesinin gerekçesinde, bu nitelikli unsurun ancak "suçun icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından birlikte" gerçekleştirilmesi (müşterek failliğin varlığı) hâlinde oluşacağı belirtilmiştir. Ayrıca suçun icra hareketlerinin bir kişi tarafından gerçekleştirilmesine karşılık, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması hâlinde, bu failler açısından 109/3-b. maddesinde düzenlenen nitelikli unsurun uygulanamayacağı açıklanmıştır. Böylece, 765 sayılı TCK'nın aksine, faillerin iştirak statüleri bakımından ayırım yapılmıştır⁵⁵⁸.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunun birden fazla kişinin katılımıyla işlendiği hallerde, somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak, suça katılanlar açısından müşterek failliğin (TCK m.37/1) koşullarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Birden fazla kişinin, birlikte suç işleme kararına bağlı olarak, suçun icraî hareketlerini birlikte gerçekleştirdikleri ve dolayısıyla, haksızlık teşkil eden fiilin icrası üzerinde müşterek hâkimiyet kurulduğu belirlenmişse 109/3-b. maddesinde düzenlenen nitelikli unsur uygulanmalıdır⁵⁵⁹. Mütemadi suçlarda, suç tamamlanmış olsa bile -fiilin icrası devam ettiği sürece- suçun sona ermesine kadar geçen süre içerisinde suçun nitelikli hale dönüşmesi mümkündür⁵⁶⁰. Bu nedenle, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunun müşterek faillerinin, bu süreçte, ancak farklı zamanlarda suça katılmış olmaları sonuca etkili değildir⁵⁶¹.

⁵⁵⁶ Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.70.

⁵⁵⁷ Cihan, Cebir Kullanma Cürmü, s.175; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.106; Yaşar, Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, s.174 vd.

⁵⁵⁸ "Birden fazla kişinin iştiraki bir suçun işlenmesini genellikle kolaylaştırmaktadır. Ancak, ... bir suçun iştirak hâlinde işlenmesi, iştirak statüleri arasında herhangi bir ayırım yapmaksızın, o suçtan dolayı kişilere verilecek cezanın artırılması nedeni olarak mütalâa edilemez" Özgenç, Genel Hükümler, s.89.

⁵⁵⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s.523.

⁵⁶⁰ Heinrich, I, kn.714-717.

⁵⁶¹ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.106.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunu işleyen doğrudan failin fiili üzerinde hâkimiyet kurmayan şerikler (fiile azmettiren veya yardım eden olarak katılanlar) bakımından ise bu nitelikli hal uygulanmamalıdır⁵⁶². Ancak, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlendiği belirlenmiş ise, başka kişilerin katılımıyla oluşan nitelikli hal, bunu bilen azmettiren ve yardım eden için de uygulanır⁵⁶³.

2.4.5. Kişinin Yerine Getirdiği Kamu Görevi Nedeniyle İşlenmesi

Mağdurun belirli özelliklere sahip olması, birçok suçun temel şeklinin ya da nitelikli hallerinin unsuru olabilmektedir. Bazı suçlarda (TCK m. 82/1-g, 86/3-c, 94/2-b, 109/3-c, m.125/3-a) mağdurunun kamu görevlisi olması, “mağdurun niteliğine” ilişkin bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir⁵⁶⁴.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi, hukukumuzda cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli unsurdur. Bu nitelikli unsurun kabul edilmesi, kamu görevinin serbestçe yerine getirilebilmesi amacıyla kamu görevlilerinin saldırılara karşı korunması ve kamu görevlilerine karşı işlenecek suçların, kamu görevlileri tarafından işlenen suçlarda olduğu gibi, devlet idaresi ve mekanizmasına zarar verebileceği düşüncesine dayanmaktadır⁵⁶⁵.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun nitelikli halinde, kamu idaresine ait yararın korunması ikincil nitelikte bir hukuksal değer olmaktadır. Korunan hukuksal değer dolayısıyla, suçun mağdurunun kamu görevlisi olması daha ağır ceza yaptırımıyla karşılanmaktadır. İspanya CK’nın 165 maddesinde de suçun mağdurunun “görevini yapan bir devlet memuru” olması cezayı artıran bir neden olarak düzenlenmiştir.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun TCK m. 109/3-c maddesinde öngörülen nitelikli unsur bakımından, mağdurun *kamu görevlisi* niteliğini taşıması

⁵⁶² Özgenç, Genel Hükümler, s.552 vd.

⁵⁶³ Tezcan/Erdem/Önok, s.518.

⁵⁶⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s.222; Okuyucu, s.533.

⁵⁶⁵ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.115; Muharrem Özen/Önder Tozman, Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, *AİD*, C:42, S:4, Aralık 2009, s.36.

gerekmektedir. Mağdur açısından kamu görevlisi kavramının kapsamı TCK'nın 6/1-c. maddesi çerçevesinde belirlenmektedir. Fail açısından yapılan açıklamalar kural olarak burada da geçerlidir⁵⁶⁶.

765 sayılı TCK'nın 180/1. maddesine göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun “Büyük Millet Meclisi âzasından biri yahut memuriyeti işlerinden dolayı bir memur aleyhine” işlenmesi cezanın artırılmasını gerektirmekteydi. Kaynak EİCK 146/3 maddesinin aksine, 180/1. maddesinde suçun TBMM üyesinin görevi ile ilgili bir amaçla işlenmiş olması koşulu aranmamıştır⁵⁶⁷. Fiilin, mağdur milletvekili aleyhine, milletvekilliği görevi süresince işlenmiş olması nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun, memura⁵⁶⁸ karşı, suçun memuriyeti sırasında gördüğü görev ile ilgili olarak işlenmesi durumunda ise, mağdurun suç anında memur olmaması nitelikli unsurun oluşmasına etkili değildir. Memurun herhangi bir nedenle görevini sürdürmemesi önem taşımaz⁵⁶⁹.

Doktrinde, ceza kanunu uygulamasında milletvekillerinin yasama görevini yapan memurlar olduğu belirtilerek, 765 sayılı TCK'nın 180/1. maddesindeki düzenleme eleştirilmiştir. Ayrıca, üyelik sıfatı sona ermiş olsa bile milletvekiline karşı görevi dolayısıyla işlenen kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun, 765

⁵⁶⁶ Bazı özel kanunların ilgilileri bakımından failin kamu görevlisine karşı suç işlemiş gibi cezalandırılacağı öngörülmüştür. Örneğin, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun 23. maddesi uyarınca “özel güvenlik görevlilerine karşı görevleri dolayısıyla suç işleyenler kamu görevlisine karşı suç işlemiş gibi cezalandırılır”. Yine, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 20. maddesi uyarınca “spor müsabakalarında görev yapan hakem, gözlemci ve temsilciler bu görevleriyle bağlantılı olarak kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi sayılır.”; TCK'nın 342. maddesine göre “Türkiye Cumhuriyetinde sürekli veya geçici olarak görevlendirilmiş yabancı devlet temsilcileri ile bunların diploması memurları veya uluslararası kuruluşların temsilcileri ile bunların diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınan memurları, kendilerine karşı görevlerinden dolayı işlenen suçlar bakımından, kamu görevlisi” kabul edilmektedirler (765 s. TCK m.166). Bu hükmün uygulanması, ilgili yabancı devlet kanununca da aynı esasların Türkiye bakımından kabul edilmiş bulunmasına -karşılıklılık kuralına- bağlıdır.

⁵⁶⁷ Majno, C.2, kn.787.

⁵⁶⁸ 765 sayılı TCK'nın 279. maddesine göre memur, yasama, idari ve adli görev yapan kamu görevlilerini ifade etmektedir. Bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.891.

⁵⁶⁹ Önder, Özel Hükümler, s.38; Erem, Özel Hükümler, C.2, s.1186.

sayılı TCK 450/2. maddesinde olduğu gibi düzenlenmesi gerektiği öne sürülmüştür⁵⁷⁰.

TCK'nın 109/3-c. maddesinde, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun “kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle” işlenmesi, cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlemiştir. Milletvekilleri TCK'nın 6/1-c. maddesi kapsamında kamu görevlisi sayıldığından, milletvekilleri açısından özel bir düzenleme yapılmasına gerek duyulmamıştır⁵⁷¹. Çünkü koşulları gerçekleştiğinde, TCK'nın 109/3-c. maddesinde öngörülen nitelikli hal, milletvekilleri bakımından da uygulanacaktır. Ancak milletvekiline karşı işlenen kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu, “anayasal düzeni bozmak amacıyla” (TCK m. 309) veya “Türkiye Büyük Millet Meclisini ortadan kaldırmaya veya Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engelleme amacıyla” (TCK m. 311) işlenmiş ise, anılan maddelerin 2. fıkraları uyarınca gerçek içtima kuralı uygulanır⁵⁷².

TCK'nın 109/3-c. maddesinde öngörülen nitelikli unsurun uygulanabilmesi için, iki koşulun gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Öncelikle mağdurun, TCK'nın 6/1-c. maddesine göre, kamu görevlisi sayılan kişilerden olduğu belirlenmelidir⁵⁷³. İkinci koşul olarak, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu, mağdurun “yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle” işlenmiş olmalıdır. Mağdurun yerine getirdiği kamu göreviyle ilgili olmayan, kişisel bir nedenle kamu görevlisinin özgürlüğünün kısıtlanması durumunda, fail sadece suçun temel şeklinden sorumlu olacaktır.

Madde gerekçesine göre, nitelikli unsur açısından, failin saiki (fiili icraya sevk eden neden) önem taşıdığı için, işlenen fiil ile yerine getirilen kamu görevi arasındaki illiyet bağı belirlenmelidir. Burada fiilin, kamu göreviyle bağlantılı

⁵⁷⁰ Bkz. Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.115 vd.

⁵⁷¹ Cumhurbaşkanına karşı işlenen suçlarda cezanın artırılmasına ilişkin özel hüküm bulunmaktadır (765 s. TCK m.157- 5237 s. TCK m.310/2). Yine, yabancı devlet başkanına yönelik suçlar bakımında da cezanın artırılması öngörülmektedir (765 s. TCK m.164- 5237 s. TCK m.340).

⁵⁷² Tezcan/Erdem/Önok, 2014, s.444; TCK'nın 309/2 ve 311/2 maddelerine göre “Bu suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi hâlinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunur”.

⁵⁷³ Bkz. Gökcan, H.Tahsin/Artuç, Mustafa, **Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri**, 4. Bs., Adalet, Ankara 2016.

olarak işlenmiş olması yeterli olduğu için, kamu görevinin icrası sırasında -aynı zamanda- gerçekleştirilmiş olması gerekmez. Kamu görevlisi mağdurun -izin, emeklilik, istifa ya da azil gibi- herhangi bir nedenle görevinden ayrılmış olması önem taşımaz. Yine, bir kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, onun yakınına karşı suç işlenmesi halinde de nitelikli unsur oluşacaktır. Gerekçede “bir hâkimin verdiği karara tepki olarak oğlunun kaçırılması” bu duruma örnek olarak gösterilmiştir⁵⁷⁴.

Nitelikli unsurun uygulanabilmesi için, failin özgürlükten yoksun kılma suçunu, mağdurun kamu adına üstlendiği görevin gereklerini yerine getirmesinden dolayı işlemesi, yani onun görevli olduğunu bilmesi yeterlidir. Ancak, bu kişinin TCK’nın 6. maddesindeki tanım kapsamına giren kamu görevlisi olduğunu bilmesine gerek bulunmamaktadır⁵⁷⁵.

Öte yandan, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun kamu görevinin kötüye kullanılmasına tepki olarak işlenmesi halinde TCK’nın 109/3-c. maddesinde öngörülen nitelikli unsur uygulanamaz. Aksine, bu durum, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun temel şeklini işleyen fail bakımından haksız tahrik oluşturabilir⁵⁷⁶.

2.4.6. Kamu Görevinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

Tarihsel süreçte kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının öncelikle “devlete karşı” korunması düşüncesi ortaya çıkmıştır⁵⁷⁷. İnsan hakları hukukunda “*kişi güvenliği*” hakkı, bireyin her türlü keyfî müdahaleye karşı korunmasını ve kişinin kendisini güven içinde hissetmesinin sağlanmasını ifade etmektedir⁵⁷⁸. Bu nedenle, kişi haklarına yönelik sistematik ihlallerin dışında, belli bir yerle ve olayla sınırlı

⁵⁷⁴ Önder, Özel Hükümler, s.38; Erem, Özel Hükümler, C.2, s.1186.

⁵⁷⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s.242.

⁵⁷⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s.519.

⁵⁷⁷ Kuzu, s.15; İnceoğlu/Boyar/Karan/Akbulut/Arslan Öncü/Tokuzlu, s.182.

⁵⁷⁸ Jeze, s. 216; Gölcüklü, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, s.200; Erdoğan, s. 189 vd.

“bireysel ihlaller” de uluslararası insan hakları metinleri açısından önem taşımaktadır⁵⁷⁹.

Suçla korunması amaçlanan hukuksal değerin önemi dolayısıyla, failin kamu görevlisi olması durumu, bazen özel bir suç tipi olarak, bazen de suçun cezasını artıran bir nitelikli hal olarak düzenlenir ve fail hakkında, sıradan vatandaşa oranla daha ağır bir ceza yaptırımı uygulanır⁵⁸⁰. Kamu görevlilerinin, kamu erkinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak gerçekleştirdikleri fiillerden bireyleri koruma kaygısı ve aynı zamanda devlet idare ve mekanizmasının tehlikeye düşecek olması düşüncesi bunu gerektirmektedir⁵⁸¹. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesi durumunda, kişi özgürlüğünün yanı sıra kamu idaresine ait yararın korunması ikincil nitelikte bir hukuksal değerdir.

Kaynak EİCK’da olduğu gibi, 765 sayılı TCK’nın 181. maddesinde “bir memurun, memuriyet görevini kötüye kullanarak ya da kanundaki usul ve koşullara uymayarak bir kimseyi özgürlüğünden yoksun bırakması” bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmişti. Ancak EİCK’nın (m.147) aksine, bu suçun basit ve nitelikli halleri bakımından, memur olmayan failer için (765 s. TCK m. 179 ve 180) öngörülen cezalara göre daha hafif yaptırım belirlenmiş olması doktrinde eleştirilmiştir⁵⁸².

Karşılaştırmalı hukukta bazı ülkelerde (örneğin, Fransız CK. m. 432-4, 432-5, 432-6 ve Alman CK. m. 345) “kamu görevlisi tarafından işlenen suçlar” arasında özgürlükten yoksun kılma suçları, daha ağır cezayı gerektiren bağımsız suç tipleri olarak düzenlenmiştir. Bazı ülkelerde ise (örneğin, 1930 tarihli İCK m. 605 ve 1995 İspanya CK. m. 167) kamu görevlilerinin, görevlerini kötüye kullanarak işledikleri fiilleri daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak kabul etmektedirler.

⁵⁷⁹ Bkz. Akıllıoğlu s.101 vd., 157.

⁵⁸⁰ Ünver, Hukuksal Değer, s.833.

⁵⁸¹ “Memur sıfatının ağırlatıcı sebep sayılması çok eski bir maziye sahiptir. Nitekim Roma hukukunda önlemek ve mâni olmak vazifesiyle mükellef oldukları suçları ıka eden memurlar daha ağır bir surette cezalandırıldıkları gibi, Cermen hukukunda da mağdurun memur olması uzlaşma bedelinin artırılmasını icabettiriyordu” (Erman, Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur, s.237); Özen/Tozman, s.35.

⁵⁸² Erem, Özel Hükümler, C.II, s.1187; Ünver, Hukuksal Değer, s.842.

TCK'nın 109/3-d. maddesinde de kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi, cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli unsur olarak öngörülmüştür. Bu düzenlemeyle failin kamu görevlisi olması, “failin niteliğine” ilişkin bir nitelikli unsur olarak kabul edilmektedir⁵⁸³. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun temel şekli herkes tarafından işlenebilirken, nitelikli şeklinde özel faillik koşulunun aranması suçu *görünüşte özgü suç* haline getirmektedir⁵⁸⁴. Görünüşte özgü suçlar, suça iştirak bakımından özellik göstermektedir⁵⁸⁵.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak işlenebilmesi için öncelikle failin *kamu görevlisi* olduğunun belirlenmesi gerekmektedir (TCK m. 6/1-c)⁵⁸⁶. TCK'nın 109/3-c. maddesinde öngörülen nitelikli unsurun koşullarından farklı olarak, burada failin kamu görevinin suç tarihinde devam ediyor olması da gereklidir⁵⁸⁷. Nitelikli unsurun oluşması için failin gerçekten kamu görevlisi olan bir kimse tarafından işlenmesi gerekir. Gerçeğe aykırı olarak, kendisini kamu görevlisi göstererek suçu işleyen kimse hakkında TCK'nın 109/3-d. maddesi uygulanamaz, ancak hileli davranışlar 109/2. maddesinin uygulanmasını gerektirir⁵⁸⁸.

765 sayılı TCK'nın 181. maddesinde geçen “memuriyet görevini kötüye kullanarak ya da kanundaki usul ve koşullara uymayarak” ifadesi uygulamada ve doktrinde genellikle dar yorumlanıyordu⁵⁸⁹. Bu düzenleme, suç açısından memurun kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma (örneğin gözaltına alma, tutuklama) yetkisine sahip olması koşulunun aranması şeklinde anlaşılmıyordu. Buna göre, belirtilen yetkilerin bulunmaması halinde failin niteliği açısından memur olması yeterli

⁵⁸³ TCK'nın 86/3-d, 102/3-b, 103/3-e, 119/1-e, 227/5 maddelerinde de kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli unsurdur.

⁵⁸⁴ Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.222; bkz. 2.1.4.2. Failin Özelliği

⁵⁸⁵ Bkz. 3.2. İştirak.

⁵⁸⁶ Bkz. 2.1.4.2.1. Kamu Görevlisi.

⁵⁸⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.3748.

⁵⁸⁸ Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.91.

⁵⁸⁹ Konuya ilişkin görüşler için bkz. Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.146 vd.

olmamaktadır. Bu yetkilere sahip olmayan memurlar, işlediği suçlar bakımından mülga TCK'nın 179. maddesine göre sorumlu tutulmaktaydı⁵⁹⁰.

TCK'nın 109/3-d. maddesinde öngörülen nitelikli unsurun ikinci koşulu olarak, suçun kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi gerekmektedir. Bir fikre göre, “kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak” ifadesiyle, bir kamu görevlisinin kanunî usul ve şartlara uymayarak bir kimseyi kişi özgürlüğünden yoksun bırakması amaçlanmıştır. Bu nedenle, nitelikli unsurun oluşması için failin, kişi özgürlüğünden yoksun kılma yetkisine sahip olan bir kamu görevi olmalıdır⁵⁹¹.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, TCK'nın 109/3-d. maddesinde öngörülen nitelikli unsur açısından kamu görevlisinin kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma yetkisine sahip olması zorunlu değildir. Ancak, fail yerine getirdiği kamu görevinin sağladığı “nüfuzu”⁵⁹² kötüye kullanmak suretiyle, mağduru etkileyerek, suçun işlenmesinde kolaylık sağlamalı ve bunun sonucunda mağdur üzerinde egemenlik kurabilecek durumda olmalıdır⁵⁹³.

Kanunda “nüfuzun kötüye kullanılması”⁵⁹⁴ ifadesine, görevi kötüye kullanma kavramını da kapsayan geniş bir anlam yüklenmiştir. Burada “nüfuz”, kamu görevinin sağladığı imkân ve yetkiler dolayısıyla görevlinin sahip olduğu “etki gücünü” ve bunun mağdur üzerindeki “etkililiğini” ifade etmektedir⁵⁹⁵. Buna göre, kamu görevlisi failin, özgürlükten yoksun kılma yetkisi olmasa da, görevinden kaynaklanan “nüfuz etme” olanağının bulunması, nitelikli unsur bakımından yeterli olmaktadır.

⁵⁹⁰ Erem, Hürriyet ve Suç, s.67; Erem, Özel Hükümler, C.II, s.1186; Ali Rıza Çınar/İbrahim Şahbaz : Memurlar Tarafından İşlenen Özgürlükten Yoksun Bırakma Suçu, **ABD**, S.1996/1, s.51 vd.; Karşı görüşteki Artuk'a göre 765 s.TCK 181'de suç bakımından “Herkes (özel kişiler, bireyi hürriyetinden kısıtlama yetkisine sahip olmayan memurlar, örneğin, bakanlıkta idari bir iş görmekte olan memurlar) bu suçun faili olabilir” Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.58.

⁵⁹¹ Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.91.

⁵⁹² Nüfuz, “1. İçine geçme. 2. meC. Söz geçirme, güçlü olma, erk” anlamlarına; nüfuzlu ise “1. Sözü geçer, istediğini yaptıran, erkli: 2. Makamı yüksek, kademesi üst” anlamlarına gelmektedir. (Çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com> (Erişim: 20.01.2019)

⁵⁹³ Tezcan/Erdem/Önok, s.520; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.366; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.458.

⁵⁹⁴ TCK'da üstsoy ve altsoy ilişkisinden (m. 38/2), vesayet ilişkisinden (m. 102/3-b), hizmet ilişkisinden (m. 227/5) veya kamu görevinden kaynaklanan “nüfuz” ilişkilerine yer verilmiştir.

⁵⁹⁵ Gökcan, Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma, s.41.

Bu konuda üzerinde en çok durulan örnekler, kolluk görevlisinin kanuna aykırı olarak yakalama ya da savcı kararı olmaksızın gözaltına alma tedbirlerini uygulaması veya tutuklamanın yasal koşulları bulunmadığı halde hâkimin sadece ders vermek amacıyla tutuklama kararı vermesidir. Bu örnekler açısından kamu görevlisi faillerin, özgürlükten yoksun kılma yetkilerinin ve nüfuzu kötüye kullanma olanaklarının bulunduğu açıktır.

Öte yandan, TCK'nın 109/3-d. maddesi açısından, kamu görevlisinin idare hukukundan kaynaklanan “nüfuz etme” olanağının bulunması da yeterli olmaktadır. Örneğin, kamu görevlisi olan okul müdürünün aynı okulda çalışan bir öğretmene karşı işlediği veya kamu görevlisi sayılan sözleşmeli öğretmenin öğrencisine yönelik fiilleri bakımından bu nitelikli unsurun oluşması mümkündür.

Nitelikli unsurun uygulanabilmesi için, fail, fiilin icra ediliş şekline ilişkin olarak kanunî tanımda belirtilen hususların bilincinde olmalıdır. Kamu görevlisi fail, bu suçu işlerken, “görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle” hareket ettiğinin bilincinde olmalıdır⁵⁹⁶.

2.4.7. Üstsoy, Altsoy veya Eşe Karşı İşlenmesi

Mağdurun belirli özelliklere sahip olması bakımından, faille belli akrabalık ilişkisi içinde bulunması birçok suçun temel şeklinin ya da nitelikli hallerinin unsuru olabilmektedir⁵⁹⁷. Bazı suçlarda (TCK m. 82/1-d, 86/3-a, 96/2-b, 102/3-c, 103/3-c, 109/3-e) fail ile mağdurun akrabalık ilişkisinin olması, “mağdurun özelliğine” ilişkin bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun nitelikli şeklinde aranan akrabalık ilişkisi, aynı zamanda failin niteliği bakımından da özel faillik koşulunu getirmesi dolayısıyla, suçu *görünüşte özgü suç* haline getirmektedir⁵⁹⁸. Suça iştirak bakımından, *görünüşte özgü suçlar* özellik göstermektedir⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s.243.

⁵⁹⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s.220, 222.

⁵⁹⁸ Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 222.

⁵⁹⁹ Bkz. 3.2.2. İştirak.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun üstsoy, altsoy veya eşe karşı işlenmesi 765 sayılı TCK'dan beri cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli unsur olarak kabul edilmektedir (765 s.TCK m.180/1 - TCK m. 109/3-e). Bunun nedeni, aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunan kişilere karşı suçun daha kolay işlenebilmesidir. Mağdur genellikle aynı evi ya da ortamı paylaşmakta olduğu fail karşısında savunmasızdır. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun üstsoy, altsoy veya eşe karşı işlenmesi durumunda, kişi özgürlüğünün yanı sıra aile düzeninin korunması ikincil nitelikte bir hukuksal değer olarak ortaya çıkmaktadır.

Fail ile mağdur arasında “üstsoy, altsoy veya eş” olarak akrabalık ilişkisinin varlığı Türk Medeni Kanunu hükümleri çerçevesinde belirlenmektedir. Hısımlık kuruluş şekillerine göre, kan hısımlığı, kayın hısımlığı ve evlatlık edinmeden doğan hısımlık olmak üzere üç grupta toplanmaktadır. Kan bağına dayanan kan hısımlığı üstsoy-altsoy ve yansoy hısımlığı olarak ikiye ayrılmaktadır (TMK m. 17). Yansoy kan hısımlığı, ortak soydan gelenler (kardeş, amca, dayı, teyze, yeğen) arasındaki hısımlıktır. Kayın hısımlığı, eşlerden birinin, diğerinin kan bağıyla bağlandığı hısımları arasındaki hısımlıktır (TMK m. 18). Evlatlık edinmeden doğan hısımlık ise hâkim kararına dayanmaktadır (TMK m. 317)⁶⁰⁰.

TCK 109/3-e. maddesinde cezayı artıran nitelikli unsuru oluşturan akrabalık ilişkisi “üstsoy, altsoy veya eş” olarak sınırlanmış ve oldukça dar tutulmuştur. Yansoy kan hısımlığı, kayın hısımlığı ve evlatlık edinmeden doğan hısımlık bu madde kapsamında yer almamaktadır. Bu nitelikli unsur bakımından, nüfuzun kötüye kullanılması koşulu aranmamış, belirtilen akrabalık ilişkisinin varlığı yeterli görülmüştür.

Medeni Kanunun 17. maddesine göre, “biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy (düz hat) hısımlığı” vardır. Buna göre, failin, annesi, babası, dedesi veya büyük annesi üstsoyunu; failin çocuğu, torunu veya torununun çocuğu altsoyunu ifade etmektedir. Kanunda aranan üstsoy-altsoy ilişkisi kan bağından kaynaklanmakta ve üstsoy-altsoy derecesi bakımından bir sınırlama bulunmamaktadır⁶⁰¹. Kanunda, üstsoy-altsoy ilişkisi fiili anlamda kullanıldığından

⁶⁰⁰ Öztan, s.304 vd.

⁶⁰¹ Öztan, a.g.e., s.305.

bu ilişkinin mutlaka resmi bir nikâh akdiyle kurulan evlilik içinde gerçekleşmiş olması gerekmez. Evlilik dışında doğmuş çocuklar hakkında tanıma veya babalık hükmü olmasa da üstsoy-altsoy ilişkisine dâhildirler⁶⁰². Yargıtay'ın uygulaması da aynı doğrultudadır⁶⁰³.

Türk Medeni Kanununa göre “eş” evlenme akdi ile kurulan ilişkiyi ifade etmektedir. Suçun işlendiği sırada evlilik devam ediyor olmalıdır, ancak tarafların birlikte yaşıyor olmaları gerekmez. Buna karşılık, fiili birliktelikler bu nitelikli hal kapsamında değildir⁶⁰⁴. Doktrinde, üstsoy-altsoy ilişkisinde olduğu gibi, eş kavramının da fiili anlamda değerlendirilmesi, böylece fiili birlikteliklerin bu nitelikli hal kapsamında olması savunulmaktadır⁶⁰⁵. Kanımızca, TCK 109/3-e. maddesinde öngörülen nitelikli unsurda “eş” kavramının kapsamının fiili duruma göre genişletilmesi *suçta ve cezada kanunilik ilkesi* ile bağdaşmaz.

765 sayılı TCK döneminde Yargıtay 11.06.1956 tarih ve 5/12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, müşterek evi terkeden karısını rızası dışında eve geri getiren kocanın kişisel özgürlüğü sınırlama “özel kastıyla” değil, yuvanın dağılmaması ve aile birliğinin bozulmaması amacıyla hareket ettiği gerekçesiyle fiilin sadece müessir fiil veya aile bireylerine kötü muamele suçunu oluşturacağı sonucuna varmıştır⁶⁰⁶. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun özel kastla işlenebileceğini kabul eden Yargıtay uygulamasına yönelik eleştirilere⁶⁰⁷ ve bu anlayışın değişim sürecine değinmiştik⁶⁰⁸.

⁶⁰² Bkz. Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.73; Hakeri, Hakan, **Kasten Öldürme Suçları**, Ankara, 2006, s.233; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.33; Tezcan/Erdem/Önok, s.159 vd; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.103 vd.

⁶⁰³ Bkz. 2.2.1.2. Doğrudan Kast.

⁶⁰⁴ Bkz. Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.73; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.33; Tezcan/Erdem/Önok, s.161.

⁶⁰⁵ Bkz. Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, s.233; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.129; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.126; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.104, 457.

⁶⁰⁶ Çağlayan, s.400-401.

⁶⁰⁷ Önder, Özel Hükümler, s.31-33.

⁶⁰⁸ Bkz. 2.2.1.2. Doğrudan Kast.

2.4.8. Çocuğa Karşı İşlenmesi

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun temel şekli, mağdur bakımından özellik göstermeyen ve herkese karşı işlenebilen bir suçtur. Bu suçla bireyin o anda gerçekleştirmek üzere olduğu (aktüel) hareket serbestisi korunduğu gibi, gelecekte gerçekleştirilmesi mümkün (potansiyel) hareket serbestisi de korunmaktadır. Bu nedenle, mağdurun yaşının küçük olması ve hatta yaşı itibarıyla hareket serbestisinin kısıtlandığının farkında olmaması suçun oluşması açısından önemli değildir⁶⁰⁹.

765 sayılı TCK'da 182/1. maddesinde, “küçükleri kaçırma ve alıkoyma” suçunda öncelikle “şehvet hissi veya evlenme maksadı olmaksızın henüz onbeş yaşına girmeyen küçük bir çocuğu kendi *rızasıyla* kaçırma veya alıkoyma” suçu düzenlenmektedir⁶¹⁰. Ayrıca, maddenin 2. fıkrasında, “fiil, kaçırılan veya alıkonulan çocuğun *rızası olmaksızın* işlenmiş yahut çocuk henüz on iki yaşını ikmal etmemiş” ise fail hakkında 179 ve 180. maddelerinin uygulanacağı belirtilmekteydi. Bu düzenlemeye göre, onbeş yaşını tamamlamış olanların rızalarının varlığı 765 sayılı TCK'da 179. maddesinde düzenlenen “hürriyeti tahdit” suçunu oluşturmuyordu⁶¹¹. 765 sayılı TCK'da kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun çocuğa karşı işlenmesi, cezanın artırılmasını gerektirmiyordu.

TCK'nın 109/3-f. maddesinde, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun çocuğa karşı işlenmesi, cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir. Bu nitelikli unsurun kabulü, mağdurun savunmasızlığının fiilin icrasını kolaylaştırması, faildeki ahlaki kötülüğün çokluğu ve fiilin bu kişilerin psikolojisinde oluşturduğu ihlalin ağırlığı düşüncesine dayanmaktadır⁶¹².

TCK'da, ceza kanunlarının uygulanmasında çocuk “henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi” olarak tanımlanmaktadır (m. 6/1-b). 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'na göre ise kazai rüşt ya da evlilik yoluyla reşit sayılanlardan olsa bile onsekiz yaşını doldurmamış olan kişi çocuktur (m.3). Buna göre, çocuk kavramı,

⁶⁰⁹ Bkz. 2.1.5.2. Kişide Hareket Serbestisi veya İrade Oluşturma Yeteneğinin Aranmaması

⁶¹⁰ Erem, Hürriyet ve Suç, s.74; Bu suçla, kişi özgürlüğünün yanı sıra, ebeveynin ve vasinin aile hukukundan doğan velâyet/vesayet haklarının ve (rızasının fiili suç olmaktan çıkarmaması dolayısıyla) küçüğün de kendi kendisine karşı korunması amaçlanmıştır. Bkz. Artuk, Küçükleri Kaçırma veya Alıkoyma Cürmü, s.20.

⁶¹¹ Erem, C.II, s.1194.

⁶¹² Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.92; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.367.

onsekiz yaşını doldurmamış olanların tamamını kapsamaktadır. Hukukumuzda esas alınan “onsekiz yaş ölçütü” uluslararası metinlerle uyumlu bulunmaktadır⁶¹³.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunda mağdurun gerçek yaşının tespiti, öncelikle ilgilinin rızasının geçerli olup olmadığının değerlendirilmesi açısından, suçun sübut bulmasından sonra da nitelikli unsurun uygulanması bakımından önemlidir. Bu nedenle, nüfus kayıtlarındaki doğum tarihinin gerçeğe uygunluğu hakkında herhangi bir itiraz ya da mahkemede tereddüt bulunması halinde, bu sorun kovuşturmayı yapan mahkeme tarafından çözümlenerek gerektiğinde yaş düzeltilmelidir⁶¹⁴.

Fiilde çocuğun rızasının bulunmaması ya da rızanın geçersiz sayılması durumunda, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun hukuka aykırılık unsuru ve TCK’nın 109/3-f. maddesinde öngörülen nitelikli unsur oluşmaktadır. Buna karşılık, çocuğun rızasının geçerli olduğu hallerde, hukuka uygunluk sebebinin varlığı dolayısıyla, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun yasal unsurları gerçekleşmez⁶¹⁵. Ancak, bu durumda çocuğun rızasına unsur olarak yer veren, 765 sayılı TCK’nın 182. maddesi kapsamındaki fiiller, TCK’nın m. 234. maddesinde

⁶¹³ Bkz. Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi’nin 3. maddesi; İHAS açısından “5(1) maddesindeki diğer terimler gibi, ‘küçük’ terimi de Sözleşme kapsamında özerk bir anlama sahiptir. Avrupa standartları ışığında, on sekiz yaşından küçük herkes ‘küçük’tür” (Harris/O’Boyle/Warbrick, s.153); Öte yandan, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 1. maddesine göre “daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır”. Hukukumuzda daha erken yaşta reşit olsa bile, 18 yaşını doldurmamış kişi bu Kanunun uygulanmasında çocuk sayılmaktadır. Bkz. Mahmutoglu/Karadeniz, s.57; Yaşar/Gökcan/Artuç, C.I, s.136 vd.; 765 sayılı TCK’da “reşit olmayanın kaçırılması ve alıkonulması” suçunda mağdurun yaşı değil reşit olup olmaması gözetilmiştir (m. 430/1). “Evlenmekle reşit olan kadının boşanma halinde kazandığı bu kişisel durumu koruyacağı MK’nın 11. ve 141. maddelerinde öngörüldüğünden bu nedenle, evlenmekle reşit olan mağdurenin sonradan boşanmakla rüştünü muhafaza edeceği ve kendisine karşı işlenen rızaen alıkoyma ve ırza geçme eylemlerinin suç teşkil etmeyeceği...” (Yargıtay 5.CD. 18.12.1990, 4886/5818). Bkz. Malkoç, Genel Adap, s.379.

⁶¹⁴ CMK’nın 218/2. maddesi uyarınca “Kovuşturma evresinde mağdur veya sanığın yaşının ceza hükümleri bakımından tespitiyle ilgili bir sorunla karşılaşılması halinde; mahkeme, ilgili kanunda belirlenen usule göre bu sorunu çözerek hükmünü verir.” ; Mağdurun doğum tarihi hakkında daha önce bir düzeltme kararı verilmiş olması, 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu (m. 36/1-b) uyarınca aynı konuda ikinci kez karar verilmesine engel oluşturmaktaydı. Ancak Yargıtay, buna rağmen düzeltilen yaşın gerçeğe uygunluğu konusunda tereddüt bulunduğu, ceza yargılamasında maddi gerçeğin bulunması amacını gözeterek, nüfus kaydında herhangi bir düzeltme yapmaksızın bilimsel yöntemlerle belirlenen gerçek yaşa göre uygulama yapmaktaydı. (Bkz. Yargıtay CGK, 18.04.2000, 5-74/9); Anayasa Mahkemesi’nin 30.3.2012, 34/48 sayılı kararı ile 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 36/1-b maddesi iptal edilmiştir.

⁶¹⁵ Bkz. 2.3.3.1. İlgilinin Rızası

düzenlenen “çocuğun kaçırılması ve alıkonulması” suçu kapsamında diğer koşullar açısından değerlendirilecektir⁶¹⁶.

Altsoydan olan çocuğun onsekiz yaşından küçük olması halinde hem 109/3-e, hem de 109/3-f maddesindeki nitelikli unsurlar oluşur⁶¹⁷. Ancak her iki nitelikli unsur 109. maddenin 3. fıkrasının seçenek unsurları olduğundan, 109. maddenin birinci veya ikinci fıkralarına göre belirlenen temel ceza, önceki bentte düzenlenmiş olan 109/3-e uyarınca bir kat artırılacaktır. Ancak, bu durum, 109. maddenin birinci veya ikinci fıkralarına göre temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan ayrılma açısından dikkate alınacaktır⁶¹⁸.

Kanımızca, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun çocuğa karşı işlenmesinin, cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiş olması, uluslararası metinlerle örtüşmektedir. Uluslararası belgelerde “çocuğun gerek bedensel gerek zihinsel bakımdan tam erginliğe ulaşmamış olması nedeniyle ... özel güvence ve koruma gereksiniminin bulunduğu” kabul edilmiş ve bu nedenle çocuğun “her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması” amaçlanmıştır⁶¹⁹.

Buna karşılık, haklı olarak doktrinde, hükmün konuluş nedeninin çocuğun fiilden daha çok etkilenebilecek olması ve esasen de onun korumasızlığı nedeniyle fiili işlemedeki kolaylık olduğu göz önünde tutulduğunda, çocuğun çocuğa karşı işlediği suç bakımından (örneğin 17 yaşındaki failin 18 yaşındaki mağdura yönelik fiilinde) bu gerekçenin geçerli olmadığı belirtilmiştir. TCK 109/3-f maddesinde, fiilin yalnızca “beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı” işlenmesine yer verilerek, her somut olayda mağdur çocuğun savunmasızlık durumunun mevcut olup olmadığının ayrıca araştırılmasını sağlayacak biçimde düzenleme yapılması yerine, bu nitelikli unsurun mutlak

⁶¹⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s.512.

⁶¹⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.367.

⁶¹⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s.909; Kasten öldürme suçunda olduğu gibi “Bu bent kapsamında çocuğun, failin alt soyu olmaması gerekir. Şayet çocuk, aynı zamanda failin alt soyu bulunuyorsa, bir önceki bentte (m. 82/1-d) üstsoy-altsoy ilişkisi özel olarak düzenlendiği için, bu bende (d bendine) atıfla failin cezalandırılması gerekir. İfade edelim ki, üstsoy-altsoy ilişkisinin bulunduğu hallerde mağdurun çocuk, yani onsekiz yaşından küçük olması da gerekmemektedir” (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler s.106).

⁶¹⁹ Bkz. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Önsözü ve 19. maddesi.

biçimde formüle edilmiş olması eleştirilmiştir⁶²⁰. Bize göre de kanunun bu doğrultuda revize edilmesi gerekmektedir.

2.4.9. Beden veya Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi

765 sayılı TCK'da, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun, beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişilere karşı işlenip işlenemeyeceği konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Akıl hastalarına karşı bu suçun işlenip işlenemeyeceği konusunda, bilinç serbestîsi ve irade serbestîsinin ne dereceye kadar etkilenmiş olduğu araştırılarak sonuca ulaşılması, kendi kendine hareket etmekten tamamen yoksun olan akıl hastasına karşı bu suçun işlenemeyeceği öne sürülmüştür⁶²¹. Buna karşılık, kişinin hareket özgürlüğünün akıl sağlığı veya olgunluk derecesinden bağımsız bir şekilde koşulsuz, objektif olarak korunduğu belirtilerek, akıl hastalarının da bu suçun mağduru olabileceği savunulmuştur. Aynı gerekçelerle, geçici ya da patolojik nedenlerle hareket yeteneği bulunmayan felçliler, yatalaklar ve ağır hastalarında mağdur olabileceği belirtilmiştir⁶²².

TCK'nın 109/3-f. maddesinde, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişilere karşı işlenmesi, cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir. Mağdurun ileri yaşı, hastalığı, malullüğü veya ruhsal veya fiziksel güçsüzlüğü dolayısıyla, suçun kendini korumaktan aciz bir kimseye karşı işlenmesi, faildeki ahlaki kötülüğün çokluğu ve fiilin icrasındaki kolaylık nedeniyle nitelikli unsur sayılmıştır⁶²³.

⁶²⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s.519; Hafizoğulları/Özen, Özel Hükümler, s.49 vd.

⁶²¹ Bkz. Erem, Hürriyet ve Suç, s. 63; “Yargıcın böyle hallerde bir neticeye varırken «zaruret hali»ni (TCK. 49, b. 3) ve «delilerin muhafazası» ile ilgili kanun hükümlerini (bilhassa TCK. 561) nazara alması doğru olur” (Erem, II, s.1180); Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü, s. 53, Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.45.

⁶²² Önder, Özel hükümler, s.28; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.45 vd.

⁶²³ Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.92; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.367.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu ile bireyin aktüel hareket serbestisinin yanı sıra potansiyel hareket serbestisinin de korunması dolayısıyla, yeni doğmuş bebeğin, akıl hastasının ya da bilinci yerinde olmayan ağır hasta kimselerin suçun mağduru olmaları mümkündür. Mağdurun beden veya ruh bakımından kendini savunamama durumunun, süreklilik göstermesi gerekmez. Kanımızca, bu durumun, fiilin işlendiği sırada mağdurun fiile direncini tamamen ortadan kaldırması da gerekmez, mağduru bu açıdan etkilemesi yeterlidir⁶²⁴. Somut olay açısından kişinin bedensel veya ruhsal bakımdan kendini savunamayacak durumda olup olmadığı konusunda uzman görüşü alındıktan sonra, nitelikli unsurun koşulları hâkim tarafından değerlendirilmelidir (CMK m. 62-70)⁶²⁵.

Mağdurun bizzat fail tarafından kendini savunamayacak hale getirilmiş olması gerekmez. Kendini savunamayacak haldeki mağdurun içinde bulunduğu durumdan yararlanılmış olması nitelikli halin uygulanması bakımından yeterlidir⁶²⁶. Buna göre, uyuyan, alkol ya da uyuşturucu madde etkisinde olan, kazaya uğramış veya bitkisel yaşamda olan kimselerin “hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak özgürlüğünden yoksun bırakılması” (örneğin fidye almak için bulunduğu yerde kilitli tutulması ya da kaçırılması) durumunda suç oluşacaktır⁶²⁷.

2.4.10. Cinsel Amaçla İşlenmesi

Geniş anlamda amaç (maksat), failin fiili ile ulaşmayı planladığı nihai hedeftir⁶²⁸. Failin amaçladığı neticenin, nihai hedef ya da sadece nihai hedef

⁶²⁴ Krş. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.368.

⁶²⁵ “Kişinin beden veya ruh bakımından kendini savunacak durumda olup olmadığına herhalde hakim değil hekim karar verecektir” (Hafizoğulları/Özen, Özel Hükümler, s.50).

⁶²⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s.518. “başvurucu korumasız durumda ve mümeyyiz olmayan bir kişidir ve bir hastanede, ruh sağlığı mevzuatına göre zorla tutulan bir hasta olarak değil, ‘kendi iradesiyle yatan bir hasta olarak bulunmaktadır. Akıl sağlığının durumu nedeniyle itaatkar olan başvuru hastaneye yatırılışına ve psikiyatrik bir kurumda bulunuşuna rıza gösterecek ya da itiraz edecek durumda değildir. Ancak hiçbir zaman o kurumu terk etmeye de çalışmamıştır. Orada ‘kilit altında tutulup tutulmadığına ilişkin deliller net değildir fakat her hâlükârda 5. madde uygulanmıştır çünkü somut durumda, hastane personeli başvuru kişinin bakımı ve hareketleri üzerinde ‘tam ve etkili bir denetim’ uygulamıştır” (*Ashingdane v Birleşik Krallık, para. 91*) Harris/O’Boyle/Warbrick, s.129.

⁶²⁷ Bkz. 2.1.5.2. Kişide Hareket Serbestisi veya İrade Oluşturma Yeteneğinin Aranmaması

⁶²⁸ Ozansü, s.135; **Dönmezer/ Erman**’a göre “saik, failin harekete geçmesine yol açan sebeptir. ... Maksat yasal tarifte yer alan tipe uygun bulunan ve failin gerçekleşmesini istediği neticedir; amaç

açısından zorunlu bir ara hedef olması önemli değildir⁶²⁹. Dar anlamda amaç ise planlanan nihai hedef açısından failin zorunluluk bağlantısı içinde öngördüğü tipik neticeler karşısındaki içsel durumudur⁶³⁰.

Saik (fiili işlemeye iten iç etken, dürtü), amaç gibi, kasttan önce gelen, kastı hazırlayan bir duygu, düşüncedir⁶³¹. Fail objektif tipin dışında bir neticeyi amaçlıyorsa, failin ona ulaşması gerekmez⁶³². Failin suç teşkil eden fiili hangi saikle işlediğinin genelde bir önemi yoktur⁶³³. Buna karşılık, amaç veya saik, suçun yasal tanımında, suçun temel şekline ilişkin ya da nitelikli şekline ilişkin bir unsur olarak yer almış olabilir⁶³⁴. Bu durumda, suçun yasal tanımında belirtilen amaçla ya da saikle işlenmesi önem kazanır⁶³⁵.

Hukukumuzda kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu, gerek 765 sayılı TCK'nın 179, gerekse 5237 sayılı TCK'nın 109. maddelerinde tanımlanırken, fiilin temel şekli bakımından belirli bir amaçla hareket edilmiş olması koşulu aranmamıştır⁶³⁶. Bununla birlikte, özgürlükten yoksun bırakılmanın sıklıkla “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar”la birlikte işleniyor olması⁶³⁷, bu tür fiillerin ağır sonuçlarının önlenmesine yönelik formül arayışını gerekli kılmıştır.

ise bu neticenin ötesinde failin elde etmek istediği yarardır”. Amaç saikle birleşebileceği gibi, bundan farklı da olabilir. Bkz. Dönmezer/Erman, C.II, kn.933.

⁶²⁹ Koca/Üzülmez, Genel hükümler, s.251.

⁶³⁰ Ozansü, s.135 vd.

⁶³¹ Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.66.

⁶³² “Fail bakımından saik unsurunun kabul edilmesi için, suç tipinin gerçekleştirilmesini failin davranışı bakımından ara hedef olarak kabul etmesi de yeterlidir (örneğin failin bir başka suçu gerçekleştirebilmek için bir malı, mal edinmek amacıyla çalması veya hayat sigortasından para tahsil edebilmek için birisini öldürmesinde olduğu gibi)” (Heinrich, I, kn.284).

⁶³³ Koca/Üzülmez, Genel hükümler, s.252.

⁶³⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s.303.

⁶³⁵ Suçun belirli bir amaç ya da saikle işlenmesi TCK'nın 76/1, 77/1, 79/1, 80/1, 118/1, 123/1, 213/1, 220/1 maddelerinde düzenlenen suçların temel şeklinin unsurlarıdır. TCK'nın 82/1-h,j,k, 109/5, 144/1-b, 150/1, 159, 149/1-g, 152/1-g maddelerinde ise, suçun belirli bir amaç ya da saikle işlenmesi, suçların cezasını artıran ya da azaltan nitelikli unsurlarıdır.; Öte yandan, saik ve benzeri içsel belirlenimlerin suç tipinde yer almasının suç tipini sınırlandırdığı ve aslında bir ahlak ceza hukuku yaratma tehlikesini bünyesinde barındırdığı ileri sürülmektedir. Bkz. Ozansü, s.138 vd.

⁶³⁶ Önder, Özel Hükümler, s.31; Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü, s.68; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.368.

⁶³⁷ “Kaçırma ve alıkoyma suçlarının temel nedenini sevmeye ve sevişmeye olgusu oluşturmaktadır. Buna neden olan etkenler ise genel olarak üç grupta toplanmaktadır. Etkenlerden ilkinin ekonomik nedenler, ikincisinin toplumsal nedenler, üçüncüsünün de biyo-psikolojik nedenler oluşturmaktadır. Erkeğin veya kızın fakir olması, aile içinde veya aileler arasındaki huzursuzluklar, cinsel

765 sayılı TCK'nın 429. maddesinde, cebir, şiddet, tehdit veya hile ile “şehvet hissi veya evlenme maksadıyla” reşit olan “kadının” kaçırılması ya da alıkonulması suçu düzenlenmiştir⁶³⁸. “Kaçırılan kadının evli olması” durumunda cezanın artırılması kabul edilmiştir. Doktrinde, bu suçun mağdurunun cinsiyeti bakımından ve ayrıca suçun nitelikli halinde bekâr ya da evli olması açısından ayırım yapılmış olması eleştirilmiştir⁶³⁹. Kanunun 430. maddesinde ise fiilin, on iki yaşını doldurmuş olup da reşit olmayan kişilere karşı “şehvet hissi veya evlenme maksadıyla” işlenmesi düzenlenmekteydi. Önceki düzenlemeden farklı olarak burada “reşit kılınma” halinden söz edilmemiş olduğundan, bu kez de “mahkeme kararıyla reşit kılınan ancak onsekiz yaşını henüz doldurmamış” olanlar bakımından cinsiyet ayırımına yol açan bir uygulama ortaya çıkmaktaydı. Reşit kılınan ancak onsekiz yaşını henüz doldurmamış olan kız çocuklarına yönelik fiiller için 429. madde, aynı fiilin erkek mağduru açısından 179. madde uygulanmaktaydı. Öte yandan, failin, oniki yaşını doldurmuş olup da reşit olmayanlara yönelik fiilinde “şehvet hissi veya evlenme maksadı” yoksa 765 sayılı TCK'nın 179 veya 182. maddelerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştik⁶⁴⁰. Son olarak on iki yaşını doldurmamış küçüklerin şehvet hissi ile kaçırılmasında (cebir, şiddet, tehdit veya hile kullanmamış olsa dahi) ceza artırılmaktaydı (765 s. TCK m.431); şehvet hissi yoksa 182/2 dolayısıyla 179. madde uygulanmaktaydı⁶⁴¹.

ihtiyaçların tatmin edilmesi gibi nedenler bu olayların gerçekleştirilmesini kolaylaştırmaktadır” (Berrin Bozdoğan-Akbulut, Kaçırma ve Alıkoyma Suçları, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milenyum Armağanı**, C. 8, S. 1-2, Konya 2000, s.313). Bu nedenle, işlenen fiilin haksızlık içeriğini artıran TCK'nın 109/5 hükmünün mağdur ya da tanık beyanlarına dayalı olarak, masumiyet karinesine aykırı uygulamaya yol açabileceği gerekçesiyle kanundan çıkarılması yönündeki görüşe katılamıyoruz. Krş. Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.343.

⁶³⁸ “... bu suçun tamamlaması için failin maksadının da gerçekleşmiş olması gerekmez” (Önder, Özel Hükümler, s.552): “Ancak suçun tamamlanması şehvet hissi ya da evlenme maksadının yerine getirilmiş, tatmin edilmiş olmasına bağlı değildir. Failin aynı zaman da şehvet hissini tatmin etmesi halinde yerine göre, sarkıntılık, ırza tasaddi, ırza geçme gibi suçlardan da sorumlu tutulacağı muhakkaktır” (Artuk/Yenidünya, Kız, Kadın ve Erkek Kaçırma, s.116).

⁶³⁹ Artuk/Yenidünya, Kız, Kadın ve Erkek Kaçırma, s.108, 117; “Bu düzenleme, korunan hukuki değeri kadının cinsel özgürlüğü değil, ailenin ve kocanın şerefi olarak kabul etme gibi bir yanlış anlayışın ürünüydü. Ayrıca, evli olan ve olmayan kadınlar arasında ayrımcılık ifade ediyordu” (CENTEL, Nur, Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın, **Polis Dergisi**, S.44, 2005, s.7).

⁶⁴⁰ 2.1.7.8. Çocuğa Karşı İşlenmesi.

⁶⁴¹ Dönmezer, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, s.224 vd.; Erem, II, s.1885 vd.; Önder, Özel Hükümler, s.551 vd.

Özellikle 765 sayılı TCK'nın 430/2. maddesi, uygulamada, ülkemizin önemli bir sorunu olan “çocuk evliliklerine” (çocuk gelinlere) yol açan düzenlemelerden biriydi. Suçun maddi unsuru, reşit olmayan bir kimsenin cebir, şiddet, tehdit veya hile olmaksızın kendi rızasıyla şehvet hissi veya evlenme amacıyla kaçırılan çocuğun bir yerde alıkonulmasıydı. On iki yaşını doldurmuş olup da reşit olmayan çocuklara karşı işlenen bu suçun oluşması ebeveynin rızasının bulunmamasına bağlıydı⁶⁴². Dolayısıyla, küçüğün, ana babasının rızasıyla cinsel amaçla alıkonulması veya yasal olmayan biçimde evlendirilmesi bu suçu oluşturmuyordu⁶⁴³.

765 sayılı TCK'da kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun (m.179) “Hürriyet Aleyhinde İşlenen Cürümler” babında, “Kız, Kadın ve Erkek Kaçırarak” suçlarının ise fiildeki cinsel amaç göz önünde tutularak “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler” babında düzenlenmiş olması, 429-433 maddelerinde düzenlenen suçlarla korunan hukuksal değer in esasen kişi özgürlüğü olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir⁶⁴⁴. Bu suçlar, gerek mağdurun özellikleri bakımından, gerekse suçların ortak hükümleri açısından uyumsuzluğa neden olmaktaydı⁶⁴⁵. Ayrıca, reşit akıl hastalarına yönelik cinsel amaçla gerçekleştirilen

⁶⁴² Dönmezer, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, s. 253 vd.; Önder, Özel Hükümler, s.568; Şehvet hissi ile küçüklerin kaçırılmasına ilişkin bu düzenlemenin “aileye karşı suçlar” bölümünden çıkartılıp, hürriyet aleyhine işlenen suçlar kısmına alınmasının çok isabetli olduğu belirtilmektedir. Bkz. Aydın, Öykü Didem Ceza Hukuku 'nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu, **TBB**, S:53, 2004, s.133.

⁶⁴³ “Reşit olmayan kimselerin rızalarıyla kaçırılmaları ya da alıkonulmaları halinde suçun oluşması için, ana babanın veya vasinin rıza ve uygun görmelerinin bulunmaması gerekir” İçtihadı Birleştirme Kararı 8.5.1940-41/74 (Malkoç, Genel Adap, s. 388); “Mağdurenin daha önce ailesi tarafından gayriresmi olarak evlendirildiği Ali'nin evinden sanık Hasan ile kaçtığı anlaşıldığından ortada aile düzenine karşı işlenmiş bir fiil bulunmadığı halde TCK.nun 430/2.maddesi ile mahkûmiyetine karar verilmesi" 5. CD. 8.4.1993 1079/1523 (Malkoç, Genel Adap, s.385); Öte yandan ebeveynin, reşit olmayan çocuğun şehvet hissi veya evlenme amacıyla kaçırılması suçunun oluşmasına engel olan rızası, ırza geçme, tasaddi suçları için geçerli olmadığından bu suçlara iştirak niteliğinde değerlendirilmekteydi. Bkz. Malkoç, Genel Adap, s.384.

⁶⁴⁴ “kişi hürriyetine ait olan bu suçların 9. bâbdan oldukça uzak ve farklı nitelikte suçların düzenlendiği yerde tespit etmesi kaynak kanunun ilk kabul edildiği zamanlarda dahi eleştirilmiş ve sistemsizliği vurgulanmıştı” (Önder, Özel Hükümler, s.2); “faildeki saik gözönünde bulundurulursa, kanunumuzun sisteminin yerinde olduğu müdafaa edilebilirdi, yeni kanunların eğilimi bu suçu kişi hürriyeti aleyhinde işlenmiş bir suç olarak görme doğrultusundadır ve faildeki cinsel nitelikteki saiki de bir ağırlatıcı sebep olarak kabul ederler” (Önder, Özel Hükümler, s.552).

⁶⁴⁵ Bozdoğan-Akbulut, s.351.

kaçırma ve alıkoyma fiillerinin “rızanın varlığından” söz edilerek cezasız bırakılması adalet duygularını sarsmaktaydı⁶⁴⁶.

765 sayılı TCK’nın 429-433 üncü maddelerinde yer alan “kız ve kadın ve erkek kaçırma suçları”nın karşılığı olan, 5237 sayılı TCK’nın 109. maddesinin 5. fıkrasında, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun “cinsel amaçla” gerçekleştirilmesi, işlenen fiilin haksızlık içeriğini artıran ve bu nedenle cezada artırım yapılmasını gerektiren bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir⁶⁴⁷. Böylece, 765 sayılı TCK’da mağdurun yaşı, cinsiyeti, suçun işleniş amacı bakımından çeşitli ayrımlara yol açan bağımsız suç tiplerine yönelik eleştiriler de göz önünde tutularak, fiilin “cinsel amaçla” işlenmesi, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu düzenleyen genel suç tipi içerisinde formüle edilerek sadeleştirilmiştir.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun “cinsel amaçla” işlenmesinden ne anlaşılması gerektiği kanunda açıklanmamıştır. “Cinsel amaç” kavramının kapsamının belirlenmesindeki zorluğun yanı sıra, sınırlayıcı bir tanımın sakıncaları dolayısıyla, bu konunun doktrine ve uygulamaya bırakıldığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, “belirlilik ilkesine” (*nulla poena sine lege certa*) uygun olarak⁶⁴⁸, kapsamın gelişigüzel genişletilmesini sınırlayacak bir çerçeve çizilmesi gerekmektedir.

Kanunda, cinsel amacın kapsamı açısından, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan birine doğrudan atıf yapılmamış olması nedeniyle, “cinsel amaç” genellikle kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun cinsel saldırı, cinsel istismar ve cinsel taciz niteliğindeki fiilleri gerçekleştirme amaçlarıyla işlenmesi olarak anlaşılmaktadır⁶⁴⁹. Buna göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunda

⁶⁴⁶ Artuk/Yenidünya, Kız, Kadın ve Erkek Kaçırma, s.135; “... kaçırma ve alıkoyma suçlarında ihlâl edilen kişisel özgürlük bir tarafa bırakılarak, faildeki şehvet hissi veya evlenme amacından hareketle kaçırma ve alıkoyma suçlarının Genel Adap ve Aile Düzeni Aleyhinde Cürümler babında düzenlenmesi uygun olmamıştır” (Bozdoğan-Akbulut, s. 314).

⁶⁴⁷ Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım,, s.92; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.368; “765 sayılı TCK döneminde cinsel özgürlüğe karşı suçlarla birlikte “kaçırma” adı altında düzenlenen bu hükmün, “hürriyeti tahdit suçu” olarak düzenlenmesi yerinde olmuştur” (Fahri Gökçen Taner, **Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar**, Seçkin, Ankara 2013, s.238).

⁶⁴⁸ Sözüer, Ceza Hukuku Uygulama, s.6.

⁶⁴⁹ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.459; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.431.

“cinsel amaçtan maksat, failin eylemi işlerken cinsel arzularını tatmin gayesiyle hareket etmiş bulunmasıdır”⁶⁵⁰.

Toroslu’ya göre, mülga TCK’nın 429. maddesinin karşılığı olan bu nitelikli unsur açısından suçun “evlenmek amacıyla” işlenmiş olması da TCK’nın 109/5. maddesi kapsamında bulunmaktadır⁶⁵¹. Ancak, kişinin evlenme amacıyla kaçırılmasının, salt cinsel amaçlı olarak nitelendirilmesinin, her durumda doğru bir tespit olmayacağı belirtilmiştir⁶⁵².

Buna karşılık, sadece “şehvet hissi” teriminin karşılığı olan “cinsel amaç” terimi “evlenme amacını” karşılamadığı halde, bu kavramın da “cinsel amaç” terimi içersinde yorumlanmasının suçta ve cezada kanunilik ilkesine (kıyas yasağına) (TCKm.2/3) aykırılık oluşturacağı öne sürülmüş; suçun “cinsel amaçla işlenmesi” cezanın artırılmasını gerektiren bir neden olarak değerlendirilirken, suçun “evlenme amacı ile işlenmesi” haline yer verilmemiş olması eleştirilmiştir⁶⁵³. TCK’nın 109/5. maddesinde ve gerekçesinde açıklık bulunmamasına rağmen “evlenme maksadı ile kız kaçırmanın bu hükmün kapsamında olduğunun düşünülmesi” şüpheyile karşılanmaktadır⁶⁵⁴.

Yargıtay, cinsel amacın belirlenmesi bakımından cinsel dokunulmazlığa karşı suçları esas alan ölçütleri benimsemektedir. Ayrıca kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun “evlenme amacıyla” işlenmesi de TCK’nın 109/5. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir⁶⁵⁵. Buna karşılık Yargıtay CGK’nın 06.10.2015

⁶⁵⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.368; 765 sayılı TCK’nın 429. maddesinde cinsel amacın karşılığı olan “... şehvet hissinden ne anlaşılması gerektiği belirli değildir. Bu kavram yalnız cinsel ilişki amacına yönelik hareketleri kapsamamaktadır. Cinsellik duygusuyla mağdura yapılan fiziksel temaslar da bu anlamdadır. Dolayısıyla, olayda şehvet hisinin var olup olmadığı somut olayın şartlarına bakılarak takdir edilmelidir” (Bozdoğan-Akbulut, s.326).

⁶⁵¹ Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.92-93.

⁶⁵² Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.70; “Zira suçun cinsel amaçla işlenmesi ile mağdurun evlenmeye ikna edilmek üzere kaçırılması aynı şey değildir” (Taner, a.g.e., s.238).

⁶⁵³ Zeki Hafizoğulları, Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu, (Çevrimiçi) <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/cinsel-suclar.html>, s.3-4 (Erişim: 20.01.2019).

⁶⁵⁴ Hafizoğulları/Özen, Hürriyete Karşı Suçlar, s.2727; Ayrıca, Yargıtay CGK’nun 11.03.2008 tarih ve 5-253/52 sayılı kararında, onbeş yaşını doldurmamış olan, ancak ceza ehliyeti bulunan çocuklar bakımından TCK’nın 103. maddesindeki düzenlemeye atıfta bulunarak kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçu açısından da çocuğun rızasına geçerlik tanınmaması eleştirilmiştir. Bkz. Hafizoğulları/Özen, Özel Hükümler, 191-193. Anılan Yargıtay kararına yönelik, aynı yöndeki görüşlerimize “ilgilinin rızası” konusunda yer verdiğimiz için burada tekrardan kaçınıyoruz.

⁶⁵⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, C.3, s.3753.

tarifli kararında, nitelikli unsur açısından fiilin yalnızca “evlenme amacıyla” işlenmiş olması yeterli görülmemiş, ayrıca olayın özelliklerine göre “cinsel amaç” içerip içermediği değerlendirilmiştir⁶⁵⁶.

Yargıtay, mülga TCK’nın 429 - 431. maddeleri bakımından, cinsel suçun işlenmesi için yer temini amacıyla mağdurun bir yere götürülmesi halinde, yalnızca cinsel suçun oluşacağını, kaçırma ve alıkoyma suçlarının ise oluşmayacağını kabul etmekteydi⁶⁵⁷. TCK’nın 109. maddesinin uygulamasında ise tipik fiilin varlığı halinde, fiilin yer temini niteliğinde olup olmadığı araştırılmaksızın cinsel amaçlı suçun oluştuğu kabul edilmektedir⁶⁵⁸. Yine, kaçırılan mağdurun elbiselerinin zorla çıkartılarak çıplak fotoğraflarının çekilmesi de TCK’nın 109/5. maddesi kapsamında cinsel amaç olarak kabul edilmiştir⁶⁵⁹.

Bize göre de, TCK’nın 109/5. maddesi açısından “cinsel amaç”, TCK’daki cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan birine yönelmiş olan bir amaç olmalıdır. Ancak, “cinsel amaç” kavramının kapsamı sadece “failin güncel cinsel isteklerini giderme” amacıyla sınırlanmamalıdır. Çünkü mülga TCK’da cinsel suçlarla

⁶⁵⁶ “sanık E. ile mağdurenin fiilen bir araya gelmemiş olsalar da suç tarihinde resmi nikahla evli olmaları, sanık E.’nin mağdurenin boşanma davası açacağını öğrenmesi üzerine boşanmak istemediği için eşini kaçırdığını belirtmesi ve sanıkların mağdureyi cinsel amaçla kaçırdıklarına ilişkin dış dünyaya yansıyan bir davranışlarının bulunmaması karşısında; sanıkların atılı suçu sanık E.’nin evlilik birliğinin devamını sağlama dışında bir amaçla işlediklerine dair delil mevcut olmadığından, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemini cinsel amaçla gerçekleştirdikleri kabul edilerek haklarında 5237 sayılı TCK’nun 109/5. maddesinin uygulanmasına ilişkin yerel mahkeme hükmü ile bu hükmü onayan Özel Daire kararı isabetsizdir” (YCGK 06.10.2015, 14-778/306).

⁶⁵⁷ “Sanığın suç tarihinde 14 yaşı içinde bulunan mağdur Soner’i tasaddi suçunu işlemek için hayvan otlattığı yerden, yakındaki kamışlık denen yere rızasıyla götürmek şeklindeki eylemi, 5237 sayılı TCK’nun 109/1. maddesinde suç olarak düzenlenmiş ise de; 765 sayılı TCK’ya göre yer temini niteliğinde olduğundan; alıkoyma suçundan verilen beraat hükmü sonuç itibarıyla doğru olduğundan hükmün onanmasına...” (5.CD. 13.07.2006, 4314/6572) bkz. Gökcan, Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma, s.46.

⁶⁵⁸ 5.CD. 13.7.2006, 4314/6572.

⁶⁵⁹ 14.CD. 16.5.2013, 10392/6151 bkz. Gökcan, Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma, s.46; Somut olayın özelliklerine göre farklı kararlara da rastlanabilmektedir: “sanık B’nin ... evine giden katılanları, evde bulunan diğer sanıklar M ve E’nin dövmek suretiyle telefonlarını ve paralarını aldıkları, daha sonra katılanları tehdit ederek çıplak soyunup, aynı yatağa girmelerini istedikleri, katılanların bu şekilde fotoğraflarını çektikleri, sanıkları bir süre daha evde tuttuktan sonra serbest bıraktıkları, birkaç gün sonra sanık M’in, katılan T’yi arayarak bu fotoğrafları internette yayınlamakla korkutarak para istediği olayda, sanıkların kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu cinsel amaçla değil, yağma suçunu işlemek için gerçekleştirdiği” (Yargıtay 6.CD 04.11.2015- 2781/181581); Oysa, bu gibi hallerde mağduru soyunmaya zorlayan kişi, dolaylı faillik müessesesi çerçevesinde cinsel saldırı suçunun faili olacaktır. Bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.331.

korunan hukuksal değer, genel adap, ırz, namus, iffet gibi toplumsal yönü ağır basan değerler iken, yeni kanun bireysel bir özgürlük olarak cinsel dokunulmazlığı esas almıştır⁶⁶⁰. Yeni TCK’da “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” bakımından benimsenen bu anlayış değişikliği, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun “cinsel amaçla” işlenmesi açısından da göz önünde tutulmalıdır.

Kanımızca, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun “cinsel amaçla işlenmesi”, failin fiili ile ulaşmayı planladığı nihai hedefin, mağdurun cinsel özgürlüğüne ve dokunulmazlığına yönelmiş olmasını ifade etmektedir. Buna göre, “cinsel amaç” sadece cinsel dokunulmazlığa karşı suçları değil, mağdurun cinsel özgürlüğüne ve dokunulmazlığına yönelmiş olan diğer davranışları da içermektedir.

765 sayılı TCK’da, failin, evlenmek amacıyla kaçırıldığı veya alıkoyduğu mağdura herhangi bir cinsel saldırıda bulunmaması halinde cezasının indirilmesi (m.433) ve hatta kaçırma-alıkoyma, ırza geçme, ırza tasaddi suçlarında birden fazla fail bulunması ve bunlardan birinin mağdure ile evlenmesi halinde koca hakkındaki dava ve cezanın çektirilmesinin ertelenmesi, suça katılanlar hakkında ise dava ve cezanın düşürülmesi öngörülmektedir (m.434). Medeni Kanunun, evlenme için iki taraflı irade beyanı koşulunu öngörmesi karşısında, evlenecek kadının iradesine yer vermeyen bu düzenlemeler, sadece hukuksal bir sorun olarak değil, aynı zamanda toplumsal bir sorun olarak da eleştirilmektedir⁶⁶¹. Fiil evlenmek amacıyla gerçekleştirilmiş olsa da -iradesi dikkate alınmayan- kadın açısından etkisinin

⁶⁶⁰ Bkz. Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.46-50; Selman Dursun, Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış, **CHD**, Yıl: 9, Sayı: 24, Nisan 2014, s.58.; “Türk Ceza Kanunu’nda cinsel özgürlüğe karşı suçlar kişilere karşı suçlar arasına alınarak isabetli bir düzenleme yapılmıştır. Böylece yasakoyucu cinsel suçların genel adap ve aileye karşı değil, kişilere karşı suç olduğunu kabul ederek bireye önem verdiğini ortaya koymuştur. Burada bir adım daha atılarak bu suçlar cinsel dokunulmazlığa karşı değil, özgürlüğe karşı suçlar arasında düzenlenmeliydi”. (Nur, Centel, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi, **TBB**, S: 99, 2012, s.271); **Centel’in** cinsel saldırı suçunun maddi unsuruna ilişkin açıklamalarına göre, “Davranışların cinsel olması gerekir. Cinsel davranışlar cinsel amaçlı veya cinsel istekleri tatmine yönelik olarak yapılan hareketlerdir. Failin cinsel tatmin duyup duymaması önemli değildir” (Centel, 5237 Sayılı TCK’da Cinsel Saldırı Suçu, s.273).

⁶⁶¹ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.257, Aydın, Ceza Hukuku’nun Çağdaş İlkeleri s.67, 106-107.

değişmeyeceği göz ardı edilmekteydi⁶⁶². Cinsel dokunulmazlığa bireysel özgürlük boyutuyla yaklaşan yeni TCK’da, bu düzenlemeye yer verilmemiştir⁶⁶³.

Gerçekten, evlenme amacının, sadece “cinsel amaç” olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁶⁶⁴. Ancak, kişinin hem güncel hem de geleceğe yönelik cinsel yaşamının planını içeren evlenme, “cinsel amacı” da içinde bulundurmaktadır. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun evlenmek amacıyla işlenmesi halinde, mağdurun hem güncel hem de geleceğe yönelik cinsel özgürlüğünün ve dokunulmazlığının ihlali amaçlanmaktadır. Bu nedenle, mağdurun -iradesine aykırı olarak- evlenmeye zorlanmasının, en az “kişinin cinsel özgürlüğünü ve dokunulmazlığını ihlâl eden cinsel suçların amaçlanması” kadar ağır nitelikte bir “cinsel amaç” olduğu söylenebilir.

765 sayılı TCK uygulamasında, karı - koca arasındaki kaçırma veya alıkoyma fiillerinde, şehvet hissi veya evlenme amacı söz konusu olamayacağı gerekçesiyle, reşit olanın kaçırılması veya alıkonulması suçunun oluşmayacağı kabul edilmekteydi. Evden kaçan karısını zorla getiren kocanın fiilinin “hürriyeti tahdit” suçunu mu, yoksa “fena muamele” suçunu mu oluşturduğunun belirlenmesi açısından, sanığın evlilik birliğinin bozulmaması, yuvanın dağılmaması amacıyla (kişisel özgürlüğü sınırlama “özel kastıyla”) hareket edip etmediği ölçütüne başvurulmaktaydı⁶⁶⁵. Bu konu, suçun manevi unsuru kapsamında değerlendirilmiştir⁶⁶⁶.

Kanımızca, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun eşler arasında da “cinsel amaçla işlenmesi” mümkündür. Evlenmek, bir eşe diğer eşin cinsel özgürlüğü üzerinde sınırsız bir şekilde tasarruf etmek hakkı vermemektedir. TCK’nın 102/2 maddesinde eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunun düzenlenmiş

⁶⁶² Artuk/Yenidünya, Kız, Kadın ve Erkek Kaçırma, s.130; “Bu maddenin amacı, mağduru korumaktır. Çünkü, toplumda bakire olma ve evlenme çok önemsenmektedir. Ancak, bu hüküm mağdurun iradesinin baskı altına alınmasına sebebiyet vermekte ve onur kırıcı olmaktadır. Faillerden hangisi evlenirse evlensin sanıkların tümüne ceza verilmeyordu” (Centel, Yeni TCY ve Kadın, s.6).

⁶⁶³ Dursun, Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış, s.59

⁶⁶⁴ Taner, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s.70; “Ülkemizde kaçırma ve alıkoyma fiilleri, genel olarak evlenmek amacıyla gerçekleştirilmektedir. Toplumumuzda eskisi kadar olmasa da kaçırma olayları halâ bir evlenme şekli olarak kabul edilmektedir” (Bozdoğan-Akbulut, s.313).

⁶⁶⁵ Bozdoğan-Akbulut, s. 326.

⁶⁶⁶ 2.2.1.2. Doğrudan Kast

olması, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun da cinsel amaçla işlenebileceğini göstermektedir⁶⁶⁷. Hatta eşinin her türlü cinsel davranışından kurtulmak amacıyla evden kaçan eşin zorla eve getirilmesi durumunda, sadece TCK'nın 102/2 maddesi açısından değil, her türlü cinsel amaç bakımından 109/5. maddesindeki nitelikli unsurun oluşması mümkündür. Böyle bir tartışma, aynı durumda, ancak evli olmadan birlikte yaşayan partnerler bakımından söz konusu edilmezken, evlilik statüsünün bir sonucu olarak eşlerin TCK'nın 109/5. maddesiyle tanınan hukuksal güvenlikten yoksun bırakılması düşünülemez.

Cinsel amacın varlığı için, cinsel dokunulmazlığa yönelik suçun tamamlanması veya teşebbüs aşamasında kaldığının belirlenmesi zorunlu değildir; olayın gelişimine göre failde bu amacın varlığı anlaşılmakta ise, nitelikli halin uygulanması gerekir⁶⁶⁸. Fiilin cinsel amaçla işlenip işlenmediğinin belirlenmesi bakımından, yalnızca mağdura fiziksel temasta bulunulmuş olmasının değerlendirilmesi (örneğin, fiilin mağdurun kolundan tutmak suretiyle cebirle gerçekleştirilmesi) yeterli değildir. Fiziksel temas, cinsel dokunulmazlığın ihlali niteliğinde olmalıdır. Öte yandan, fiziksel temas olmaksızın, cinsel amacın (örneğin, “benimle sevişmeden bir yere gidemezsin”, “benim olacaksın” şeklinde) sözlü olarak ya da (örneğin failin soyunmaya başlamasıyla) fiili olarak ortaya konulması mümkündür. Ancak her durumda failin cinsel amaçla hareket edip etmediği, hâkim tarafından somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir⁶⁶⁹.

Doktrinde, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesinin cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmesinin yerinde olmadığı öne sürülmüştür. Cinsel dokunulmazlığa karşı

⁶⁶⁷ TCK'nın 102. maddesinin ilk iki fıkrasında düzenlenmiş olan suçların da eşe karşı işlenebileceği yönündeki görüşler için bkz. Özbek ve diğerleri, *Özel Hükümler*, s.320; Gündel, Ahmet, **5237 sayılı TCK'da Cinsel Saldırı Cinsel İstismar**, Seçkin, Ankara 2009, s.15; Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.89.

⁶⁶⁸ Gökcan, *Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma*, s.45; Öte yandan “mağduru kaçırmak isteyen ve bunun için zor kullanan failin, cinsel davranışta bulunma kastı tespit edilemediği sürece, cinsel saldırıya teşebbüsten sorumlu tutulması da mümkün değildir” (Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, s.239).

⁶⁶⁹ Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, C.3, s.3754; “Sanık, mağdureyi zorla kaçırdığı esnada “bu gece benimlesin, benimle geleceksin, ben ne istersem onu yapacaksın” şeklinde sözler söyleyip cinsel amacını ortaya koyduğu halde, hakkında 5237 sayılı TCK'nın 109/5. maddesinin tatbik edilmemesi” (Yargıtay 14. CD. 10.10.2016, 5039/6930).

bir suçla birlikte işlenmesi durumunda, özgürlükten yoksun kılma suçuna cinsel saiki yeniden yüklemeye gerek olmadığı belirtilmiştir. Diğer bir olasılıkta, cinsel saldırıda bulunmak amacıyla mağdurun özgürlüğünü sınırlandırmış olan failin cinsel saldırı fiilini gerçekleştiremeden yakalanması durumunda ise bu düzenlemenin, masumiyet karinesine aykırı olarak, failin niyetinin okunması şeklinde bir uygulamaya yol açabileceği, mağdur ya da tanık beyanlarına dayalı olarak cezanın artırılmasına neden olacağı belirtilmiştir⁶⁷⁰.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçların işlenebilmesi için, bazen mağdurun özgürlüğünün kısıtlanması zorunludur. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun amaç suç olan cinsel dokunulmazlığa karşı suçların işlenebilmesi amacıyla gerçekleştirildiği hallerde failin sorumluluğunun nasıl belirleneceğine ilişkin görüşlere içtima konusunda değindik. Bu durumda, mağdurun kişi özgürlüğünün yanı sıra cinsel özgürlüğünün ve dokunulmazlığının korunması ikincil nitelikte bir hukuksal değer olarak ortaya çıkmaktadır.

Kanımızca, cinsel dokunulmazlığa karşı suçun icra hareketlerine henüz başlanmamış olmasına rağmen, mağdurun bu suça yönelik bir tehlikeye maruz kaldığı belirlendiğinde, cinsel suçlar ile korunmak istenen hukuksal değer dikkate alınarak, mağdurun ayrıca bu tehlikeye karşı da korunması amacıyla, cezanın artırılması yerindedir. Bu aşamada failin cinsel amaçla hareket etmiş olması yeterlidir, failin amacına ulaşmış olması zorunlu değildir. Ancak bu nitelikli unsurun, failin niyetinin okunması şeklinde bir uygulamaya yol açmasının önlenmesi için, fiilin cinsel amaçla işlendiğine ilişkin delillerin titizlikle değerlendirilmesi gerekmektedir.

Öte yandan, cinsel amaca yönelik tehlikenin gerçekleşmesi, yani failin amacına ulaşması halinde, TCK'nın 109/5. maddesinin yanı sıra failin ayrıca gerçekleşen cinsel suçtan da cezalandırılması gerekmektedir⁶⁷¹. Bu durumda, özgürlükten yoksun kılma suçuna cinsel saiki yeniden yüklemeye gerek olmadığına ilişkin görüşe katılıyoruz⁶⁷². Bizce de, failin hem cinsel amaca yönelik “tehlikeden”

⁶⁷⁰ Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.343-344.

⁶⁷¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.521, Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.375.

⁶⁷² Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.344.

hem de ortaya çıkan “zarardan” ayrı ayrı sorumlu tutulması gereksizdir. Bu nedenle, failin “cinsel amacı” nedeniyle iki kez cezalandırılmasına yol açan bu düzenlemenin revize edilmesi yerinde olacaktır.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KUSURLULUK, SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ, CEZAYI AZALTAN ŞAHSİ SEBEP OLARAK ETKİN PİŞMANLIK

3.1. KUSURLULUK

3.1.1. Genel Olarak

Yeni TCK'da benimsenen suç teorisinde, manevi unsur ile kusurluluğun birbirleriyle ilişkili olduğunu, ancak içerik ve işlev bakımından birbirinden ayrıldığını belirtmiştik. Suçun manevi unsuru¹ (kast ya da taksir) açısından failin kişisel özellikleri dikkate alınmamaktadır. Kusur ise, haksızlık oluşturan fiili gerçekleştiren kişinin özelliğine göre iradenin oluşumunun kınanabilirliğini ifade etmektedir. Failin cezai sorumluluğu, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama (idrak) ve davranışlarını yönlendirme (irade) yeteneğine sahip olması halinde söz konusu olmaktadır. Kusurluluk, suçun unsurları arasında yer almadığı için, failin kusurunun bulunmaması, işlenmiş olan fiilin suç niteliği taşıyan bir haksızlık olmasını etkilemez. Kusurluluğu etkileyen hallerin varlığı halinde fail, suç oluşturan fiilden ya sorumlu tutulmamakta ya da sorumluluğu azalmaktadır. Suç karşılığında uygulanacak yaptırım, ceza değil, güvenlik tedbiri olmaktadır².

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun mütemadi suçlardan olması dolayısıyla, failin kusur yeteneğinin (özellikle çocukların hangi dönem yaş küçüklüğü içinde bulunduklarının) belirlenmesinde temadinin başladığı değil, bittiği an esas alınmalıdır³. Suçun tamamlanmasından sonra, failin fiilden sorumlu tutulamayacağı -örneğin akıl hastalığı gibi- bir durum ortaya çıkarsa, suç bitmektedir. Fail bu durumun ortadan kalkmasından sonra suça devam ederse, artık

¹ Bkz. 2.2. Manevi Unsur

² İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bs., Seçkin, Ankara 2018, s.390 vd.; Adem Sözüer, Hukuki Hata, **YD**, C.21, S.1-2, 1995, s.468-469.

³ 5. CD. 19.3.1966, 315/1016 (Resmî Kararlar Dergisi, II, Mayıs 1967, Kn. 5, 54) bkz. Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.I, 11. Bs., Beta, İstanbul 1999, kn.523; Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11.Bs., Seçkin, Ankara 2018, s.128.

kaldığı yerden devam eden bir mütemadi suçtan değil yeniden işlenmekte olan bir suçtan söz etmek gerekir⁴.

3.1.2. Kusurluluğu Etkileyen Nedenler

TCK'da "hukuka uygunluk nedenleri" ve "kusurluluğu etkileyen nedenler" ayrımı yapılmaksızın, tümüne "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" ortak başlığı altında yer verilmiştir⁵. Yeni suç teorisinde *yaş küçüklüğü*, (m.31), *akıl hastalığı* (m.32), *sağır ve dilsizlik* (m.33), *geçici nedenler ya da alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma* (m.34), *haksız tahrik* (m.29) ve *kusurluluğu etkileyen hata* (m.30/3-4) *kusurluluğu etkileyen haller olarak; hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi* (m.24/2-4), *zorunluluk hali* (m.25/2), *hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması* (m.27/1), *meşru savunmada heyecan, korku veya telaş nedeniyle sınırın aşılması* (m.27/2) ve *cebir*⁶ veya *tehdit*⁷ *dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi* (m.28)⁸ ise mazeret nedenleri arasında sayılabilirler⁹.

Kusurluluğu kaldıran diğer hallerden farklılık gösteren mazeret nedeni oluşturan hallerde fail, hem kusur yeteneğine hem de haksızlık bilincine sahip olmasına rağmen, kusurunun içeriği azaldığı için cezayı hak etmemekte; kanun koyucu cezasızlık öngörmektedir¹⁰. Mazeret nedenleri dolayısıyla kusurlu olarak

⁴ Bkz. Ayhan Önder, Mütemadi Suç, **İHFM**, C.XXIX, S.1-2, İstanbul 1963, s.114.

⁵ Eleştiri için bkz Özgenç, Genel Hükümler, s.88.

⁶ "Cebre maruz kalan kişinin işlediği fiili şayet bir haksızlık teşkil ediyorsa, kişinin bu haksızlık dolayısıyla kusurunun varlığından bahsedilemeyecektir. Çünkü uğradığı zorlayıcı kuvvet karşısında savunma gücü kırılan kişi, belli bir hukuki değere saldırı oluşturan haksızlığı -suçu- işlemeye mecbur edilmiştir. Bu mecburiyet dolayısıyla kişinin mazur, yani kusursuz sayılması gerekir" (Sözür, Tehdit Suçu, **İÜHFM**, C. LIV, S. 1-4, 1991-1994, s.129).

⁷ "Tehdide maruz kalan kişinin işlediği fiil şayet bir haksızlık teşkil ediyorsa, gerçekleştirilen bu haksızlık nedeniyle, kişinin kusurunun mevcudiyetinden bahsedilemez. Korkunun oluşturduğu mecburiyet dolayısıyla, kişi mazur, kusursuz kabul edilmelidir" (Sözür, Tehdit Suçu, s.131).

⁸ Kişinin cebir veya tehdit etkisinde suç işlemeye mecbur edilmesi durumunda, genel ilkelerin uygulanmasıyla da, aynı sonuca varılabileceği için, bu düzenlemenin gereksiz olduğu belirtilmiştir. Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.422.

⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s.402; krş. Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Bs., Seçkin, Ankara 2018, s.440 vd.

¹⁰ Sözür, Adem, Türk Ceza Hukuku'nda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S: 6, Mayıs 2006, s.230 vd. Bu ayrım açısından, Alman doktrininin hareketle, failin kusurlu kabul edilebilmesi için kusur yeteneği, haksızlık

nitelendirilmeyen kişi hakkında, akıl hastalığı, yaş küçüklüğü gibi kusuru kaldıran diğer hallerin aksine tedbir uygulanması da söz konusu olmaz¹¹.

TCK'nın genel düzenlemeleri, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun failinin cezai sorumluluğunun belirlenmesi açısından ayrıca değerlendirilmelidir¹². Kusurluluğu etkileyen hallerden hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi, zorunluluk hali, hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması ve haksız tahrik hükümlerinin kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu bakımından görünüm biçimlerini aşağıda inceleyeceğiz.

3.1.2.1. Hukuka Aykırı ve Fakat Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesi

TCK'nın 24/2. maddesinde, hukuka uygun bir emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlendiğini belirtmiştir¹³. TCK'nın 24/4. maddesinde ise “*Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur*” düzenlemesine göre, “hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı bir emir” söz konusu olmaktadır. Böyle bir emrin yerine getirilmesi durumunda emri yerine getirenin sorumlu tutulmaması, bir

bilinci ve beklenebilirlik olmak üzere üç temel unsurdan söz edilmektedir. Bu unsurlardan ilk ikisinin yokluğu halinde kusurluluğu engelleyen (kaldıran) nedenler söz konusu olmaktadır. Mazeret nedenlerinde ise kusurluluğun varlığına rağmen, söz konusu kusur, sıradışı koşullarda, norma (hukuka) uygun davranmanın “beklenebilirliğini” devre dışı bırakan önemli bir motivasyon baskısı altında işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azalması sebebiyle, cezaya liyakat sınırının altında kaldığı için, mazur görülen bir niceliktedir. Bu bakımdan kusurluluğu engelleyen nedenlerden ayrılan mazeret nedenleri, kusuru azaltan nedenlere benzemekte, ancak haksızlığın azalmasına da dayanması dolayısıyla onlardan farklılık göstermektedir. Bkz. Selman Dursun, Türk Ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, **GÜHFD**, C.XVIII, Y.2014, S.2, s.205; Alman Hukukunda, mazeret nedenlerinde, kusurun yapısal unsurlarından birinin (Al. CK §20 anlamında kusur yeteneğinin bulunmaması, haksızlık bilincinin yokluğu) eksik olduğu belirtilmiştir. Bkz. Bernd Heinrich, (Editör:Yener Ünver), (Çev: Hakan Hakeri/ Yener Ünver/ Veli Özer Özbek/ Özlem Yenerer Çakmut/ Barış Erman/ Koray Doğan/ Ramazan Barış Atladı/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, 1.bs., Adalet, Ankara 2014, kn.562.

¹¹ Sözüer, Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar, s.231.

¹² Yargıtay, suçun işlendiği tarihte 15 yaşını bitirmediği anlaşılan suça sürüklenen çocuğun, bu tarihte cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kalma fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği konusunda raporu alınmadan, “çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan alınmış raporuyla” yetinilerek hüküm kurulmasını hatalı bulmuştur. Bkz. Yargıtay 5. CD, 15.09.2009, 7551/10362 (Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C.III, 2.Bs., Adalet, Ankara 2014, s. 3365).

¹³ Bkz. 2.3.2.3. Görevin İfası

hukuka uygunluk nedeninden değil, emri yerine getirenin içinde bulunduğu hiyerarşik ilişki nedeniyle kusurluluğunun etkilenmesinden kaynaklanmaktadır. Bu durumda emri yerine getiren açısından kusurluluğu etkileyen bir mazeret nedeni söz konusu olmaktadır¹⁴. Aynı yönde, CMK’nın 223/3-b maddesinde de, hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri yerine getiren fail hakkında kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilebileceği öngörülmüştür.

Hukuka aykırılık niteliğini koruyan bu emrin yerine getirilmesinden sorumluluk, emri verene aittir. Anayasa’nın 137/1, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 11/2, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 23, 2259 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun 2, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun 14, 2803 sayılı Kanuna göre düzenlenen Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği’nin 143/3 ve Askeri Ceza Kanunu’nun 41. maddeleri aynı doğrultudadır¹⁵.

Öte yandan Anayasa’nın 137/2 maddesindeki ilkeye uygun olarak, TCK’nın 24/3 maddesinde “*Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur*” hükmü öngörülmektedir. Bu nedenle, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılan fiiller bakımından emri yerine getiren sorumluluktan kurtulamaz. Emri veren kişi ise azmettiren olarak sorumlu tutulur. Ayrıca kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi (m.109/3-d) nitelikli unsuru söz konusu olabilir¹⁶. Bir polis komiserinin trafikte tartıştığı kimsenin, bu nedenle bir gece karakolda gözaltında tutulmasını emretmesi bu duruma örnektir (bkz. PVSK m.2/2).

AsCK’nın 41/2 maddesinde ise, “*hizmete muteallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse, bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldur*” hükmüne yer verilmiştir. Bu kuralın istisnası olarak, ast kendisine verilen emrin bir suç işlemek

¹⁴ Alman Ceza Hukuku ve İtalyan Ceza Hukukunda hukuka aykırı ve bağlayıcı emrin ast açısından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu savunulduğu gibi, kusurluluk çerçevesinde bir mazeret nedeni olabileceği de öne sürülmektedir. Bkz. Dursun, Emrin İfasının Hukuki Niteliği, s.210, 224.

¹⁵ Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.432-433; Dursun, Emrin İfasının Hukuki Niteliği, s.225-232; Olgun Değirmenci, Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa, TAAD, Temmuz 2012, 455 vd.

¹⁶ Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.434.

amacıyla verildiğini bilmesine rağmen emri yerine getirmişse, cezai sorumluluktan kurtulamaz. Ancak, verilen emir açıkça bir suç oluşturduğu halde, ast bu emrin hizmet gereği olarak değil de, suç işlemek amacıyla verildiğini bilmiyorsa (subjektif ölçüte bağlı olarak) sorumlu tutulmayacaktır. Anayasa'nın 137/2 maddesine aykırı olan bu hükmün, objektif ölçüt içerecek biçimde değiştirilmesi; *“hizmete ilişkin olmayan emrin suç teşkil ettiğinin açık seçik anlaşılması halinde astın emre itaate zorlanamayacağı”* şeklinde bir düzenlemenin yapılması önerilmektedir¹⁷.

3.1.2.2. Zorunluluk Hali

765 sayılı TCK döneminde, zorunluluk (ıztırar) hali genellikle bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmekteydi¹⁸. 765 sayılı TCK'nın 49/3. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi (örneğin ağır yaralıyı hastaneye götürmek için felçli birinin otomobilinin geçici olarak alınması) durumunda, zorunluluk halinde gerçekleştirilen özgürlüğü sınırlama fiili hukuka uygun bulunmaktaydı; fail hakkında beraat kararı verilmekteydi¹⁹.

¹⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s.437; Dursun'a göre “bu konuda, halen birçok milli ve milletlerarası ceza hukuku düzenlemelerinde olduğu gibi, emrin hukuka aykırılığının bilinmesini ve bariz olmasını istisna tutan açık bir düzenleme yapılması şarttır. Mevcut durumda mazeret nedeninin, hukuk devleti ilkesi ışığında ve özellikle mazeret nedeninin ancak emrin özel olarak denetlenmesiyle saptanabilecek hukuka aykırılıklara dair sorumsuzlukla sınırlı bir meşruiyet taşıması dikkate alınarak, belirtilen iki hali dışlayıcı şekilde yorumlanmasının -güç olmakla birlikte- bir zorunluluk arz ettiği de ifade edilebilir” (Dursun, Emrin İfasının Hukuki Niteliği, s.2247-248).

¹⁸ Dönmezer/Erman, II, kn.761, 816; “Mütemadi suç söz konusu olduğunda zaruret hali kurumuna ilişkin ilginç bir ipoteze dikkat çekilmiştir. İştirak halinde işlenmekte olan bir mütemadi suçta faillerden birinin gönüllü olarak kendi fiiline son vermek istemesine karşın diğer ortakların tehdidi altında fiiline devam etmek zorunda kaldığı halde de zaruret halinin varlığından bahsedilmiştir. Bu halde ipotez, iştirak halinde işlenen suçun mağduru bakımından değil, ancak kendi katılımına son vermek istemekle birlikte diğer ortaklar tarafından baskı gören fail için söz konusu olmaktadır” (Tuğrul Katoğlu, Mütemadi Suç, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara, 1996, s.128). Kanımızca, bu durumda zorunluluk hali değil, cebir veya tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (TCK m.28) söz konusu olmaktadır.

¹⁹ M. Emin Artuk, Hürriyeti Tahdit Cürmü, in: **Halid Kemal Elbir'e Armağan**, İstanbul 1996, s.62; Alman Hukukunda, *Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Zorda Kalış Hali* (Al.CK §34) için bkz. Heinrich, I, kn.401-437.

Yeni TCK'nın 25/2. maddesinde ise, zorunluluk hali, kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebi olarak düzenlenmiştir²⁰. Fail, hem kusur yeteneğine hem de haksızlık bilincine sahip olmasına (fiil suç niteliğini korumasına) rağmen, failin içinde bulunduğu durumun koşulları nedeniyle, irade yeteneğinin etkilendiği kabul edilmektedir. Fail hakkında CMK'nın 223/3-b. maddesi uyarınca, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmektedir²¹. Yeni Kanunda, zorunluluk hali kusurluluğu kaldıran²² bir sebep olarak kabul edildiği için, zorunluluk haline karşı hukuka uygunluk sebebi içinde hareket etmek mümkündür²³. Buna göre, yukarıdaki örnekte, felçli mağdurun suçtan korunmasını amaçlayan fiiller açısından meşru savunmadan yararlanılabilir.

Zorunluluk halini düzenleyen TCK'nun 25/2. maddesine göre, “*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*”.

Zorunluluk halinden söz edebilmek için, öncelikle *bir hakka yönelik ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu* bulunmalıdır. Bu tehlike, doğa olaylarından, psikolojik veya biyolojik gereksinimlerden doğabileceği gibi, hayvan ya da insan hareketlerinden de kaynaklanabilir. Tehlikenin “ağır” olması, ağır bir zarar oluşturmaya elverişliliğini;

²⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s.425; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17.Bs, Adalet, Ankara 2014, s.286, 383 vd.; ayrıca bkz. Veli Özer Özbek / Koray Doğan, Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği, **DEÜHFD**, C.9, S.2, 2007; Zeynel T. Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Seçkin, Ankara 2010, s.215 vd.; Elif Bekar, **Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali**, Seçkin, Ankara 2013, s.54-88.; Özbek ve diğerleri, Al.CK'nunda olduğu gibi TCK'da da iki ayrı zorunluluk haline yer verilmesini önermektedir. Bkz. Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9.Bs, Seçkin, Ankara 2018, s.379 vd.; Alman Hukukunda, *Mazeret Nedeni Olan Zorunluluk Hali* (Al.CK §35) için bkz. Heinrich, I, kn.564.

²¹ Özgenç, Genel Hükümler, s.390 vd.

²² Zorunluluk hali her zaman kusurluluğu ortada kaldırmamakta, bazen azaltmaktadır. TCK'daki bazı suçlarda (TCK m.92/1, 147) kusurluluğu azaltan özel zorunluluk hallerine yer verilmiş ve olayın özelliğine göre, faile verilecek cezada indirim yapılabileceği ya da ceza vermekten vazgeçilebileceği öngörülmüştür. Bkz. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.348.

²³ Hakeri, Genel Hükümler, s.289.

“muhakkak” olması ise mevcut, gerçek bir tehlikenin varlığını ya da yakın zamanda gerçekleşmesinin kesin veya zararlı sonuçlar doğurma olasılığının yüksek olmasını ifade etmektedir²⁴. Ayrıca 765 sayılı TCK’nın 49/3. maddesinde, tehlikenin yönelebileceği kişiye ait değerler, kişilik haklarıyla sınırlandırıldığı halde, yeni TCK’da böyle bir ayırım yapılmadığından, tehlikenin herhangi bir hakka yönelmiş olması mümkündür²⁵.

Zorunluluk halinde korunmaya ilişkin koşullar açısından, kişinin *tehlikeden başka suretle korunmak olanağının bulunmaması* gerekmektedir²⁶. Kişi, başkasının hakkını ihlal etmeden tehlikeden korunma imkanı bulunduğu halde, korunmak amacıyla suç işlerse, zorunluluk halinden yararlanamaz. Kanunda aranan diğer bir koşul da *tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı* bulunmasıdır²⁷. Zorunluluk halinde korunan hak, feda edilen haktan daha önemli olmalı ya da en azından her iki hak eşit olmalıdır. Zarar verilen hukuksal değerlere göre, daha önemsiz bir hukuksal değer korunması durumunda zorunluluk halinden söz edilemez²⁸. Bu konuda somut olayın özelliklerine göre (ex ante) yapılacak bir değerlendirmeye sonuca ulaşılmalıdır.

Kişiyi haksız bir davranışa zorlayan durum, kendisinin bilerek sebep olduğu bir tehlike nedeniyle ortaya çıkmışsa, bu kişi zorunluluk halinden yararlanamaz. Ancak tehlikeye bilerek sebebiyet veren (üçüncü) kişiyi kurtarmak amacıyla gerçekleştirilen fiiler zorunluluk halini oluşturabilir. Üçüncü kişinin bunu istemiş olup olmamasının önemi yoktur. İçinde bulunduğu tehlikeye üçüncü kişinin sebebiyet vermiş olması da, faili zorunluluk halinden yararlanmasına engel değildir²⁹.

²⁴ Bekar, Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali, s.89-93.

²⁵ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.352.

²⁶ “... *ultima ratio* niteliği gereği, zorunluluk halinden çıkış için son bir çare olmalıdır” (Heinrich, I, kn.570).

²⁷ “Neden olunan zarar ile önlenmek istenen tehlike arasında açık bir orantısızlık bulunmamalıdır” (Heinrich, I, kn.571).

²⁸ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.352; Bekar, Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali, s.106-121.

²⁹ Faruk Erem/Ahmet Danışman/ Mehmet Emin Artuk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14.Bs., Seçkin, Ankara 1997, s.587-589; Zeki Hafızogulları, “Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma” **AÜHFD**, C: XXVIII, S.1-4, 1971.

Öte yandan, zorunluluk hali nedeniyle üçüncü kişiye zarar veren kişinin fiili haksızlık oluşturduğu için, Borçlar Kanunu'nun 63/2 ve 64/2. maddelerine göre fail zararın tazmininden sorumlu tutulabilmektedir³⁰. Örneğin, (A) tarafından bir depoya kilitlenmiş olan (B), zorunluluk hali koşullarında, suça iştiraki bulunmayan (C)'ye ait olan deponun kapısını kırması nedeniyle oluşan mala zarar verme suçundan sorumlu değildir. Ancak, zararın giderilmesi açısından, BK'nun 63/2 ve 64/2-3³¹. maddelerine göre, hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedilmesi veya içinde bulunulan koşullara göre bundan vazgeçilmesi mümkündür.

3.1.2.3. Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması

765 sayılı TCK'nın 50 maddesinde, hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu “... *fiilerden birini icra ederken kanunun veya salâhiyettar makamının veya zaruretin tâyin ettiği hududu tecavüz edenler*” hakkında cezada indirim yapılması öngörülmekteydi. Kanunda herhangi bir ayırım yapılmamış olmasına rağmen, doktrinde, hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın kasten, taksirle ya da mücbir sebeple aşılması halleri değerlendirilmiştir³². 765 sayılı TCK'nın 50. maddesinin uygulamasında, kaynak İt.CK'nın 55. maddesinde yer alan “sınırın aşılmasının taksirli olması” koşulu da dikkate alınarak, hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın kasten aşılması durumunda cezada indirim yapılamayacağı savunuluyordu³³. Sınırın mücbir sebeple aşılması halinde ise, Al.CK'nun “Fail meşru savunmanın sınırlarını şaşkınlık, korku veya panik nedeniyle aşarsa, cezalandırılmaz” (Al.CK § 33) hükmüne atıfla, failin hukuka uygunluk sebebinden tamamen yararlanacağı

³⁰ Hakeri, Genel Hükümler, s.388; Koca/Üzülmüş, Genel Hükümler, s.346.

³¹ Buna karşılık meşru savunma halinde, fail, tüm hukuk düzeni tarafından hukuka uygun sayılmaktadır. Bu nedenle “*Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz*” (BK m. 64/1).

³² Dönmezer/Erman, II, kn.838.

³³ Dönmezer/Erman, II, kn.840-842bis.; Önder'e göre, “Bu görüşte olanlar, kanunlarında açık hüküm sevk ederek, hukuka uygunluk sınırının taksirle aşılması halinde, diğer ifade ile, saldırıya karşı gerçekleştirilen savunmanın amaçta değil araçta aşılacak yerine getirilmesinde, işlenen fiilin kasti bir suç olsa dahi, failin taksir sebebiyle cezalandırılacağı şekline yer vermiş olan sistemin etkisindedirler. Kanunumuzda ise böyle bir hüküm bulunmamaktadır ve kanunumuzun ifade tarzını bu şekilde anlamaya imkân da yoktur” (Önder, Genel Hükümler II, s.248); Anılan kaynaklarda her iki görüş doğrultusundaki Yargıtay uygulamalarına yer verilmiştir.

belirtilmektedir³⁴. Bu görüş doğrultusunda, özgürlüğün sınırlanması suçu açısından hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın kasten aşılması durumunda cezada indirim yapılamayacağı; öte yandan 765 sayılı TCK'nın 179. maddesinde, suçun taksirle işlenmesi cezalandırılmadığı için, sınırı taksirle aşan failin cezalandırılmayacağı kabul edilmektedir³⁵.

Yeni TCK'nın 27/1. maddesinde, “*Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması hâlinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur*” düzenlemesiyle, kanun koyucunun tercihi açıklığa kavuşturulmuştur.

Bu düzenlemeye göre, hukuka uygunluk sebeplerinde sınır kasten aşılmışsa, artık hukuka uygunluk nedeninin varlığının bir önemi kalmamaktadır. Kişi, kasten işlediği suçtan sorumlu tutulur³⁶. Hukuka uygunluk sebeplerinin sınırının taksirle (gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi nedeniyle) aşılmış olması halinde, işlenen suçun taksirle işlenebilmesi mümkün ise, taksirli suç için kanunda öngörülen ceza TCK 27/1. maddesi uyarınca indirilerek hükmolunur. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun taksirle işlenmesi yeni Kanunda da düzenlenmediği için, sınırı taksirle aşan fail TCK'nın 27/1. maddesine göre cezalandırılmaz³⁷.

TCK'nın 27/1. maddesi, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlığı altında düzenlenmiş olmasına rağmen, burada sadece hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılmasının düzenlenmesi amaçlanmıştır³⁸. Kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerle ilgili olarak sınırın aşılması söz konusu olmadığından, TCK'nın 27/1. maddesi zorunluluk halinde uygulanmamaktadır.

³⁴ Dönmezer/Erman, II, kn.839.

³⁵ Recep Gülşen, **Hürriyeti Tahdit Suçları** (TCK. m.179-187), Ankara, 2002, s.85.

³⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s.439.

³⁷ Örneğin, “91. madde hükmüne göre, yakalanan ve hakkında C. savcısı tarafından gözaltına alınmasına karar verilen kişi, “yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu (olan ve fakat oniki saatten fazla olamayacak) süre hariç, yakalama anından itibaren yirmidört saat” süreyle hürriyetinden yoksun bırakılabilir. Gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi nedeniyle söz konusu süreler zarfında kişinin hâkim veya mahkeme huzuruna çıkarılamaması halinde, bu hukuka uygunluk sebebinin sınırı taksirle aşılmış olmaktadır” (Özgenç, Genel Hükümler, s.440).

³⁸ Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması (TCK. m.27), **EÜHFD**, C.11, S.1-2, 2007, s.40; krş. Hakeri, Genel Hükümler, s.422 vd.

Ayrıca, zorunluluk halinde iken kişi kasten hareket ettiği için, bir olayda hem zorunluluk halinin varlığından hem de taksirle işlenen bir suçtan söz edilemez³⁹.

Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması ise, TCK'nın 27/2. maddesinde, kusurluluğu etkileyen özel bir hal olarak kabul edilmiştir. Meşru savunma halinde, savunma amacına yönelik olarak gerçekleştirilen fiil, saldırıyı etkisiz kılacak ölçü ve oranda olması gerektiği halde, bu sınırın savunmada bulunan kişinin heyecanı, korkusu veya telaşı nedeniyle ihlâl edilmesi durumunda kişinin davranışlarını yönlendirebilme yeteneği artık ortadan kalkmıştır. Bu gibi hallerde, failin kontrolünü kaybettiği, sağlıklı bir iradeye sahip olmadığı bir durum ortaya çıktığı için fail mazeretli görülmekte ve CMK 223/3-c maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmektedir⁴⁰. TCK'nın 27/2. maddesindeki koşullarda failin kusurluluğunun ortadan kalkacağı kabul edilmiş olduğundan, bu durumda sınırın kasten veya taksirle aşılmış olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır⁴¹.

Görüldüğü gibi, meşru savunmanın koşulları mevcut olmasına rağmen, saldırıya uğrayan kişi bu saldırıyı defedecek ölçünün üzerinde kuvvet kullandığında, savunmanın ölçüsünde sınırın aşılması söz konusu olmaktadır. Bu durumda savunma amacıyla icra edilen fiil, saldırıya oranla çok ağır olabilir⁴². Buna rağmen sınırın *ölçü yönünden* aşılması durumunda meşru savunma hali devam etmektedir⁴³.

Öte yandan, henüz bir saldırıda bulunulmamış veya saldırı sona ermiş olmasına rağmen, kişinin korku, telaş veya heyecanla -filhal bir saldırının bulunduğu düşüncesiyle- kendisini savunmak amacıyla hareket etmiş olması bakımından, sınırın *zaman yönünden* aşılması tartışılmıştır. Alman CK § 33 hükmü kapsamında, baskın görüş, meşru savunmanın koşullarının gerçekleşmemesi

³⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s.439-440; Koca/Üzülmüş, TCK'nın 27/1. maddesindeki düzenlemeyi hukuka uygunluk sebeplerinin sınırının hata ile aşılması olarak nitelendirmektedir. Bkz.Koca/Üzülmüş, Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması, s.40, 47.

⁴⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s.446-447.

⁴¹ Koca/Üzülmüş, Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması, s.50.

⁴² Özgenç, Genel Hükümler, s.446.

⁴³ Ersan, Aykut, **Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması**, On İki Levha, İstanbul 2013, s.193.

halinde, onun sınırının aşılmasından söz edilemeyeceği yönündedir⁴⁴. Meşru savunmanın koşulları hususunda korku, telaş veya heyecandan kaynaklanan sınır aşılması, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hata kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁵.

3.1.2.4. Haksız Tahrik

Haksız tahrik, failin “haksız bir fiilin kendisinde oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi” halinde, bu suç dolayısıyla verilecek olan cezada indirim yapılmasıdır (TCK m.29)⁴⁶. Yeni TCK'da, 765 sayılı TCK'nın 51. maddesinde yer alan ağır tahrik - hafif tahrik ayırımına son verilmiş ve tahriki oluşturan fiilin sanığın iradesi üzerindeki etkisinin hâkim tarafından değerlendirilmesi sonucunda, maddede gösterilen iki sınır arasında belirlenen oranda indirim yapılması öngörülmüştür.

Haksız tahrik, kusurun irade unsuru üzerinde etki göstermekte; bu durumda failin iradesinde bir zayıflama meydana gelmektedir. Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddetin etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği, önemli ölçüde azalmaktadır⁴⁷.

Haksız tahrikin uygulanabilmesi için öncelikle tahrik nedeni oluşturan bir haksız fiil meydana gelmiş olmalıdır. Ancak haksız fiile, kişi, kendi haksız hareketiyle sebebiyet vermiş olmamalıdır. Suç bu haksız fiilin, failde oluşturduğu hiddet (öfke) veya şiddetli elemin (üzüntü) etkisiyle işlenmiş olmalıdır. Bu koşullarda, haksız fiilin faile yöneltilmiş olması zorunlu değildir⁴⁸. Ancak tepki

⁴⁴ Demirbaş, Timur, Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması, in: **Hayri Domanıç'e Armağan**, İstanbul 1995, s. 281.

⁴⁵ Demirbaş, Genel Hükümler, s.343; Özgenç, Genel Hükümler, s.446, dn.722.

⁴⁶ Bkz. Timur Demirbaş, **Haksız Tahrik**, Seçkin, Ankara 2016; Zeynel T. Kangal, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, **EÜHFD**, C.XIV, S.3-4(2010); Burcu Demren Dönmez, Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik, **Prof.Dr. Füsun Sokullu-Akıncı'ya Armağan**, C. I, İÜHFM, C.: LXXI, 2013/1, İstanbul 2013.

⁴⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s.451; Demirbaş, Haksız Tahrik, s.40-41; “Mağdurun suça yol açmasına bağlanan sonuçların en klasik örneği, haksız tahriktir” (Selman Dursun, Mağdurun Suça Yol Açması, **İÜHFM** 2003, C: LXI, s.20).

⁴⁸ Demirbaş, Haksız Tahrik, s.68-95.

olarak işlenen suçun, mutlaka tahrik oluşturan haksız fiili gerçekleştiren kişiye yöneltilmesi gerekir⁴⁹.

Türk Ceza Hukukunda, eskiden beri genel hükümler arasında düzenlenmiş olan haksız tahrikin⁵⁰, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu açısından uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır⁵¹ (765 sayılı TCK m.51- TCK m.29). Bununla birlikte, mütemadi (kesintisiz) suçlarda, haksız tahrikin koşullarının varlığının “temadi” boyunca devam etmesine pek ender olaylarda rastlanmaktadır. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu, TCK’nın 29. maddesindeki koşullarda başlamış olsa bile, bu koşullar kalkmış olmasına rağmen suça devam edilmesi durumunda failin haksız tahrikten yararlanması mümkün değildir⁵².

Gerçekten, hareketin yapılmasıyla tamamlanan ve icrası devam etmeyen *ani suçların* aksine, *mütemadi suçlarda* fiilin (hareketin) icrası süreklilik göstermektedir. Dolayısıyla haksız tahrikin uygulanabilmesi için, fiilin icrasının - mütemadi suçun bitmesine kadar- haksız fiilin failde oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisiyle süreklilik gösterdiği belirlenebilmelidir. Örneğin, (A)’nın çocuğunu öldüren (B)’nin, (A) tarafından yakalanıp, öldürme düşüncesiyle bir hafta gizli bir yerde hapsedildikten sonra polise teslim edilmesi.

Öte yandan, meşru savunmada halen mevcut bir saldırıya karşı savunma amacıyla karşılıklıta bulunulurken, haksız tahrikte, sona ermiş bir haksız fiile, (zorunlu olmamakla birlikte, heyecan durumu nedeniyle iradenin zayıflamış

⁴⁹ “Ancak, mağdurun haksız tahrike yol açan fiili kendi eliyle gerçekleştirmesi şart değildir; mağdurun üçüncü bir kişiyi araç olarak kullanmak suretiyle, failde öfke veya şiddetli elem durumuna neden olacak haksız fiili gerçekleştirmesinde olduğu gibi (dolaylı tahrik)” (Demirbaş, Haksız Tahrik, s.90).

⁵⁰ Bazı ülkelerin ceza kanunlarında ise, haksız tahrike ilişkin genel bir düzenleme yapılması tercih edilmemiş; belirli bazı suç tipleri [örneğin, Alman CK’da kasten öldürme (§213) ve hakaret (§199), Rus CK’da kasten öldürme (m.107) ve kasten yaralama (m.113)] bakımından özel düzenlemeler yapılmıştır. Öte yandan, birçok ülke (örneğin İspanya, Portekiz, Danimarka, İsveç, Polonya) Ceza Kanunları’nın genel hükümleri arasında haksız tahrike yer verilmiştir. Bazı ülkelerde ise (İtalya, Avusturya) genel düzenlemenin yanında bazı özel düzenlemelere yer verilmiştir. Haksız tahrik düzenlemesine yer vermeyen Fransa ile belirli suçlar bakımından özel düzenlemeler bulunan İsviçre Kanunları’nda ise cezanın belirlenmesinde hakime tanınan geniş takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmiştir. Bkz. Demirbaş, Haksız Tahrik, s.47-66; Kangal, Haksız tahrik, s.25-27; Dönmez, Haksız Tahrik, s.268-270; 765 sayılı TCK’daki özel haksız tahrik hükümleri için bkz. Demirbaş, Timur, **Türk Ceza Kanununda Özel Haksız Tahrik Halleri**, İstanbul 1985.

⁵¹ Krş. Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.95.

⁵² Bkz. Erem, Genel Hükümler, I, s.437.

olmasından dolayı) karşılıklıta bulunulmaktadır⁵³. Buna göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun failine karşı, suçun icrası devam ettiği sürece meşru savunmada bulunulabilir⁵⁴. Saldırıya uğrayanın suçun bitmesinden sonraki tepkisi ise haksız tahrik açısından değerlendirilmelidir⁵⁵.

TCK'nın 29. maddesinde, tahriki oluşturan fiiller açısından bir sınırlama bulunmadığından, her türlü fiil tahriki oluşturabilir. Tahriki oluşturan fiilleri belirleme konusunda hâkim serbest bırakılmıştır⁵⁶. Bu konuda fiilin gerçekleştirildiği koşullar göz önünde bulundurularak, yani somut olayın özelliklerine göre (ex ante) yapılacak bir değerlendirmeye sonuca ulaşılmalıdır. Ancak, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun özellikleri de göz ardı edilmemelidir.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun çoğunlukla “alacağın tahsili amacıyla işlenmesi” biçimindeki olaylar, haksız tahrikin koşullarının varlığı açısından farklı uygulamalara yol açmıştır⁵⁷. Yargıtay CGK'nun 19.01.2016 tarihli kararına göre, “*katılanın ... borcunu ödememesinin haksız tahrik oluşturabileceği söylenebilir ise de; ödeme gücü bulunduğu halde sırf kendi menfaati yahut alacaklıyı zor durumda bırakmak için borcun keyfi biçimde ödenmemesi, alacaklıdan mal kaçırılması, gerçeğe aykırı beyan veya vaadlerde bulunulması, borcun istenmesi sırasında alaya alma, hakaret etme gibi davranışların haksız tahriki oluşturan bir fiil olarak kabulü mümkün olmakla birlikte, salt borcu ödeyememenin haksız tahrik oluşturan bir fiil olarak kabulü mümkün değildir*”⁵⁸. Kararda ulaşılan sonucu doğru bulmakla birlikte, sorunun çözümü için haksız tahrikin koşullarından önce, sistematik ve teleolojik yorum yoluna başvurulması gerektiği kanısındayız.

⁵³ Demirbaş, Haksız Tahrik, s.98; Dursun, Mağdurun Suça Yol Açması, s.20.

⁵⁴ Önder, Müttemadi Suç, s.115.

⁵⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.430.

⁵⁶ Demirbaş, Haksız Tahrik, s.69.

⁵⁷ “... müştekiyi arkadaşları yoluyla yurda çağırarak onu darp etmesi ve idarenin alacağını temin amacıyla ellerini bağlayıp kilere kapatmasından ibaret eyleminde hürriyeti tahdit özel kastının bulunmadığının gözetilmemesi” (8. CD. 14.04.1993, 2139/3927) bkz. Osman Yaşar, **Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar**, Ankara 2001, s.103.

⁵⁸ YCGK, 19.01.2016, 2015/14203 - 2016/2 ; aynı yönde bkz. Dönmez, s.281.

Öncelikle 765 sayılı ve 5237 sayılı TCK'daki düzenlemeler üzerinde durmakta yarar görüyoruz. 765 sayılı TCK'nın 308. maddesinde, failin “iddia ettiği bir hakkı elde etmek amacıyla” kendiliğinden hakkını alması (ihkak-ı hak) bağımsız bir suç tipi olarak düzenlemekteydi⁵⁹. Failin bu amaca ulaşmak için, araç olarak kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma fiilini gerçekleştirmesi (örneğin borcun ödenmesine kadar borçluyu hapsedmesi), bir görüşe göre, kendiliğinden hak alma suçunu, diğer bir görüşe göre, özgürlüğü sınırlama suçunun nitelikli halini (765 s. TCK m.179/2) oluşturması mümkün görülmekteydi. Özgürlüğü sınırlamanın ağırlığına, zorlamanın niteliğine göre, hâkim olayı “cebir kullanma”, “ihkak-ı hak” veya “hürriyeti tahdit” olarak değerlendirebilirdi⁶⁰. Yargıtay, failin suç işlemedeki saiki doğrultusunda “ihkak-ı hak” suçunun ya da “hürriyeti daraltmaya yönelik planlı ve yoğunlaşmış özel kastın” varlığı halinde “hürriyeti tahdit” suçunun oluşacağı görüşündeydi⁶¹.

Yeni TCK'da ise, kendiliğinden hak alma suçu olarak bir suç tanımına yer verilmemiştir. Ancak “Malvarlığına Karşı Suçlar”dan olan hırsızlık (m.144/1-b), yağma (m.150/1), dolandırıcılık (m.159/1) ve ayrıca belgede sahtecilik (m.211/1) suçlarında failin “hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacı” ile hareket etmesi, cezayı azaltan bir neden olarak öngörülmüştür⁶². 765 s. TCK döneminde birçok suç tipini oluşturan fiiller, “iddia edilen bir hakkın istihsalı amacıyla” işlendiğinde *kendiliğinden hak alma suçunu* oluşturmakta iken, yeni TCK bu konuda gerek

⁵⁹ Bkz. Faruk Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel hükümler**, C.II, Seçkin, Ankara 1993, s.1597 vd.; Ayhan, Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4.Bs. Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s.361 vd.

⁶⁰ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.133 vd.

⁶¹ “1889 tarihli Kaynak İtalyan Ceza Kanununun yürürlükte olduğu dönemde, İtalyan Yargıtayı da, borç nedeniyle gerçekleşen hürriyetten mahrumiyet hallerini ihkak-ı hak suçu çerçevesinde değerlendirmiştir. Örneğin, alacaklının, ödeme yapması için borçlusunun evinden dışarı çıkmasına engel olmasını, ihkak-ı hak suçuna teşebbüs olarak kabul etmiştir”. (Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.135). 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay failin suç işleme saikini esas almış ve failin “iddia ettiği bir hakkı istihsal maksadı ile” özgürlüğü sınırlaması halinde kendiliğinden hak alma suçunun oluşacağını kabul etmiştir. (YCGK 09.11.1987, 8-41/536) bkz. Savaş/Mollamahmutoğlu, s.2746; “Alacağın tahsili ve güvene bağlanması için mağdurun Bozkır ilçesinden İstanbul'a getirilmesi olayında, failde hürriyeti tahdit kastı olmaması nedeniyle, 179. madde değil 308. madde uygulanacaktır (8. CD. 29.1.1982, 6026/300)” (Önder, Özel Hükümler, s.370) ; Aynı dönemde yürürlükte olan 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu uygulamasında ise, iki suç arasında gerçek içtiman varlığı kabul edilmiştir. Bkz. Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.136.

⁶² Özgenç, Genel Hükümler, s. 224.

hakkın niteliği gerekse uygulama alanı bakımından daha sınırlı bir düzenlemeyi tercih etmiştir⁶³. Böylece, suçun “hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacı” ile işlenmesi, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu bakımından, cezayı azaltan bir neden olarak kabul edilmemiştir.

Bize göre, yeni TCK’daki bu sınırlı düzenlemeler karşısında, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun “hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacı” ile işlenmesi, haksız tahrikin uygulanması için gerekçe olarak kabul edilemez⁶⁴. Öte yandan, ilk olarak M.Ö. 6. yüzyılda Atina’da “Solon Yasası” ile kabul edilmiş olan “borç için hapis yasağı ilkesi”, insan hakları hukukunun bir kazanımı olarak, günümüzde uluslararası belgelerde yerini almış bulunmaktadır⁶⁵. Devleti “ihlal etmeme” yükümlülüğü altına sokan bu ilkenin -insan haklarının “yatay etkisinin” bir sonucu olarak- bireyler arasındaki ilişkilerde ihlaline göz yumulması düşünülemez. Bireyin “beden özgürlüğünü ortadan kaldıran ya da kısıtlayan” fiilleri cezalandıran “kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma” suçu uluslararası hukukta en yüksek hukuksal değer olarak kabul edilen “insan onurunun” korunmasını amaçlayan suç tiplerinden biridir. Bu nedenlerle, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun “hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacı” ile işlenmesi durumunda haksız tahrikin uygulanması, her şeyden önce Kanunun konuluş amacı (*ratio legis*) ile bağdaşmaz.

Son olarak, failin haksız tahrikin maddi koşullarında yanılığa düşmesi durumunda, TCK’nın 30/3 maddesine göre değerlendirme yapılmalıdır⁶⁶. Kusurluluğu kaldıran veya azaltan bir nedenin maddi koşullarında hata konusuna aşağıda değineceğiz.

⁶³ “Kanaatimizce yasa koyucunun bu tutumu da son derece yerinde olmuştur” (Mehmet Nihat Kanbur, Kendiliğinden Hak Alma Fiillerinin Yeni Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi, *CHD*, Y.1, S.2, (Aralık - 2016), s.95).

⁶⁴ Dönmez, s.281; YCGK, 19.01.2016, 2015/14203 - 2016/2.

⁶⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 4 Nolu Protokol 1. maddesine göre “hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getiremediği gerekçesiyle özgürlüğünden mahrum edilemez”.

⁶⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s.473.

3.1.3. Kusurluluğu Etkileyen Hata

Hata tipikliğin hukuki değerlendirmesine (tipikliğin hukuki sonuçlarına) ilişkin ise, bu hata kusurluluk üzerinde etkilidir⁶⁷. Kusurluluğu etkileyen hata biçimleri TCK'nın 30. maddesinde, kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi koşullarında hata (m. 30/3), hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata (m.30/3) ve işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda hata (haksızlık yanılığı) (m. 30/4) olarak düzenlenmiştir.

3.1.3.1. Kusurluluğu Kaldıran veya Azaltan Bir Nedenin Maddi

Koşullarında Hata

TCK'nın 30/3. maddesine göre “*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*”. Buna göre, kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerden birinin koşulları gerçekleşmediği halde, koşulların gerçekleştiği konusunda kaçınılmaz bir yanılığa düşen fail bu hatasından yararlanır ve cezalandırılmaz⁶⁸.

Kusurluluğu azaltan nedenlerden biri gerçekleşmediği halde (örneğin zorunluluk halinin ya da haksız tahrikin varlığı konusunda hataya düşen fail) bu koşulların gerçekleştiğini zannederek, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu işlediğinde kaçınılmaz bir hata söz konusu ise, failin ceza sorumluluğu olmaz⁶⁹.

Örneğin, fail on iki yaşındaki öz oğlunun alkol, sigara, çakmak gazı, bali, tiner gibi maddeleri kullanmasına ve hırsızlık yapmasına engel olmak amacıyla, evden çıkmaması için ayaklarını zincirle bağlamıştır. Bu olayda, çocuğun iyileştirilmesi için gerekli olan önlemlerin alınması amacıyla, ilgili mercilere yapılan bildirimlerin sonuçsuz kaldığı belirlenmedikçe zorunluluk halinin koşulları gerçekleşmez. Ancak failin eğitim düzeyi, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurularak, son çare olarak çocuğunun özgürlüğünü

⁶⁷ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.253.

⁶⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s..474.

⁶⁹ Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.474.

kısıtladığı ve böylece zorunluluk halinin varlığı konusunda kaçınılmaz⁷⁰ bir yanılığa düştüğü söylenebilirse, fail bu hatasından yararlanabilir. Bu durumda, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu oluşmasına rağmen, kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşen fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir (TCK m.30/3, CMK m.223/3-d).

Kusurluluk bağlamında değerlendirilen bu hatanın kaçınılabılır olması ise failin cezalandırılmasını gerektirir. Ancak kaçınılabilirliğin derecesi kusur üzerinde etkili olduğu için, failin cezasında bu ölçüde indirim yapılabilecektir⁷¹.

3.1.3.2. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşulları, doğrudan doğruya dış dünyada gerçekleşen olay ile bağlantılı olmaları nedeni ile hukuka uygunluk nedenlerinin “*objektif unsurunu*” oluşturur. Ancak hukuka uygunluk nedeninin haksızlığın ortaya çıkmasına engel olabilmesi için, objektif unsur yeterli değildir. Fail aynı zamanda bu hukuka uygunluk sebebinin maddi koşullarının gerçekleştiğini bilmeli ve hukuk düzeninin verdiği yetkinin ya da yükümlülüğün yerine getirilmesi amacıyla hareket etmelidir (*subjektif unsur*)⁷².

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata iki durumda ortaya çıkabilir: Birinci ihtimalde, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşulları (*objektif unsur*) gerçekleşmiş olmasına rağmen, fail bunun bilincinde değil ise, hukuka uygunluk nedeninin *subjektif unsuru* eksik kaldığı için, tipik fiil haksızlık olarak ortaya çıkar ve fail kasten işlediği haksızlıktan sorumlu olur. Örneğin, (A)’nın CMK’nın 90. maddesindeki koşullarda (B)’yi yakalama yetkisi bulunmasına rağmen, onu soruşturma makamlarına teslim etmek amacı ile değil,

⁷⁰ Mahmut Koca, Ceza Hukukunda Hata, **3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi**, (Editör: Bahri Öztürk), Ankara 2009, s.102.

⁷¹ Neslihan Göktürk, **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Seçkin, Ankara, 2016, s.141.

⁷² Walter Gropp, Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Öntasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri, (Çev. Faruk Turhan), **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, Konya 1998, s.208-209; Heinrich, I, kn.325, 388; krş. Selman Dursun/Ali Emrah Bozbayındır: “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İÜHFİM**, Cilt: LXXIII, Sayı: 1, 2015, s.63-90.

özgürlüğünü sınırlama amacıyla yakalaması durumunda, sadece objektif unsurla yetinilerek failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanması kabul edilemez⁷³.

Subjektif hukuka uygunluk unsurunun eksikliği, bir hukuka uygunluk nedeninin kabulüne engel olmakla birlikte, bunun hukuksal sonuçları tartışmalıdır⁷⁴. Bu durumda Alman doktrinde çoğunluk, objektif olarak hukuka uygunluk sebebinin varlığının sadece neticenin ifade ettiği haksızlığı ortadan kaldıracığını, ancak hareketin ifade ettiği haksızlık varlığını devam ettireceği için failin sadece suça teşebbüsten sorumlu tutulacağını savunmaktadır⁷⁵.

Diğer görüşe göre, hukuka aykırılık ancak hem objektif hem de subjektif koşulların yerine getirilmiş olması halinde ortadan kalkacağından, failin saikini belirlemeyen koşullar failin yararına değerlendirilemez; tesadüfen doğru şeyi yapması, ona ayrıcalık yaratmaz. Bu nedenlerle **Heinrich**, hukuka uygunluğun subjektif unsurunun eksikliği halinde failin tamamlanmış suçtan cezalandırılması yönündeki görüşü yerinde bulmaktadır⁷⁶.

Türk Ceza Kanunu'nda, tamamlanmış bir fiil bakımından ceza sorumluluğunun teşebbüs hükümlerine göre belirlenmesi mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, hâkimin somut olayın özelliklerine göre cezada indirim yapmasına olanak sağlayacak [Alman CK'nın 22, 23/3 (elverişsiz teşebbüs) ya da 49. (cezaı indiren özel nedenler) maddesine benzer] yasal düzenlemeye gereksinim vardır⁷⁷.

⁷³ Neslihan Göktürk, Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği, **CHD**, S: 26, 2014, s.20; **Dursun/Bozbayındır**'a göre "hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarının somut olayda mevcudiyeti halinde objektif olarak haklı ve hukuk düzeniyle ahenkli bir netice ortaya çıkmaktadır. Failin manevi olarak ayrıca haklılık bilinciyle hareket edip etmediğinin, hukuka sadakat gösterip göstermediğinin araştırılması ve özellikle bunun yokluğuna ceza hukuku açısından sonuç bağlanması, failin sahip olduğu zihniyetin cezalandırılması anlamına gelecektir" (Dursun/Bozbayındır, Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi, s.86-87).

⁷⁴ Heinrich, I, kn.326.

⁷⁵ Heinrich, I, kn.391; Gropp, s.209; Özgenç, Genel Hükümler, s.472; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.272.

⁷⁶ Heinrich, I, kn.392; Aynı yönde görüş için Ersan, Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, s. 48.

⁷⁷ **Dursun/Bozbayındır**'a göre "Teşebbüs çözümü, ilgili hükümlerin doğrudan mı kıyasen mi uygulanacağı tartışması bir yana elverişsiz teşebbüs düzenlemesine dayanılması itibarıyla İtalyan ve Türk Hukuku gibi elverişsiz teşebbüsü cezalandırmayan sistemler açısından kabul edilebilir değildir" (Dursun/Bozbayındır, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi, s.85-86).

İkinci ihtimalde, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşulları (*objektif unsur*) gerçekleşmemiş olmasına rağmen, fail gerçekleştiği kanaatiyle (*subjektif unsur*) hareket etmiş ise, hukuka uygunluk nedeninin *objektif unsuru* eksik kaldığı için, tipik fiil haksızlık olarak ortaya çıkar, ancak failin yanılığı kastı ortadan kaldırır⁷⁸. Objektif unsura ilişkin bu hata *kaçınılmaz* ise, ortaya çıkan haksızlık bakımından artık failin ne kast ne de taksirinden söz edilebilir; fail bu hatasından yararlanır (TCK m.30/3). Bu durumda beraat kararı verilmelidir (CMK m.223/2-c). *Kaçınılabılır*⁷⁹ (gerekli dikkat ve özenin gösterilmesiyle öngörülebilecek) bir hata söz konusu ise, fiilin taksirle işlenmesinin mümkün olması koşuluyla fail ancak taksirle işlenen suçtan sorumlu tutulabilir⁸⁰. Örneğin, polis tarafından takip edilen bir kişinin hırsız sanılarak özgürlüğünden yoksun bırakılması halinde, görevli memurun fiilinde hata kaçınılmaz ise suç oluşmaz. Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun taksirle işlenmesi Kanunda düzenlenmediği için fiilden sorumluluk olmaz⁸¹.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu açısından rıza bir hukuka uygunluk nedeni olduğu için, failin hukuken geçerli bir rızanın varlığı hakkındaki yanılığı hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yanılığı (TCK m.30/3) kapsamında değerlendirilmelidir⁸².

⁷⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s.470.

⁷⁹ “Üniversite mezunu olup kendi anlatımına göre yazarlık da yapan, mağdure ile uzun süreli yakın ilişkiye giren 54 yaşındaki sanığın, suçun devam ettiği dönemde karı koca hayatı yaşadığı mağduredeki rahatsızlığı farkedememesi olanaklı olmayıp, ilaç kullanması gereken ve ruhen sıkıntıları olduğunu söyleyen mağdurenin rahatsızlığını bildiği, mağdurenin gösterdiği rızanın geçerli olmadığı ve eylemini hukuka uygun hale getirmedeği hususunda kaçınılmaz hataya düşmediği her türlü kuşkudan uzak şekilde ortadadır.

Bu durum karşısında, rıza açıklama ehliyeti bulunmayan mağdurenin sanıkla bir yerlere gitme ve cinsel ilişkide bulunma eylemlerine rıza göstermesinin, bu eylemleri hukuka uygun hale getirmedeği; sanığın, olayın hukuksal anlam ve sonuçlarını algılayıp eyleme ruhsal yönden mukavemet yeteneği bulunmayacak şekilde rahatsız olan mağdureye karşı gerçekleştirilen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve cinsel saldırı eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu bilerek bu eylemleri gerçekleştirdiği, böylelikle 5237 sayılı TCY'nın 30/3. maddesinde tanımlanan hataya düşmediği kabul edilmelidir” (Yargıtay CGK, 20.12.2011, 2011/5-230, 2011/273).

⁸⁰ Göktürk, Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılığı, s.22-27.

⁸¹ Örnek için bkz. Önder, Özel Hükümler, s.31.

⁸² “... ‘hafif derecede zeka geriliği ve psikotik bozukluk olan mağduredeki mevcut olan zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılamayacağını’ belirten raporu, mağdurenin yaşı ve tüm dosya içeriğine göre, sanığın eylemini zorla işlediğine dair cezalandırılmasına yeter, her türlü

3.1.3.3. İşlenen Fiilin Haksızlık Oluşturduğu Hususunda Hata

Failin, iradesini haksızlık oluşturan davranışı gerçekleştirme yönünde kullanması nedeniyle kusurlu sayılabilmesi için, gerçekleştirdiği fiilin haksızlık (hukuken onaylanmayan bir fiil) olduğunun bilincinde olması gerekir. Çünkü kişi, ancak davranışının haksızlık oluşturduğunun bilincinde olması halinde, iradesini bu davranıştan kaçınmak yönünde kullanma imkanına sahip olabilir⁸³. Ancak fiilin *cezalandırılabilir* olduğunu bilmek gerekmez⁸⁴.

TCK'nın 30/4. maddesine göre “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz”. Haksızlık yanılığında, unsur yanılığından farklı olarak, fail suçun yasal tanımında yer alan maddi unsurların somut olayda gerçekleştiğinin bilincindedir. Dolayısıyla, haksızlık oluşturan fiil açısından kasten hareket etmiş olan kişinin kastının ortadan kalkması söz konusu değildir⁸⁵.

Haksızlık yanılığında, kişi gerçekleştirdiği davranışın hukuka aykırılığında yanılmaktadır. Hukuka aykırı bir fiilin, hukuka uygun bir davranış olduğunu sanmaktadır. Haksızlık yanılığı çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir: ilk ihtimalde, fail yasaklayıcı normu gözden kaçırarak, izin verilen bir davranışı gerçekleştirdiğini düşünmektedir (*doğrudan haksızlık yanılığı*)⁸⁶. Örneğin, ablası (A) ile birlikte yaşayan 20 yaşındaki (B)'nin genellikle 00:00- 03:00 saatlerinde alkol ve uyuşturucu kullanmak için dışarıya çıkmayı alışkanlık haline getirmesi nedeniyle, (A), onu kötü alışkanlıklardan korumak amacıyla, gece evin kapısını kilitleyerek özgürlüğünü kısıtlamıştır. Olayda (A)'nın, davranışının hukuka aykırılığının

şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı ve mevcut haliyle eylemlerin 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki ve aynı Kanunun 234/3. maddesinde yer alan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçlarını oluşturduğu gözetilerek, bu suçlardan mahkûmiyetine karar verilmesi yerine, yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından mahkûmiyetine hükmedilmesi” (14. Ceza Dairesi, 06.12.2016, 2016/4960 - 2016/8306). Bu kararda farklı gerekçelere yer verilmiş olmakla birlikte, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yanılığı (TCK m.30/3) söz konusu olmaktadır.

⁸³ Göktürk, Haksızlık Yanılığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.25, 31.

⁸⁴ Sözüer, Hukuki Hata, **YD**, C.21, S.1-2, 1995, s.479-480.

⁸⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s.475; Göktürk, Haksızlık Yanılığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.76.

⁸⁶ Sözüer, Hukuki Hata, s.481; Koca, Ceza Hukukunda Hata, s.101.

bilincinde olup olmadığı araştırılmalıdır. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun yasal tanımında geçen “hukuka aykırı olarak” ifadesi, haksızlığın tümünü değerlendirici bir unsur olarak, esasen hukuka aykırılık unsuru ile ilişkili olmakla birlikte, aynı zamanda kusurun bir unsuru olan *haksızlık bilinci* için bağlama noktası oluşturduğundan, failin bu konudaki yanılması kast kapsamında değil, *haksızlık yanılması* (TCK m. 30/4) kapsamında ele alınmalıdır. Olayda (A), davranışının hukuka aykırılığının bilinci ile hareket etmediği için, haksızlık yanılması içindedir. Haksızlık yanılmasının *kaçınılabılır* olup olmadığı, (A)’nın eğitim düzeyi, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde göz önünde tutularak ayrıca değerlendirilmelidir⁸⁷.

Diğer ihtimalde, hukuk düzenince tanınmayan bir hukuka uygunluk nedeninin hukuki varlığında ya da hukuken tanınan bir hukuka uygunluk nedeninin hukuki sınırında yanılğı söz konusu olabilir (*izin yanılması, dolaylı haksızlık yanılması*)⁸⁸. Bu durumda, bir suç tipine dayanak oluşturan yasak norma değil; bu normun yasakladığı davranışa izin veren bir norma dayalı bir hata vardır. Örneğin, (B)’nin kabahat niteliği taşıyan dilencilik fiili bakımından, (A)’nın suçüstü halinde yakalama yetkisinin (CMK m. 90) bulunduğunu düşünerek, (B)’yi yakalaması ve polis merkezine götürmesi halinde, fiil, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu açısından tipik ve hukuka aykırıdır. (A)’nın yanılması, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında değil, hukuk düzenince tanınmayan bir hukuka uygunluk nedeninin varlığında yanılğı (haksızlık yanılması) kapsamındadır⁸⁹.

Haksızlık bilinci kastın değil, kusurun bir unsuru olduğundan⁹⁰, haksızlık yanılması sadece kusur üzerinde etkilidir. Haksızlık yanılması *kaçınılmaz* ise failin kasta dayanan *kusuru* tamamen ortadan kalkacağı için, faile kasten işlediği suçun cezası verilmez. Haksızlık yanılması *kaçınılabılır* ise, fail kasten işlediği suçtan sorumlu olur. Ancak hatanın “kusur” üzerindeki etkisine göre cezada indirim

⁸⁷ Sözüer, Hukuki Hata, s.483; Göktürk, Haksızlık Yanılmasının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.115-125.

⁸⁸ Sözüer, Hukuki Hata, s.481.

⁸⁹ Göktürk, Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılğı, s.29.

⁹⁰ Sözüer, Hukuki Hata, s.473-474, 478.

yapılabilecektir⁹¹. Haksızlık yanılığının kaçınılabilirliği, fiilin gerçekleştirildiği an esas alınarak belirlenmelidir⁹².

3.2. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

3.2.1. Teşebbüs

3.2.1.1. Genel Olarak

Kasten işlenen bir suçun meydana gelinceye kadar geçirdiği düşünce, icra, tamamlanma, son bulma evrelerinden oluşan sürece “suç yolu” (*iter criminis*) denilmektedir⁹³. Suça teşebbüs, “subjektif olarak bütünüyle tamamlanmak istenen, ancak objektif olarak tamamlanmayan” cezalandırılan bir davranış olarak tanımlanmıştır⁹⁴. Suçun icra hareketlerinin tamamlanamaması ya da yasal tanımında yer alan neticesinin gerçekleşmemesi halinde suça teşebbüs söz konusu olur⁹⁵.

TCK’nın 35. maddesine göre, “kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur”. Bu düzenleme açısından, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuna teşebbüs edilebileceğini kabul eden hâkim görüş ile Yargıtay uygulaması uyumlu görünmektedir⁹⁶.

⁹¹ Sözüer, Hukuki Hata, s.483; Koca, Ceza Hukukunda Hata, s.102; Haksızlık yanılığının kaçınılabilir olması ihtimali açısından Alman CK’nın §17’de olduğu gibi cezada indirim yapılmasını öngören ya da bu konuda hâkime takdir yetkisi tanıyan bir düzenlemeye TCK’da yer verilmemiş olması eleştirilmektedir. Bkz. Hans-Hieinrich Jescheck, 1989 TCK Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Çev. Adem Sözüer, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, Konya 1998, s.32; Veli Özer Özbeke, Türk Ceza Kanununda Hata (m.30), CHD, Y: 3 S: 7, 2008, s.98; Göktürk, Haksızlık Yanılığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.198.

⁹² Kaçınılabilirlik yargısının koşulları ve sınırları için bkz. Göktürk, Haksızlık Yanılığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.149; Sözüer, Hukuki Hata, s.483.

⁹³

⁹⁴ Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş, 17. Bs., Ankara 2012, s.270.

⁹⁵ Bkz. Sözüer, **Suça Teşebbüs**, Kazancı, İstanbul 1994, s.157-158.

⁹⁶ Dönmezer/Erman, C.I, kn.547-548; “teşebbüs düzenlemesi ile yalnızca özel suç tiplerince korunan hukuki yararların korunma çerçevesi genişletilmekte ve bu bakımdan teşebbüs hükümleri cezalandırmayı genişleten bir neden biçiminde nitelendirilmektedir” (Sözüer, Suça Teşebbüs, s.147-148); Önder Tozman, **Suça Teşebbüs**, Adalet, Ankara 2015, s.13, 16.

⁹⁷ Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 9.Bs, Savaş, Ankara 2018, s.88; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.374; Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 16. Bs., Seçkin, Ankara 2018, s.529; Özbeke ve diğerleri, Özel Hükümler, s.436; Koca/Üzülmmez, Özel Hükümler, s.461; Alman CK’da

Buna karşılık doktrinde, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuna teşebbüs edilemeyeceğini savunanlar olduğu gibi,⁹⁷ teşebbüsün koşullarını farklı değerlendiren görüşlere ve Yargıtay kararlarına da rastlanmaktadır. Bu tartışmalar açısından TCK'nın 35. maddesindeki koşulların değerlendirilmesi gerekmektedir.

3.2.1.2. Suça Teşebbüsün Koşulları

Teşebbüsün subjektif unsurunu suçun tamamlanmasına yönelik kast; objektif unsurlarını ise, doğrudan doğruya icraya başlama, elverişlilik unsuru ve suçun tamamlanmaması oluşturmaktadır.

3.2.1.2.1. Suçun Tamamlanmasına Yönelik Kast

Teşebbüsün, ancak kasten işlenen suçlarda mümkün olduğu kabul edilmektedir (subjektif unsur)⁹⁸. Kastın tamamlanmış suçta gördüğü işlev teşebbüste de aynı olduğu için, ayrı bir teşebbüs kastından söz edilemez. Belirli bir suçu işlemeye teşebbüs eden failin kastı, söz konusu suçun tamamlanmasına yöneliktir⁹⁹.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuna teşebbüsün varlığı için, her şeyden önce failin bu suçu tamamlamaya yönelik kastı belirlenmelidir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu genellikle doğrudan kast ile işlendiği için, “suçun icra hareketleri gerçekleştirildiği sırada” failin kastının belirlenmesinde pek güçlüklerle karşılaşmaz. Bu aşamada olmadığı sürece, suçun sadece icrasına başlanmadan önce ortaya çıkan kastın varlığı önemli değildir¹⁰⁰.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun manevi unsurunu incelerken, bu suçun olası kastla işlenebileceğini belirtmiştik. Doktrinde, olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre,

cürümler açısından teşebbüs nedeniyle cezalandırma her zaman mümkün olduğu halde (§12/1), cünhalar bakımından söz konusu olduğunda (§12/2) bu suçlara teşebbüsün cezalandırılabilmesi için kanunda açık bir düzenlemenin bulunması gerekmektedir. Alman CK'da, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuna teşebbüsün mümkün olduğu belirtilmiştir (§239/2). Bkz. Heinrich, kn.638-641.

⁹⁷ Hafizoğulları/Özen, Özel Hükümler, s.189.

⁹⁸ Soyaslan, **Teşebbüs Suçu**, Kazancı, Ankara 1994, s.57.

⁹⁹ Dönmezer/Erman, C.I, kn.553.

¹⁰⁰ Sözüer, Ceza Hukuku Uygulama, s.22-23.

kanun koyucu “kast” ifadesini kullanırken doğrudan kast ya da olası kast şeklinde bir ayırım yapmadığı için, olası kastla işlenen suçlar hakkında da teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir¹⁰¹.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, olası kastla işlenen suçlarda failin cezai sorumluluğu bakımından “belirli olmayan kast netice ile belirlenir” (*dolus indeterminatus determinatur ab eventu*) kuralı uygulanır. Buna göre, olası kast belirli bir sonuca yönelmiş olmadığından ve sorumluluk ancak ortaya çıkan netice ile belirlenebildiğinden teşebbüse uygun değildir. İşlenen fiilin neden olması muhtemel neticenin gerçekleşmemesi halinde, gerçekleşmeyen bu netice açısından kişinin suça teşebbüsten cezalandırılması, sorumluluk alanını katlanılamayacak ölçüde genişletecektir¹⁰².

3.2.1.2.2. Doğrudan Doğruya İcraya Başlama

Suçta teşebbüsten söz edilebilmesi için failin sadece kastının belirlenmesi yeterli değildir. Suç işleme kastının herhangi bir şekilde tespit edilmiş olmasına rağmen, failin gerçekleştirdiği hareketler henüz icra hareketi niteliğine kavuşmamış ise suça teşebbüsten söz edilemez¹⁰³. Kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağını (subjektif ölçütü) kabul etmek,

¹⁰¹ Sözüer, Suça Teşebbüs, s.162-166; Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 18. Bs. Seçkin, Ankara 2018, kn.638; Nur Centel/ Hamide Zafer/ Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10.Bs. Beta, İstanbul 2017, s.471; Mehmet Cemil Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk**, 1.Bs., Ankara, Seçkin, 2007, s.190; “bu kast türünde de teşebbüs hükümlerinin uygulanacağı baskın görüştür; zira, gayri muayyen kastta failin netice ile subjektif bir bağ içinde olduğu açıktır” (Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.387); “Alman doktrininde yazarların çoğunluğu olası kastlı teşebbüsün elverişli elverişsiz ayırımı yapmadan cezalandırılması taraftarıdır” (Tozman, Suça Teşebbüs, s.176).

¹⁰² Dönmezer/Erman, I, kn.553; Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s.308; Demirbaş, Genel Hükümler, s.463-464; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.607; Özgenç, Genel Hükümler, s.488; Tozman, Suça Teşebbüs, s.72; Katoğlu, Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs, **Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan**, C.I Ankara- 2015, (611-626); “Yargıtay’ın eski tarihli kararlarında bir birlik bulunmamakla birlikte, yeni TCK’nın yürürlüğe girmesinden sonra verilen kararların büyük çoğunluğunda olası kastla işlenen suçlara teşebbüs kabul edilmemektedir” (Koca, Mahmut, Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi, **CHKD**, C.3, 2015, S.2, s.105).

¹⁰³ Özgenç, Genel Hükümler, s.488.

hazırlık hareketleri aşamasında, suçun icrasıyla ilgisiz davranışların dahi cezalandırılmasına yol açabilecektir¹⁰⁴.

TCK'nın 35. maddesinde, hazırlık hareketi - icra hareketi ayrımı açısından, objektif ölçütten hareketle “suçun doğrudan doğruya icrasına başlanmış olması” esas alınmaktadır¹⁰⁵. Madde gerekçesinde, işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda (Frank formülü) suçun icrasına başlanılmış sayılacağı açıklanmıştır¹⁰⁶. Bu durumda, her şeyden önce suçun yasal tanımında unsur veya nitelikli hal olarak öngörülmüş olan hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde icra hareketleri başlamaktadır. Bununla birlikte, suçun yasal tanımında belirli bir neticeye yer verilmiş ve bu neticeyi oluşturacak hareketler ayrıca gösterilmemişse, neticenin gerçekleşmesine sebebiyet verecek, fiile zorunlu olarak bağlı olan hareketler de icra hareketi sayılacaktır¹⁰⁷.

Buna göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu açısından, doğrudan kişinin hareket serbestisini engelleyen ya da suçun nitelikli unsurlarını oluşturan (hile, cebir, tehdit gibi) fiillerle icra hareketlerinin başladığına kuşku bulunmamaktadır¹⁰⁸. Ayrıca, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun serbest hareketli bir suç olması dolayısıyla, somut olayın özelliklerine göre, neticeye sebebiyet verebilecek yakınlık ve bağlantı içindeki herhangi bir fiille de icra

¹⁰⁴ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.392; Suça teşebbüsün hukuki niteliğini ve cezalandırılma nedenini açıklayan “subjektif teorilerin” objektif bir ceza hukuku sistemine ve hukuk devleti ilkesinin ceza hukukunda doğurduğu sonuçlara ters düştüğü belirtilmiştir. Bkz. Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s.61-64; Sözüer, Suça Teşebbüs, s.79,127, 206-219.

¹⁰⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s.494; “Teşebbüs müessesesi bakımından çetin tartışmaların ve çok değişik fikirlerin ortaya çıkmasına neden olan unsur «İcra Başlangıcı»dır” (Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.388). Hazırlık hareketi - icra hareketi ayrımı hakkında bkz. Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.393-395; Özgenç, Genel Hükümler, s.493- 494; Tozman, Suça Teşebbüs, s.86-149.

¹⁰⁶ Sözüer, Suça Teşebbüs, s.197; “hareketin, işlenmek istenen suç tipindeki eylemle bir bağlantı içinde olması yani, onun bir parçasını teşkil etmesi gerekir. Ancak, hazırlık hareketleriyle de işlenmek istenen tipik eylem arasında bir bağlantı bulunabileceğine göre, icra başlangıcı bakımından herhangi bir bağlantının değil, doğrudan doğruya bir bağlantının varolması gerekir” (Sözüer, Suça Teşebbüs, s.211-212); “Kaçırarak üzere mağdureyi yakalamak için peşinden koşmak icra başlangıcıdır” 5. CD. 16.2.1981, 3854/3911 (Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.394).

¹⁰⁷ Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, kn.650; Özgenç, Genel Hükümler, s.493-494; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.425.

¹⁰⁸ “Mağdurun kız arkadaşının eski erkek arkadaşı olan sanığın, olay tarihinde konuşmak için dışarıya çağırdığı mağduru kolundan çekerek zorla arabaya bindirmeye çalıştığı sırada mağdurun direnmesi ve tanıkların gelmesi nedeniyle eylemini tamamlayamadığı” (14. CD. 06.02.2017, 2016/10046 - 2017/501).

hareketinin başlaması mümkündür¹⁰⁹. Yargıtay, icra hareketinin başlangıcı açısından objektif ölçütü benimsemesine karşın, uygulamada tereddütler yaşanmaktadır¹¹⁰.

Öte yandan, bileşik suç bakımından, diğer bir suçun unsuru olan suç teşebbüs aşamasında kalmışsa, bu durumda bileşik suç da teşebbüs aşamasında kalmış sayılacaktır. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu cebir veya tehditle işlemek isteyen failin, cebir veya tehdit suçlarının teşebbüs aşamasında kalması ya da tamamlanmış olması durumunda kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu gerçekleşmemişse, her iki halde de fail suçun nitelikli haline teşebbüsten sorumlu olacaktır¹¹¹.

¹⁰⁹ İsabetli bulmadığımız bir Yargıtay kararında “sanıklar S, B, M ile Ö’nün olay tarihinde “İskilip’ten Sungurlu’ya gelerek mağdurenin evinin önünde beklemeye başladıkları, ... G’den, mağdurenin evde olduğunu öğrenmeleri üzerine M, Ö ile B’nin mağdurenin evine gittikleri, sanık S’in ise araçta beklediği, kapıyı mağdurenin annesi S’nin açtığı, sanıkların S’ye mağdureyle görüşmek istediklerini söyledikleri, S’nin buna izin vermemesi üzerine eve girmeye çalıştıkları, mağdurenin ve annesi S’nin bağırıldığını duyan ve o sırada evde bulunan mağdurenin amcası C ile babası A’nın kapıya geldikleri, sanıkları apartmandan dışarıya çıkardıkları, sanık S’nin elinde bulunan kuru sıkı ... tabancanın C tarafından S’den alındığı, ... kolluk görevlilerince sanıkların yakalandığı ... olayda sanıkların konut dokunulmazlığını ihlal ettikleri sabit ise de, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun icra hareketlerine henüz başlamadıkları, bu aşamaya kadarki eylemlerinin ancak bu suça hazırlık hareketi olarak nitelendirilebileceği” (14. CD. 29.03.2016, 2014/3374 - 2016/3057) sonucuna ulaşılmıştır. Bizim de katıldığımız bir kararda ise “sanığın müştekilere ait ev telefonunu arayıp kimliğini gizlemek suretiyle mağdure S’yi ... buluşmak için ikna etmeye çalıştığı, mağdure ile annesi müşteki F’nin sanığın kim olduğunu öğrenmek amacıyla buluşma teklifini kabul ederek ... fındıklığa gittikleri, burada Fatma’nın ağaç arkasına gizlenip, mağdurenin ise sanığın yanına giderek tokalaşmasının ardından sanığın kolunu kızının omzuna atarak ormanın içerisine gitmeyi teklif etmesi üzerine Fatma’nın saklandığı yerden çıkıp sanığa doğru gitmesi ve mağdurenin de yerden taş alıyormuş gibi yapması üzerine onu bırakarak olay yerinden kaçtığı anlaşılan sanığın o ana kadar gerçekleştirdiği alıkoymaya yönelik eylemlerinin mevcut haliyle hazırlık hareketi sayılabileceği ve hazırlık hareketlerinin de yasal istisnalar dışında cezai sorumluluk doğurmayacağı” (14. CD. 24.12.2015, 2015/3851 - 2015/12030) belirtilmiştir.

¹¹⁰ Koca, Mahmut, Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi, s.106; Bizim de katıldığımız **Tozman**’a göre, suç kararının alınması ile suçun tamamlanması arasında sonsuz denebilecek ara noktaların bulunması karşısında, icra başlangıcının bu noktalardan hangisine yerleştirileceği konusunda mutlaka tereddütler yaşanacaktır. Her somut olayı çözecek bir ölçüt bulunamayacağı için, hâkim bütün teorilerden yararlanarak yapacağı değerlendirmeye çözüme ulaşmalıdır. Bkz. Tozman, Suça Teşebbüs, s.148-149; “Her ne kadar TCK bu konuda maddi objektif teoriyi benimser bir tutum sergilese de (m. 35) kanımızca bu teorinin sübjektif teori ile de desteklenmesi ve failin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun icra hareketlerine başladığı konusundaki kastının şüpheye yer vermeyecek biçimde ortaya çıkması gerekir” (Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.436).

¹¹¹ Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s.181; Tozman, Suça Teşebbüs, s.230; “Failin suçun basit halini gerçekleştirmeye başlamadan, nitelikli hali için aranan koşulları yerine getirmesi halinde de özellikli bir durum söz konusudur. Bu durum kural olarak suçun temel halinin gerçekleştirilmeye çalışılması ile aynı anda ortaya çıkar. Suçun temel hali, failin tahayyül ettiği gibi doğrudan

3.2.1.2.3. Elverişlilik

Teşebbüsten söz edilebilmesi için, kastedilen suçun icrasına “elverişli hareketlerle” başlanması gerekmektedir¹¹². Elverişlilik, hareketin, kanunun suç saydığı neticeyi meydana getirebilme iktidarır¹¹³.

Yeni TCK’da, elverişliliğin “sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden” değerlendirilmesi gerekmektedir¹¹⁴. Elverişlilik objektif olarak, yani tarafsız bir gözlemcinin bilgi ve öngörüsü, tecrübeleri esas alınarak, fiilin gerçekleştirildiği koşullar göz önünde bulundurularak (ex ante) yapılacak bir değerlendirmeye belirlenmelidir¹¹⁵. Buna göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu işlemek amacıyla yapılan davranışların elverişli hareket sayılıp sayılmayacağı belirlenirken, olayın ve tarafların tüm özellikleri dikkate alınmalıdır¹¹⁶.

Fiilin suç tipinde unsur olarak yer alan neticeyi gerçekleştirmeye uygun olmadığı veya suçun konusu bakımından herhangi bir tehlike doğurmadığı belirlendiğinde fail suça teşebbüsten cezalandırılmaz. Doktrinde, icra edilen fiilin

doğruya gerçekleştirilmeye başlanırsa (zamansal bir duraksama olmadan) nitelikli hal ancak o zaman gündeme gelebilecektir” (Heinrich, C.I, kn.732).

¹¹² Özgenç, Genel Hükümler, s.498 vd.; “Fiilin suçla korunan hukuki menfaati ihlal etmeye elverişli olup olmadığı hazırlık hareketi-icra hareketi ayırımında da belirleyici bir kriterdir. Hazırlık hareketlerinin cezalandırılmamasının nedeni, suç ile korunan hukuki menfaati ihlal etmemeleridir. İcra hareketlerinin başlamasıyla beraber, hukuki menfaat de ihlal edilmektedir” (Ünver, Hukuksal Değer, s.1009-1010).

¹¹³ Alacakaptan, İşlenemez Suç, Ankara (tarihsiz), <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/800.pdf> (Erişim: 20.01.2019), s.61.

¹¹⁴ “elverişlilik hakkındaki hüküm, fail tarafından girilen faaliyetin tümü, yani, vasıtayla birlikte, hareket ve mevcut bütün diğer şartlar göz önünde tutulmak suretiyle verilebilir” (Alacakaptan, İşlenemez Suç, s.61).

¹¹⁵ Dönmezer/Erman, I, kn.555; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.428.

¹¹⁶ Yerinde bulduğumuz bir kararda “mağdurenin traktör römorkunda yattığından haberi olmayan sanıkların, onun evde olduğunu düşünerek evin kapısını zorlamaları, kapının hemen yanındaki camı, kapı kilidini açmak için kırmaları ve çıkan sesler üzerine gelen aile bireyleri tarafından uzaklaştırılmaları şeklinde gelişen olayda, mağdureyi kaçırmak için evin kilitli kapısını açmak maksadıyla zorlayıp yandaki camı kıran sanıkların o ana kadar gerçekleştirdikleri hareketlerin cebir, tehdit veya hile kullanarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için aranan "Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmak..." iktidarına sahip olmadığı, sanıkların bu eylemleri nedeniyle konut dokunulmazlığının ihlali suçuna teşebbüs ve mala zarar vermek suçlarından dolayı ayrıca mahkeme tarafından mahkûmiyetlerine karar verildiği hususu da gözönünde bulundurulduğunda, mevcut haliyle bu hareketlerin hazırlık hareketleri sayılabileceği” (14. CD. 05.03.2015, 2012/14973 - 2015/2476) sonucuna ulaşılmıştır.

neticenin meydana gelmesi açısından elverişsiz olması “elverişsiz teşebbüs”, konusunun bulunmaması nedeniyle suçun tamamlanamaması ise “işlenemez suç” olarak adlandırılmakta; ikinci halde suçun konusu dışındaki maddi unsurların gerçekleşmesi dolayısıyla failin tehlikeliliği oranında cezalandırılması önerilmektedir¹¹⁷. Örneğin, iki yaşındaki (M) gece annesinin yanında yatmış, (M)’yi kaçırmak amacıyla çocuk odasına giren (F), karanlıkta (M)’nin yatağındaki oyuncak bebeği (M) zannederek alıp götürmüşse, failin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu durumda, bize göre de, suç işleme iradesini davranışlarıyla açığa vuran, toplum açısından tehlikeliliği ortaya çıkan fail hakkında ceza veya güvenlik tedbiri uygulanmasına ilişkin bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır¹¹⁸.

3.2.1.2.4. Suçun Tamamlanamamış Olması

TCK’nın 35. maddesine göre, teşebbüsten söz edilebilmesi için, icrasına başlanılan suçun failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamış olması gerekir¹¹⁹. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun yapısal özelliklerine ilişkin farklı görüşler, suçun tamamlanmasının belirlenmesinde olduğu gibi, teşebbüse uygunluğu konusunda da görüş ayrılıklarını beraberinde getirmiştir.

765 sayılı TCK suça teşebbüsü, bir suçun icrasına elverişli vasıta ile başladıktan sonra, failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerinin tamamlanamaması (eksik teşebbüs) veya icra hareketlerinin bitmesine rağmen

¹¹⁷ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s.58-59; Dönmezer/Erman, I, kn.555; Özgenç, Genel Hükümler, s.499-502; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.432.

¹¹⁸ Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.502; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.432; **Tozman**’a göre, “Objektif bir sistem için söz konusu olan bu sonuç teşebbüs konusunda subjektif bir anlayışın hâkim olduğu özellikle Almanya ve diğer bazı Avrupa ülkelerinde geçerli değildir. Bu ülkelerde çok az istisnası dışında elverişsiz hareketler de cezalandırılmaktadır” (Tozman, Suça Teşebbüs, s.86, dn.211); **Doğan** ise “Fiilin tehlikeliliği yerine failin tehlikeliliğini esas alarak elverişsiz teşebbüste cezalandırma yerine güvenlik tedbiri uygulaması önerisini güvenlik tedbirlerinin esas itibarıyla kusursuz fail hakkında uygulanması, elverişsiz teşebbüsün varlığı halinde ise failin kusurluluğunun tam olması nedeniyle” yerinde bulmamıştır (Koray Doğan, Elverişsiz Teşebbüs ve Ters Tipiklik Hatası, **Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan**, C.I, Beta, İstanbul 2014, s.223).

¹¹⁹ Madde gerekçesine göre, uygulamada adil olmayan bir cezalandırmanın ortaya çıkmasına neden olan “eksik teşebbüs” - “tam teşebbüs” ayrımının, “sırf hareket suçlarında” uygulanamaması da göz önünde tutularak, bu ayırımı maddede yer verilmemiş, adil ve eşit bir cezalandırma bakımından, teşebbüs hareketinin meydana getirdiği zarar veya tehlikenin ağırlığının esas alınması öngörülmüştür; Bkz. Heinrich, I kn.653.

neticenin tamamlanamaması (tam teşebbüs) olmak üzere iki ayrı normda düzenlemişti (m.61, 62)¹²⁰. Doktrinde, *neticesi harekete bitişik (şekli) suç* olarak nitelendirilen suçlarda tam teşebbüsün mümkün olmayacağı kabul edilmesine rağmen¹²¹, Yargıtay aksi yönde kararlar vermekteydi¹²². Uygulamada, bir yandan eksik teşebbüsün tam teşebbüsten, diğer yandan tam teşebbüsün tamamlanmış suçtan ayrımı açısından güçlüklerle karşılaşılıyor; teorik esaslara aykırı ve çelişkili Yargıtay kararları ortaya çıkıyordu¹²³.

765 sayılı TCK döneminde, *neticesi harekete bitişik (şekli) suç* olarak nitelendirilen kişi özgürlüğünü sınırlama suçunun, özgürlükten yoksunluğun gerçekleştiği anda tamamlanacağı kabul edilmekteydi. Buna bağlı olarak, suçun eksik teşebbüse uygun olduğu, suça tam teşebbüsün ise mümkün olmadığı kabul edilmiştir¹²⁴. **Cihan**, doktrinde hâkim olan bu görüşün aksine, özgürlüğü sınırlandırma suçunu maddi (neticeli) bir suç olarak nitelendirmiştir¹²⁵. Bununla birlikte, yazar, özgürlüğü sınırlama suçu açısından sadece eksik teşebbüsün mümkün olduğu görüşündedir¹²⁶.

Yeni TCK açısından da doktrinde çoğunluk, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu *sırf hareket suçu* ya da *neticesi harekete bitişik suç* olarak nitelendirmektedir¹²⁷. Aslında, sırf hareket suçlarının oluşması için, icra hareketinin

¹²⁰ Erem, II, s.505-515; Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s.111-117.

¹²¹ Dönmezer/Erman, I, kn.518, 569; “şekli suçta tam teşebbüs hali mümkün olmadığı, eksik teşebbüs bazı hallerde gerçekleşebildiği halde, maddi suç tiplerinde gerek eksik gerek tam teşebbüs mümkündür” (Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.172-173); aynı yönde Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s.200.

¹²² Sözüer, Suça Teşebbüs, s.230.

¹²³ Bkz. Sözüer, Suça Teşebbüs, s.226-234; 765 sayılı TCK döneminde, cezanın belirlenmesinde adil olmayan sonuçlara yol açan eksik-tam teşebbüs ayrımının kaldırılarak, her somut olayın özelliklerine ve meydana gelen tehlike ya da zararın ağırlığına göre, hâkime takdir yetkisi veren yeni bir düzenlemeye gidilmesi önerilmiştir. Bkz. Sözüer, Suça Teşebbüs, s.234.

¹²⁴ Önder, Özel Hükümler, s.40; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.62, 129, 204; Sözüer, Suça Teşebbüs, s.233.

¹²⁵ Erol Cihan, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit)”, **İÜHF**, C.XLI, S. 1-2, 1975, s.64; **Manzini**, bu suçun “maddi suç” olduğu kabul etmiş ve tam teşebbüsün de mümkün olduğu savunmuştur. Manzini, 1921, s.495’den naklen (Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.129, dn.235 ve 240).

¹²⁶ Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama, s.65.

¹²⁷ Üzülmöz, Kisiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1191; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.621; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.361; Tezcan/Ertem/Önok,

yapılmış olması yeterli olduğundan (suç aynı anda tamamlandığından), bu tür suçlara teşebbüs mümkün görülmemektedir¹²⁸. Suça teşebbüs, birden fazla icra hareketlerini gerektiren suçlarda söz konusu olmaktadır¹²⁹. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu sırf hareket suçu olarak nitelendirilmesine rağmen, icra hareketlerinin kısımlara bölünebilmesi nedeniyle, istisnai durumlarda suça teşebbüs kabul edilmektedir¹³⁰. Kanımızca, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunda, icra hareketinin yapılmasıyla birlikte (aynı anda) neticenin meydana geldiği ve mütemadi suçta neticenin ya da hem hareket hem neticenin devam ettiği şeklindeki görüşler¹³¹ kabul edilecek olursa, mütemadi suça teşebbüsün mümkün olmadığını savunmak¹³² teorik olarak daha tutarlı görünmektedir. Oysa pratikte, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuna teşebbüsün bazen kolaylıkla belirlenebildiği görülmektedir¹³³.

s.530; **Soyaslan**'a göre neticesi harekete bağlı bir suçtur. Bkz. Soyaslan, *Özel Hükümler*, s.264; Aynı yönde Gülşen, *Hürriyeti Tahdit*, s.204; Kiziroğlu, s.426.

¹²⁸ Gian Domenico Pisapia, **İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım**, (Çev. Atıf Akgüç) Padova 1965, Adalet Bakanlığı, Ankara 1971, s.117; Erem, I s.506; Hafizoğulları/Özen, *Genel Hükümler*, s.322; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s.271, 621; Centel/Zafer/Çakmut, s.472; TCK'nın 35. maddesinin gerekçesine göre, uygulamada adil olmayan bir cezalandırmanın ortaya çıkmasına neden olan "eksik teşebbüs" - "tam teşebbüs" ayrımının, "sırf hareket suçlarında" uygulanamaması da göz önünde tutularak, bu ayrıma maddede yer verilmemiş, adil ve eşit bir cezalandırma bakımından, teşebbüs hareketinin meydana getirdiği zarar veya tehlikenin ağırlığının esas alınması öngörülmüştür.

¹²⁹ Erem, I s.507.

¹³⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Genel Hükümler*, s.621; Hakeri, *Genel Hükümler*, s.164; Tozman, *Suça Teşebbüs*, s.228-229; **Hafizoğulları/Özen**, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun neticesiz suç olduğu görüşündedirler (Zeki Hafizoğulları/ Muharrem Özen, *Hürriyete Karşı Suçlar*, **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan**, C.II, Turhan, Ankara 2010, s.2737); Yazarlara göre, neticesiz suçlarda kural olarak teşebbüs mümkün değildir, ancak hareket parçaları bölünebildiğinde teşebbüs mümkün olabilir (Hafizoğulları/Özen, *Genel Hükümler*, s.323). Buna karşılık yazarlar, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun kesintisiz suç olması nedeniyle teşebbüsü mümkün görmemektedirler. (Hafizoğulları/Özen, *Özel Hükümler*, s.189); Yine **Erem**'e göre, "*Temadiye «teşebbüs» anlamsız olduğundan mütemadi suça teşebbüs mümkün görülememektedir*" (Erem, I s.510).

¹³¹ Bkz. 2.1.1.13.5. Mütemadi Suç Olması

¹³² Erem, I s.510; Hafizoğulları/Özen, *Genel Hükümler*, s.190.

¹³³ "sanığın, kolundan tutarak تنها bir yere götürmeye çalıştığı mağdurun direnmesi üzerine yaşanan arbedeyi gören tanıkların müdahalesinden dolayı eylemini tamamlayamaması karşısında, atılı suçun teşebbüs safhasında kaldığı" (14. CD, 11.10.2017, 2014/10948 - 2017/4714); Bkz. Özgenç, *Genel Hükümler*, s.508.

Buna karşılık, biz, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu *neticeli suç* olarak nitelendiren görüşe¹³⁴ katıldığımızı belirtmiştik¹³⁵. *Zorunlu mütemadi suçlardan* olan kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun -neticesinin- oluşması için, kişinin hareket serbestisi kesintisizlik (temadi) oluşturabilecek bir süre kısıtlanmış olmalıdır¹³⁶. Benimsediğimiz görüşe göre, mütemadi suçta devam eden netice değil, suçun yasal tanımında gösterilen harekettir¹³⁷. Suçun yasal tanımında gösterilen hareketin az da olsa bir süre devam etmesiyle suç tamamlanmakta ve netice meydana gelmektedir. Buna göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu, mağdurun iradesine uygun olarak hareket etmesinin *önemli sayılabilecek* (az ya da çok) bir süre kısıtlanmasıyla **tamamlanır**; mağdurun hareket serbestisini tamamen kazandığı anda **biter**¹³⁸. Kişinin hareket serbestisinin kısıtlandığı sürenin suçun oluşması bakımından yeterli olup olmadığı konusu, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir.

Suçun doğrudan doğruya icrasına başlanmış olmasından mütemadi suçun tamamlanmasına kadar geçen süre içerisinde, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuna teşebbüs mümkündür. Hâkim bu aşamada gerçekleştirilen hareketleri teşebbüs bakımından değerlendirir. Suçun tamamlanamaması, failin elinde olmayan nedenlerden kaynaklanmışsa teşebbüs; aksine, failin iradesiyle gerçekleşmişse gönüllü vazgeçme söz konusu olur. Failin elinde olmayan nedenler, failin iradesi dışında gerçekleşen ve suçun tamamlanmasını engelleyen maddi veya manevi her

¹³⁴ Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü, s.64; Manzini, 1985, s.710'dan naklen (Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.129, dn.235); Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.446-447; Erem/Danışman/Artuk, s.354-355.

¹³⁵ Bkz. 2.1.2. Netice.

¹³⁶ Heinrich, kn.166; Önder, Mütemadi Suç, s.115; Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.273; Soyaslan, Özel Hükümler, s.263; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.374; Tezcan/Erdem/ Önok, s.514; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.447; Centel/Zafer/Çakmut, s.270; Tozman, Suça Teşebbüs, s.151; TCK'nın 109/1 maddesine göre "... *hürriyetinden yoksun bırakan*" fail bu suçu işlemiştir. "Kanundaki bu tanımdan temadi açıkça anlaşılmaktadır" (Erem/Danışman/Artuk, s.352); "hürriyeti tahditten söz edilebilmesi için, kısıtlama eylemi korunan hukuki yararı ihlal etmiş olacak bir süre olması da gerekir" (Önder, Özel Hükümler, s.26).

¹³⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s.183-184, 507; Koca/ Üzülmez, Genel Hükümler, s.125; **Pisapia** da mütemadi suçta, suçu oluşturan hareketlerin birden çok olduğu görülmektedir. Bkz.Pisapia, s.51.

¹³⁸ Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.88; Koca/ Üzülmez, Özel Hükümler, s.447; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.436.

türlü etken olabilir¹³⁹. Örneğin, mağduru bağlamaya çalışan failin üçüncü bir kişi tarafından engellenmesi veya polis sireni duyması nedeniyle yakalanmaktan korkarak kaçması.

Suçun tamamlanmasından sonra, icrası devam eden fiilin, failin elinde olmayan nedenlerle icrasının sona erdirilmiş olması halinde ise, artık teşebbüse ilişkin hükümler uygulanmaz¹⁴⁰. Örneğin, kişinin önemli sayılabilecek bir süre özgürlüğünden yoksun bırakılmasından sonra, failin elinde olmayan nedenlerle (kurtarılaraq veya kaçarak) serbest kalması halinde suç tamamlanmıştır ve fail tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılmalıdır.

Neticeli suçlarda teşebbüsün iki şekilde gerçekleşebileceği kabul edilmektedir. İlk ihtimalde, elverişli hareketlerle suçun icrasına başlamış olan fail, engel nedenlerle bu hareketleri tamamlayamamış olabilir. İkinci ihtimalde ise, fail icra hareketlerini tamamlamış, ancak elinde olmayan sebeplerle neticeyi gerçekleştirememiş olabilir¹⁴¹. Örneğin, mağdurun silahla, ölümlle tehdit edilerek arabaya binmeye zorlandığı sırada kurtarılması ilk ihtimale; arabaya hile ile bindirilen mağdurun, korku ve telaşla aracı çalıştırmakta zorlanan failin kendisini kaçırmaya çalıştığını anlayarak araçtan inip kaçması ikinci ihtimale uyabilir. Bu gibi durumlarda ceza miktarı belirlenirken, yapılan hareketin ulaştığı gerçekleşme aşamasından çok, fiilin doğurduğu zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınmalıdır. Çünkü, örneklerde olduğu gibi, bir olayda icra hareketleri bitmemesine rağmen ortaya çıkan zarar veya tehlike, icra hareketlerinin bitmesinden sonra meydana gelen zarar veya tehlikeden daha ağır olabilir (TCK m.35 gerekçesi)¹⁴².

Doktrinde, kişinin hareket özgürlüğünün tamamen kaldırılmadığı, ancak serbest hareketin zorlaştırıldığı hallerde de, teşebbüsün kabul edilmesi gerektiği

¹³⁹ Tozman, Suça Teşebbüs, s.152-153.

¹⁴⁰ Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.508.

¹⁴¹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.432.

¹⁴² Sözüer, Suça Teşebbüs, s.234; Buna karşılık doktrinde, icra hareketlerinin tamamlanıp tamamlanmadığına dair ayırımın yapılmasının, suçla meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına göre cezanın belirlenmesi bakımından zorunlu olması dolayısıyla, özellikle neticeli suçlarda eksik-tam teşebbüs ayırımının örtülü olarak halen devam ettiği öne sürülmektedir. Bkz. Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s.315; Tozman, Suça Teşebbüs, s.154.

savunulmaktadır¹⁴³. Suç tipini belirleyen TCK'nın 109. maddesindeki tanımın açıklığı karşısında, suçun gerçekleşmesi bakımından kişinin hareket özgürlüğünün tamamen (mutlak biçimde) ortadan kaldırılmasının veya mağdurun failin hâkimiyet alanına girmesinin gerekli olup olmadığına ilişkin¹⁴⁴ -765 sayılı TCK dönemindeki tartışmaların son bulduğunu; mağdurun yer değiştirme özgürlüğünün kaldırılması ya da herhangi bir şekilde hareket özgürlüğünün kısıtlanmasıyla suçun oluşacağını belirtmiş¹⁴⁵. Kanımızca, serbest hareketin zorlaştırıldığı hallerde de kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun tamamlanması mümkün olduğundan, bu gibi hallerde -doğrudan- teşebbüsün kabul edilmesi yerine, somut olayın ve mağdurun özellikleri açısından farklı etki gösterebilecek koşulların değerlendirilmesiyle sonuca ulaşılması gerektiğini düşünüyoruz.

Yine doktrinde, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun neticeli bir suç olduğunu ve dolayısıyla mağdurun ancak hareket serbestisini kullanmak istediği anda suçun neticesinin ortaya çıkacağını savunan yazarlara göre, uyuyan ya da sarhoş olan kişinin, kısmen de olsa kendine geldiğinde, *hareket serbestisi veya iradesini oluşturma bilincinden* söz edilebileceği kabul edilmektedir. Bu hallerde kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun, kişinin uyanarak veya ayılarak istediği yönde hareket edememesi durumunda tamamlanabileceği,¹⁴⁶ aksi halde suçun teşebbüs aşamasında kalacağı savunulmaktadır¹⁴⁷. Benimsediğimiz görüşe göre, fiilin işlendiği sırada mağdurun hareket serbestisini kullanma imkânına sahip olup olmaması veya onu kullanmak isteyip istememesi önem taşımamaktadır. Kişiyi

¹⁴³ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.462.

¹⁴⁴ Yargıtay, “direnmesi sonucu failin mağdureyi nüfuz ve hakimiyeti alanına sokamadığı, olay yerine tanıkların gelmesi üzerine, failin iradesinden bağımsız bir nedenin icra hareketlerinin bitmesini engellediği, dolayısıyla fiilin eksik teşebbüs aşamasında kaldığına karar vermiştir”(YCGK, 18.12.1989, 1989/5-314 - 1989/399) Soyaslan, teşebbüs Suçu, s.116.

¹⁴⁵ Bkz. 2.1.1.2. Tipik Fiil

¹⁴⁶ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, 2013, s.402; Bu suç tipiyle potansiyel hareket özgürlüğünün korunduğunu savunan Eser, uykuda veya bilinçsiz durumdaki sarhoşların bu durumları süresince, suçun mağduru olamayacaklarını belirtmektedir. Bkz. Albin Eser, § 239, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl age, München 2006, kn.3'den naklen (Üzülmez, Kisiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1187, dn.10).

¹⁴⁷ Üzülmez, Kisiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s.1205; “failin içeride uyumakta olan mağdurun üzerine kapıyı kilitlediği, ancak mağdur uyanmadan gelen diğer bir kişi tarafından kapının açıldığı hallerde de henüz icra hareketi tamamlanmadığından teşebbüs söz konusu olacaktır” (Koca/Üzülmez; Özel Hükümler, s.461 vd).

özgürlüğünden yoksun kılma suçuyla bireyin hem aktüel hem de potansiyel hareket serbestisi korunduğu için, suçun oluşması açısından mağdurun hareket serbestisinin kısıtlandığını bilmesi gerekmez¹⁴⁸. Objektif olarak özgürlüğü sınırlanan herkes suçun mağdurudur¹⁴⁹. Bu nedenlerle, herhangi bir nedenle bilinci yerinde olmayan kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması durumunda -bilinci yerinde olmayan kişi uyanarak veya kendine gelerek fiili hissetmese bile- suçun tamamlanacağı kanısındayız. Örneğin, bitkisel yaşamdaki bir kişinin sırf hastane giderlerinin ödenmemiş olması nedeniyle, başka bir yere nakledilmesine engel olunması ya da evinde uyuyan mağdurun fidye için kilit altında tutulup, daha sonra kapısı açılarak serbest bırakılması gibi hallerde suçun tamamlandığına kuşku bulunmamalıdır.

3.2.1.3. Gönüllü vazgeçme

3.2.1.3.1. Genel Olarak

Gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen TCK'nın 36. maddesine göre, “*fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır*”. Suçtan gönüllü (kendiliğinden, ihtiyariyle) vazgeçmenin cezalandırılmamasının nedeni suç politikası gerekçelerine dayanır¹⁵⁰. Failin icrasına başladığı suçu tamamlamaktan vazgeçirmeye teşvik düşüncesiyle kabul edilmiş olan gönüllü vazgeçme, cezayı kaldıran şahsi bir sebeptir¹⁵¹. Bu nedenle iştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır (TCK m.41)¹⁵².

¹⁴⁸ Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.58; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.42-43; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.363; Tezcan/Erdem/Önok, s.511; Hafızogulları/Özen, Özel Hükümler, s.187; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.425.

¹⁴⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s.511.

¹⁵⁰ Bkz. Dönmezer/Erman, I, kn.574-577; Carlo Erra, Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme, (Çev. Sahir Erman), **İÜHF**, C: X, S: 3 -4, İstanbul 1944, s.696-697; Sözüer, Suça Teşebbüs, s.235-240; Heinrich, I, kn.760; Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s.120.

¹⁵¹ Özgenç, Genel Hükümler, s.509.

¹⁵² Özgenç, Genel Hükümler, s.583.

Hukukumuzda eskiden beri, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçundan gönüllü vazgeçme mümkündür. Gönüllü vazgeçen fail, icrasına başladığı kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçundan dolayı cezalandırılmayacak; ancak, o ana kadar gerçekleştirilen hareketler başka bir suç (örneğin, konut dokunulmazlığının ihlâli, kasten yaralama, tehdit) oluşturuyorsa, fail bundan sorumlu tutulacaktır¹⁵³.

3.2.1.3.2. Gönüllü Vazgeçmenin Koşulları

3.2.1.3.2.1. Suçun Tamamlanmamış Olması

TCK'nın 36. maddesi açısından gönüllü vazgeçme, suçun tamamlanmasından önce, yani suça teşebbüsün mümkün olduğu tüm aşamalarda gerçekleştirilebilir¹⁵⁴. 765 sayılı TCK'da ise gönüllü vazgeçme, sadece suça eksik teşebbüs aşamasında, failin icra hareketlerini kendi isteğiyle tamamlamaması hali olarak düzenlenmişti (m.61/2)¹⁵⁵. Bu aşamada kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçundan gönüllü vazgeçme mümkün görülmektedir¹⁵⁶.

765 sayılı TCK'da suça tam teşebbüs (m.62) aşamasında gönüllü vazgeçme düzenlenmemiş olmasına rağmen, failin icra hareketlerini tamamlamasından sonra neticenin gerçekleşmesine isteyerek engel olması, doktrinde, *faal nedamet* (etkin pişmanlık) olarak kabul edilmektedir¹⁵⁷. Bu durumda, failin tamamlanmış suçtan ya da tam teşebbüsten cezalandırılması veya 765 sayılı TCK'nın 61/2. maddesi kıyas yoluyla uygulanarak faile ceza verilmemesi şeklinde farklı görüşler savunuluyordu¹⁵⁸. Öte yandan, suçun tamamlanmasından önce etkin pişmanlıktan söz edilmesinin doğru olmadığı belirtilerek, gönüllü vazgeçmenin teşebbüsün bütün

¹⁵³ Tozman, Suça Teşebbüs, s.389-391.

¹⁵⁴ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.440.

¹⁵⁵ Dönmezer/Erman, I, kn.573.

¹⁵⁶ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.130.

¹⁵⁷ Dönmezer/Erman, I, kn.581-582; Erra, s.681; Bayraktar, Köksal, Faal Nedamet, **İÜHF**, C.33, S.3-4, İstanbul, 1968, s.122-125; Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s.118; Mehaz kanun olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununda suçun tamamlanmasından önce failin suçun neticesini önlemesi düzenlenmemiştir. Doktrinde, 1930 tarihli İt.CK'da olduğu gibi bu durumun da kabul edilmesi önerilmiştir. Bkz. Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s.145, 150; **Erem**, 1989 Tasarısında (m.20) failin "suçun neticesini önlemesi" ile "tamamlanmış suçun neticesini ortadan kaldırması" halinin eşit sayılmış olmasını eleştirmiştir. Bkz. Erem, Faruk, Etkili Pişmanlık, s.87.

¹⁵⁸ Bkz. Dönmezer/Erman, C.I, kn.582; Bayraktar, Faal Nedamet, s.138-139, 150; Erem, Faruk, Etkili Pişmanlık, **Ankara Barosu Dergisi**, 1990, S.2, s.86; Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s.144, 150.

aşamaları bakımından düzenlenmesi önerilmiştir¹⁵⁹. Doktrinde genellikle, *neticesi harekete bitişik* bir suç olarak nitelendirilen kişi özgürlüğünü sınırlama suçuna tam teşebbüs mümkün görülmediği için, bu aşamada failin kendiliğinden neticeye engel olması da söz konusu değildir¹⁶⁰.

5237 sayılı yeni TCK'da, suça eksik teşebbüs - tam teşebbüs ayırımı kaldırılmış (m.35) ve bu düzenleme doğrultusunda, gönüllü vazgeçme suçun icrası sürecindeki bütün aşamalarda mümkün hale getirilmiştir (m.36)¹⁶¹. TCK'nın 36. maddesinde, gönüllü vazgeçme "*suçun icra hareketlerinden vazgeçme*" ya da "*suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önleme*" şeklinde öngörülmüştür.

İlk durumda, suçun icra hareketlerinin devamı aşamasında olan fail, icra hareketlerini sonuna kadar götürme imkân ve iktidarı bulunmasına rağmen icraya devam etmemiş olmalıdır. Failin nihai olarak kastını kaldırması, icra hareketlerinden vazgeçmenin kesin ve ciddi olması gerekir. Örneğin, üç yaşındaki çocuğu kaçırmak için elinden tutan failin, küçüğün ağlaması üzerine onu bırakıp, fiilini hileli davranışlarla kaldığı yerden devam ettirmek üzere icra hareketlerine geçici bir süre ara vermesi halinde gönüllü vazgeçmeden söz edilemez. Öte yandan, failin gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için, bu hareketleri sırasında neden olduğu -suç oluşturmayan- çok az miktardaki zararları ortadan kaldırması gerekmez¹⁶².

İkinci durumda ise, neticeli suçlarda icra hareketlerinin bitmesinden sonra, fail suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemiş olmalıdır. Fail neticenin oluşumunu kesin ve iradi bir faaliyetle önlemiş olmalıdır. Bu durumda, failin aktif bir çaba göstererek meydana gelecek neticeyi engellemesi gerekir. Ancak, fail bunu bizzat kendi çabasıyla ya da üçüncü kişinin de yardımıyla

¹⁵⁹ Bkz. Sözüer, Suça teşebbüs, s.246.

¹⁶⁰ Sulhi Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar**, 4. Bası, İstanbul 1975, s.263; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.130.

¹⁶¹ Böylece, gönüllü vazgeçme, teşebbüsün bütün aşamaları bakımından kabul edilmiştir. Bkz. Sözüer, Adem, Suç Politikası İlkeleri Bağlamında Türk Ceza Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, **Türk Ceza Kanunu Reformu 1: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, s.47-48; Özgenç, Genel Hükümler, s.506, 512; Krş. Demirbaş, Genel Hükümler, s.477, Hafızoğulları/Özen, Genel Hükümler, s.320.

¹⁶² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.440; Tozman, Suça Teşebbüs, s.270-271.

gerçekleştirmiş olabilir¹⁶³. Örneğin, hastanede yatan bebeği gizlice alan failin suçu tamamlamasına hiç bir engel bulunmadığı halde, bir dakika sonra kendiliğinden ya da bir hemşire aracılığıyla bebeği yerine bırakması.

Doktrinde çoğunlukla kabul edilen, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu *sırf hareket suçu* olarak nitelendiren, görüşler¹⁶⁴ açısından gönüllü vazgeçmenin sadece suçun icra hareketlerinin devamı aşamasında mümkün olduğu savunulabilir. Bize göre ise, neticeli bir suç olan kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun doğrudan doğruya icrasına başlanmış olmasından mütemadi suçun tamamlanmasına kadar geçen süre içerisinde, gönüllü vazgeçme mümkündür. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuna teşebbüs aşamasının belirlenmesine ilişkin yaptığımız açıklamalar burada geçerlidir.

3.2.1.3.2.2. Vazgeçmenin Gönüllü Olması

Vazgeçmenin gönüllü (ihtiyari, seçimlik) olması (765 s. TCK m.61/2; 5237 s. TCK m.36), failin icrasına başladığı suçu tamamlamasına herhangi bir engel bulunmamasına rağmen, pişmanlık duyarak suçu işlemekten vazgeçmiş olmasını ifade eder¹⁶⁵. Vazgeçmenin kendiliğinden olması, failin seçme şansının bulunduğu bir durumda, bilinçli ve iradi olarak, seçeneklerden birini tercih etmesi olarak anlaşılmaktadır. Ancak, “gönüllü olmanın” failin sadece iradi bir kararına dayanması yetmez, ayrıca dış etkenler tarafından zorlanmamış bir kararın ürünü olması gerekir¹⁶⁶.

Hukuki bir kavram olan “gönüllülük” yalnızca psikolojik ya da normatif olarak anlaşılmamaktadır. Bu nedenle, vazgeçmenin gönüllü olup olmadığının belirlenmesinde, saikin ahlaki olup olmamasına değil, failin davranışına ve onun iradiliğine bakılarak, suç politikası ilkeleri açısından bir değerlendirme

¹⁶³ Sözüer, Adem, Suç Politikası İlkeleri Bağlamında Türk Ceza Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, s.47; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.441; Haluk Toroslu, Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme, **Hâluk Konuralp Anısına Armağan**, Yetkin, Ankara 2009, s.1191.

¹⁶⁴ 2.1.2. Netice.

¹⁶⁵ Bkz. Dönmezer/Erman, C.I, kn.573; Özgenç, Genel Hükümler, s.510.

¹⁶⁶ Erra, s.707-708; Sözüer, Suça Teşebbüs, 248; Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s.120; Toroslu H., s.1193-1201.

yapılmalıdır¹⁶⁷. Gerçekten, vazgeçmenin saiki önemli olmadığı¹⁶⁸ gibi, ahlaki anlamda gerçek bir pişmanlığın sonucu olup olmaması da önem taşımamaktadır¹⁶⁹.

Somut olayın özelliklerine göre, failin suç yolunda ilerlemesine engel olan tesadüf, üçüncü kişinin davranışı, dış koşulların değişmesi nedeniyle suçun tamamlanmasının engelleneceğine ilişkin korku (örneğin, uyurken kaçırılmak üzere kucaklanan iki yaşındaki çocuğun uyanarak bağırarak ağlaması) ya da dış etkenlerden kaynaklanan yakalanma korkusu (örnekte çocuk odasının dışından gelen seslerin duyulması) gibi hallerde vazgeçmenin gönüllü olduğu söylenemez. Buna karşılık, failin vicdan azabı, utanç, iyi düşünme, heyecan, gerilim, cesaret eksikliği gibi iç etkenlerle, kendiliğinden ya da cezalandırılma veya yakalanma korkusuyla suçu tamamlamaması halinde vazgeçme gönüllüdür¹⁷⁰. Örneğin, ticari taksiye bindiğini zanneden mağdurun, önceden tanıdığı şoför tarafından kaçırılacağını anlayarak sessizce ağlamaya başlaması üzerine, failin üzülmeye, henüz hareket ettirmediği araçtan inmesine izin vermesi durumunda TCK'nın 36. maddesi uygulanabilecektir. Buna karşılık, mağdurun henüz hareket etmemiş olan bu araçtan inip kaçması halinde kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuna teşebbüs; mağdurun önemli sayılabilecek bir süre araçta kilitli tutulması ya da istemediği bir yere götürülmesi halinde ise tamamlanmış suç söz konusu olacaktır.

3.2.2. İştirak

3.2.2.1. Genel Olarak

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun mütemadi suç olması dolayısıyla, bu suça iştirak özellik göstermektedir. Ani suçlara ancak suçun tamamlanmasına kadar iştirak edilebilir. Mütemadi suçlarda ise, kural olarak, suçun sona ermesine (bitmesine) kadar suça iştirak mümkündür. Buna göre, suçun

¹⁶⁷ Psikolojik teoriye göre, eğer fail “sonucu gerçekleştirebileceğim halde bunu istemiyorum” diyorsa vazgeçme gönüllü, buna karşılık “sonucu gerçekleştirmek istiyorum, ama bunu yapamıyorum” diyorsa vazgeçme gönüllü değildir (Frank formülü). Normatif teoriye göre, vazgeçme hukuka sadık düşüncenin bir ifadesi olmalıdır. Failin vazgeçmesi hukuk düzenine yani “legalite'ye” dönüş iradesini ifade ediyorsa, vazgeçme gönüllüdür. Bkz. Sözüer, Suça Teşebbüs, 248-249; Tozman, Suça Teşebbüs, s.284-299.

¹⁶⁸ Erra, s.698-700.

¹⁶⁹ Erra, s.702.

¹⁷⁰ Tozman, Suça Teşebbüs, s.299 vd.

işlenmesinden önce ve suç işlenmeye devam ettiği sürece iştirak kuralları uygulanabilir¹⁷¹.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun, iştirakin her şekliyle işlenmesi söz konusu olabilir. Buna karşılık, mütemadi suça azmettirmenin hangi aşamada mümkün olabileceği konusu tartışmalıdır¹⁷².

765 sayılı TCK'da aslî - ferî iştirak ayrımı yapılmaktaydı¹⁷³. Bu sistemde “kişinin suçun işlenişine katkısının, gerçekleştirilen suçun bütünlüğü içerisinde değil, ondan bağımsız olarak ele alınması” eleştirilmiştir¹⁷⁴. Yeni TCK'da suça iştirak şekilleri faillik, azmettirme ve yardım etme olarak düzenlenmiştir (m.37-39). İştirak şekillerinin belirlenmesinde “fiilin işlenişinde kurulan hâkimiyet” ölçütünün esas alınması kabul edilmiştir¹⁷⁵. Suçun işlenişine bulunduğu katkı tipe uygun haksızlığı gerçekleştirmeyen suç ortakları (şerikler: azmettiren ve yardım eden) ise, faille olan şahsî bağlantısı nedeniyle ve ancak bağlılık kuralına¹⁷⁶ göre söz konusu haksızlıktan sorumlu tutulacaktır¹⁷⁷.

3.2.2.2. Müsterek Faillik

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun “birden fazla kişi tarafından birlikte” işlenmesi, gerek 765 sayılı TCK'da gerekse yeni TCK'da suçun nitelikli

¹⁷¹ Katoğlu, Mütemadi Suç, 143-144; Tezcan/Erdem/Önok, s.533; Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, s.230; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.128; Centel/Zafer/Çakmut, s.271; Aydın, Devrim, **Türk Ceza Hukukunda İştirak**, Yetkin, Ankara, 2009, s.281; Vesile Sonay Evik, **Suçta İştirakte Yardım Edenin Sorumluluğu**, 2.Bs. On iki Levha, İstanbul 2011, s.351.

¹⁷² Önder, Özel Hükümler, s.40-41; Önder, Mütemadi Suç, s.111; Katoğlu, Mütemadi Suç, 143.

¹⁷³ 765 s. TCK'da 64 ve 65. maddelerinde aslî ve ferî iştirak ayrımı yapılmıştır. Aslî iştirak, failliğin karşılığı olarak “aslî maddi iştirak” (fiili icra etme ve doğrudan doğruya beraber işleme), “aslî manevi iştirak” (azmettirme, aslî manevi fail) olarak ikiye ayrılmıştır. “ferî maddi iştirak” ve “ferî manevi iştirak” olarak ikiye ayrılan “ferî iştirak” ise yardım eden (şeriklik) karşılığıdır. Bkz. Erem, Genel Hükümler, C.1, s.529; ayrıca bkz. Özgenç, İzzet, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İstanbul 1996.

¹⁷⁴ Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.261 vd.

¹⁷⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s.521; “Fiil hâkimiyeti, neticenin gerçekleşmesine kadar kasti olarak tipe uygun oluşum sürecini elinde tutmak (*vakıaların seyrine hükmedebilmek*) şeklinde anlaşılmalıdır” (Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.451); Alman CK §25 açısından “hareket üzerinde hâkimiyet”, “irade üzerinde hâkimiyet” ve “fonksiyonel hâkimiyet” olmak üzere üç ölçüte göre fiil üzerinde hâkimiyet kuramayan kişiler iştirakte fail olarak nitelenemezler. Bkz. Keçelioğlu, Elvan, Alman Ceza Hukukunda Faillik, TBB Dergisi, S.65, 2006, s.79-80.

¹⁷⁶ Muhammed Demirel, **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, 1.Bs, İstanbul Arşivi, On iki Levha, İstanbul 2017.

¹⁷⁷ Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.141.

unsuru olarak kabul edildiği için, suça katılım şeklinin koşullarının belirlenmesi önem taşımaktadır.

765 sayılı TCK'nın 179. maddesindeki, “suçun birden çok kişi tarafından birlikte işlenmesi” biçimindeki formülasyonun “suçu doğrudan doğruya beraber işleyenleri” (765 s.TCK m.64) akla getirdiği belirtilmiştir¹⁷⁸. Buna karşın, uygulamada ve doktrinde çoğunlukla, “birlikte” terimi, birden fazla kişinin fiilini işlerken beraberce hareket etmeleri olarak anlaşılmıştır¹⁷⁹. Maddi bir hareket yapmayan manevi şerikler (suça azmettiren ya da yardım edenler) dışında, birden çok kişinin fiilin işlenmesi anında ve işlendiği yerde bulunup da özgürlüğün kısıtlanması suçunun işlenmesine herhangi bir şekilde katılmaları halinde suçun nitelikli halinin oluşacağı kabul edilmiştir¹⁸⁰.

Yeni TCK'nın 109/3-b. maddesinde düzenlenen nitelikli unsurun, ancak müşterek failliğin (m.37/1) koşullarının varlığı hâlinde oluşacağı; diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması hâlinde ise bu nitelikli unsurun uygulanamayacağı madde gerekçesinde açıklanmıştır. Böylece, 765 sayılı TCK'nın aksine, faillerin iştirak statüleri bakımından bir ayırım yapıldığı vurgulanmıştır¹⁸¹.

Yeni TCK'da “suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur” normu ile müşterek faillik düzenlenmiştir (m.37/1). Suça iştirak şeklinin “müşterek faillik” ya da “yardım etme” niteliğinde olduğu, uygulamada her zaman kolaylıkla ayırt edilememektedir. Müşterek faillikten söz edebilmek için, “birlikte suç işleme kararı” (sübjektif unsur) ve “suçun icrai hareketlerinin birlikte gerçekleştirilmesi” (objektif unsur) olmak üzere iki unsur aranmaktadır¹⁸².

Birlikte suç işleme kararı, suça katılanların bilinçli ve iradi olarak, birlikte kasten hareket etme konusunda, anlaşmış olmalarıdır. Suça katılanların bu kararı

¹⁷⁸ Erem, Faruk, Suç Faillerinin Sayısı, **YD**, S: 1-2, Ocak-Nisan 1991, s.24; “Böylece, müştereken evini kuşatarak mağdurun dışarı çıkmasına engel olan failler, TCK'nun 64/1. maddesine göre fiili irtikap eden olarak asli maddi iştiraktan dolayı sorumlu tutulurlar” (Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.139).

¹⁷⁹ Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.70.

¹⁸⁰ Cihan, Erol, **Cebir Kullanma Cürmü** (TCK. m. 188), İstanbul 1978, s.175; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.106; Yaşar, Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, s.174 vd.

¹⁸¹ Özgenç, Genel Hükümler, s.89.

¹⁸² Özgenç, Suça İştirak, s.316 vd.; Demirbaş, Genel Hükümler, s.506; Evik, s.119-121.

birlikte hazırlamış olması gerekmediği gibi, birbirlerini tanımaları, hatta daha önce bağlantı kurmuş olmaları da gerekmez. Birlikte suç işleme kararının, suç işleme planının hazırlanması evresinde ya da suçun icrası sırasında ortaya çıkmış olması mümkündür. Bununla birlikte, kararın diğer ortakların bilgisine ulaşması ve onların açık veya örtülü onayını alması, birlikte suç işleme kararı kapsamında değerlendirilebilmesi açısından önemlidir¹⁸³. Örneğin, mağdurun darp edilerek, yoldan tesadüfen geçen bir ticari taksiye zorla bindirilmesi ve hukuka aykırı fiili anlayan taksi şoförünün de bilinçli ve iradi olarak failin talimatları doğrultusunda hareket etmesi (hızlanması, mağdurun çılgınlıklarının duyulmaması için yüksek sesle müzik çalması) halinde, birlikte suç işleme kararının varlığından söz edilebilir.

Diğer unsur olan, suçun icrai hareketlerinin birlikte gerçekleştirilmesi, fiilin takım halinde, işbölümüne dayalı olarak gerçekleştirilmesini (*fiilin bütünü üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kurulmasını*) ifade etmektedir. Bunun belirlenmesinde, suçun icrasında üstlenilen roller, suçun icrasına bulunulan katkının önemi ve zorunluluğu göz önünde bulundurulmaktadır. Suçun işlenişine verilen katkının (örnekte, taksi şoförünün suça katılımının) suçun başarıyla gerçekleştirilmesi açısından zorunlu olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Suç ortağının diğer fail ya da faillerle aynı anda veya olay yerinde bizzat bulunarak suça katkıda bulunması zorunlu değildir¹⁸⁴. Örneğin, kişinin kaçırılması için uzaktan olayı izleyerek telefon ile koordine eden veya olaya müdahale etmek üzere gelenleri görerek olay yerine taşıt gönderen kişi müşterek fail olacaktır.

Şerikliğin aksine müşterek faillikte sorumluluğun esası bağıllık kuralına değil, fiil üzerinde müşterek katkı/hâkimiyet kurulmasına dayanmaktadır¹⁸⁵. Fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurulması, ancak kanunda tanımlanan tipik hareketlere uyan icra hareketlerinin gerçekleştirilmesiyle mümkündür¹⁸⁶. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun serbest hareketli bir suç olması dolayısıyla,

¹⁸³ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.453.

¹⁸⁴ Katoğlu, Mütemadi Suç, s.138; Özgenç, Genel Hükümler, s.522-534; Yargıtay kararları da bu yöndedir. Bkz. Koca, Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi, s.109; YCGK 14.10.2014, 2013/1-118 - 2014/415.

¹⁸⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s.524.

¹⁸⁶ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.454.

somut olayın özelliklerine göre, neticeye sebebiyet verebilecek yakınlık ve bağlantı içindeki fiiller icra hareketi niteliğindedir¹⁸⁷. Buna karşılık, suçun işlenişine katkısı hazırlık hareketi niteliğinde olan suç ortağı müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulabilir¹⁸⁸.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun “birden fazla kişi tarafından birlikte” işlenmesi halinde, suç ortakları hakkında TCK’nın 109/3-b. maddesinin yanı sıra suçun diğer nitelikli unsurlarının uygulanması, ancak müşterek failliğin koşullarının bu unsurlar açısından da gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Dolayısıyla, faillerin tamamı kasten hareket etmeli, nitelikli unsurlar açısından aranan amaç veya saik (manevi unsur) gerçekleştirilmeli ve böylece aynı amaca yönelik olarak fiil üzerinde hâkimiyet kurulmalıdır¹⁸⁹. Örnekte, cebirle işlenen suça kasten katılan taksi şoförü TCK’nın 109. maddesinin 2 ve 3-b fıkralarından sorumlu tutulacaktır. Ancak “kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle” ya da “cinsel amaçla” suçun işlenmesi söz konusu olduğunda, bu amaç veya saikle hareket etmeyen müşterek fail nitelikli unsurlardan sorumlu olmaz.

Gerçek özgü suçların aksine, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu gibi görünüşte özgü suçlar,¹⁹⁰ özel faillik niteliğini taşımayan kişilerle, bu sıfatı taşıyan kişiler tarafından müşterek fail olarak birlikte işlenebilirler¹⁹¹. Ancak, özel faillik niteliğini taşımayan müşterek fail, bu nitelikli hali bilse bile suçun nitelikli şeklinden cezalandırılmaz. Bu durumda, özel faillik niteliğini taşıyanlar bakımından suçun nitelikli şeklinden, diğer müşterek failer bakımından ise özel

¹⁸⁷ Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, kn.650; Özgenç, Genel Hükümler, s.490-494; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.425; Bkz. 3.2.1.2.2. Doğrudan Doğruya İcraya Başlama

¹⁸⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s.534.

¹⁸⁹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.454.

¹⁹⁰ “faildeki kişisel nitelik yüzünden yalnızca korunan hukuksal yararın değişmesini sonuçlayan özgü suçlara ise görünüşte özgü suç adı verilir. Bu tür suçlarda suç tipinde yer verilen fail herhangi bir kişi olabilir de, belirli bir niteliğe sahip fail tarafından işlendiği takdirde suçun hukuksal niteliği değişir veya suçta ağırlatıcı veya hafifletici neden etkisi yapar” (Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, kn.303).

¹⁹¹ *Özgü suçların*, yasal tanıma göre sadece özel faillik niteliğini taşıyanlar tarafından işlenebilen (zimmet (m.247), görevi kötüye kullanma (m.257) suçları gibi) diğer türüne ise *gerçek özgü suçlar* denilmektedir. Gerçek özgü suçlara, özel faillik niteliğini taşımayan kişilerin müşterek fail olarak katılması mümkün değildir; ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilirler (m.40/2). Bkz. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 459; krş. Demirbaş, Genel Hükümler, s.528.

failliğe ilişkin nitelikli hal uygulanmaksızın sorumluluk söz konusu olacaktır¹⁹². Örneğin, polis memuru A, meslektaşımı gibi davranan B ile birlikte hareket ederek, hakkında yakalama kararı olduğu hilesiyle, polis otosunda C'yi özgürlüğünden yoksun bırakmaları durumunda, kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanan A hakkında TCK'nın 109/2, 109/3-b ve 109/3-d maddeleri; kamu görevlisi olmayan B hakkında ise 109/2 ve 109/3-b maddeleri uygulanacaktır. Bu durumda C aynı zamanda TCK'nın 109/3-d maddesi açısından A'nın fiiline yardım eden olarak sorumlu olmasına (TCK m. 40/2) rağmen, *failliğin şerikliğe göre asliliği kuralı* gereğince sadece fail olarak sorumlu tutulması gerekir ve TCK'nın 109/2, 109/3-b maddelerinden cezalandırılabilir¹⁹³.

3.2.2.3. Dolaylı Faillik

Dolaylı faillik konusuna 765 sayılı TCK'da yer verilmemiştir. Buna karşılık, doktrinde kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu açısından dolaylı failliğin mümkün olduğu kabul edilmiştir. Özgürlüğünden yoksun bırakılmak istenen kişinin aranan bir kişi olduğu yalanıyla polis tarafından yakalanmasının sağlanması veya akıl hastası tarafından ya da kişinin hatasından yararlanarak suçun işlenmesinin sağlanması gibi hallerde, araç kişi fiilden sorumlu tutulmasa da, dolaylı faillin cezalandırılabilmesi belirtilmiştir¹⁹⁴.

Yeni TCK'da dolaylı faillik, “*suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişinin fail olarak sorumlu tutulması*” olarak düzenlenmiştir (m.37/2). Dolaylı fail, suçun icrai hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde “fiili hâkimiyet” kurmaktadır. Fiilin icrasını başından sonuna kadar kontrolünde bulunduran, üstün konumdaki (arka plandaki) kişi dolaylı faildir. Azmettirme

¹⁹² Özgenç, Genel Hükümler, s.547; Koca/Üzülmöz, Genel Hükümler, s.482-483; Akbulut, s.186; failliğin şerikliğe göre asliliği kuralı hk. Kayıhan İçel, **Suçların İctimai**, İstanbul 1972, s.214 vd.; Özgenç, Suça İştirakin Hukukî Esası ve Faillik, s.35, 92; “sanık (E) hakkında da, sanık (M)'nin eşine yönelik gerçekleştirilen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemi nedeni ile TCK'nın 109/3-e maddesinin uygulanamayacağı” (14. CD, 15.12.2014, 2014/4199- 2014/14223).

¹⁹³ Bkz. Demirel, Suça İştirake Bağlılık Kuralı, s.510.

¹⁹⁴ Önder, Özel Hükümler, s.28; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.140; “Hile, suç tiplerinde bir unsur olarak yer almasının yanı sıra, bir şahsın belli bir suçun işlenişinde de vasıta olarak kullanılması halinde de başvuru bir metottur (Dolaylı faillik).” (Sözür, Tehdit Suçu, s.128).

durumunda ise, aracı kişiye sadece bir suç işleme kararı verdirilmesi söz konusu olduğundan, dolaylı faillik bu açıdan farklılık gösterir¹⁹⁵.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu bakımından, dolaylı failin araç olarak kullandığı kişi üzerindeki irade hâkimiyeti değişik şekillerde gerçekleşebilir. Araç olarak kullanılan kişi üzerinde tehdit veya cebir kullanılarak zorlama yoluyla ya da kişinin hatasından yararlanmak suretiyle suçu gerçekleştiren arka plandaki kişi, bu suç nedeniyle dolaylı fail olarak cezalandırılacaktır¹⁹⁶. Araç kişinin ise fiile zorlanması nedeniyle kusurlu sayılamaması ya da yanılıgısı sonucunda (örneğin, koşmakta olan bir kişinin kapkaççılık yaptığı söylenerek veya araç kişinin bu konudaki hatasından yararlanılarak, suçüstü bir fiilden dolayı yakalama yetkisi (CMK m.90/1) kapsamında) gerçekleştirdiği kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçundan sorumluluğu olmayacaktır (m.28, 30/3).

Yine kusur yeteneği olmayanlar üzerinde irade hâkimiyeti kurularak, kişinin suçun icrasında araç olarak kullanılması mümkündür. Bu durumda, arka plandaki kişi, araç olarak kullandığı kişinin kusur yeteneğinin bulunmadığını biliyorsa, onun iradesine hâkim olduğu kabul edilerek, dolaylı faillik söz konusu olur; aksi halde suça azmettirmenin bulunduğu kabul edilir¹⁹⁷. Kusur yeteneği olmayanların suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması halinde, dolaylı faile verilecek cezanın (üçte birden yarısına kadar) artırılması öngörülmüştür (m.37/2-2)¹⁹⁸.

Dolaylı faillik genel bir düzenleme olmasına rağmen, iftira ve yalan tanıklık suçları açısından dolaylı faillikle ilgili olarak özel hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümlere göre, iftiraya uğrayan veya aleyhine tanıklıkta bulunulan kişinin *“gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde; yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla; iftira eden veya yalan tanıklık yapan kişi, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak*

¹⁹⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s.549 vd.; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.461.

¹⁹⁶ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.461-462.

¹⁹⁷ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.463-465.

¹⁹⁸ Bu durumda, dolaylı fail olarak sorumluluğun yanı sıra, ayrıca bu nedenle cezanın artırılmasının öngörülmüş olması eleştirilmektedir. Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.550.

sorumlu tutulur” (m.267/4 - m.272/5)¹⁹⁹. Anılan düzenlemeler sadece “gözüaltına alınma” ve “tutuklanma” açısından öngörülmüş olduğundan, bunlar dışında başka bir koruma tedbiri uygulanmış olması durumunda dolaylı faillik değil, TCK’nın 267/3 ve 272/5 maddeleri uyarınca cezayı artıran nitelikli haller söz konusu olmaktadır²⁰⁰. Yeni CMK’da gözüaltına alma tedbirinden ayrı olarak düzenlenmiş olan yakalama tedbirine başvurulması halinde de kişi özgürlüğü kısıtlanmasına rağmen, savcı tarafından gözüaltına alma kararı verilmemişse, mağdurun yakalanmasına yol açan failin kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçundan sorumlu tutulmamış olması eleştirilmektedir²⁰¹. Yakalama veya zorla getirme gibi gibi koruma tedbirlerinin bu düzenleme kapsamında değerlendirilmesi, “suç ve ceza içeren hükümlerin, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaması” (TCK m.2/3) kuralına aykırılık oluşturacaktır²⁰². Kanımızca, iftira ve yalan tanıklık suçları açısından, sayma yöntemi yerine kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına neden olan failin dolaylı fail olarak sorumlu tutulması daha uygun olacaktır.

3.2.2.4. Azmettirme

765 sayılı TCK’da “asli iştirak” şekli olarak nitelendirilmiş olan azmettirme, yeni TCK’da “şeriklik” türü olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle azmettiren, faille

¹⁹⁹ 765 sayılı TCK’da iftira veya yalan tanıklık suçları nedeniyle kişinin özgürlüğünden yoksun kalması ya da “hürriyeti bağlayıcı cezaya” çarptırılması cezanın artırılmasını gerektiren haller olarak düzenlenmiş (765 s.TCK m.285/2-4, 286/3) olduğundan, bu suçlar açısından dolaylı faillik söz konusu olmamaktadır. Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.141; Bu düzenlemeleri 1996 tarihli eserinde eleştiren **Özgenç**’e göre, “Her ne kadar Kanunda ... iftira suçunun ağırlaştırılmış hali olarak kabul edilmekteyse de; iftira suçunda iftira edilen kişinin yakalanması, tutuklanması veya mesela bir hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edilmesi halinde, suçun niteliği değişmekte ve iftira eden şahıs iftira suçunun yanısıra hürriyeti tahdit suçunu (TCK., mad. 179) da dolaylı fail olarak işlemektedir. Söz konusu halde iftiraya maruz kalan şahsın kolluk yetkililerince yakalanması veya hakim tarafından tutuklanması ya da mahkum edilmesi muhakeme hukukunun verdiği yetkiye dayanmaktadır ve hukuka uygundur. Ancak iftira eden, mağdura suçu isnat ederken ve delilleri uydururken aynı zamanda hürriyetinin tahdit edilmesini de istemektedir. Bu itibarla, hukuka uygun olarak yakalama, tutuklama ya da mahkûmiyet kararı veren kamu görevlisi, müfterinin elinde bir araç durumuna düşmektedir”. Yazara göre “Bu nedenle, söz konusu hallerin maddede ayrıca ağırlatıcı sebep olarak tekrarı gereksizdir” (Özgenç, İştirak, s.212, dn.76 ve 78).

²⁰⁰ Ünver, Adliye Karşı Suçlar, s.101-102.

²⁰¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.1208.

²⁰² Bkz. Bekar, Elif, **Objektif Cezalandırılabilirlik Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar**, İstanbul Arşivi, İstanbul, On İki Levha, 2017, s.316.

olan şahsi bağlantısı nedeniyle ve ancak bağıllık kuralına göre söz konusu haksızlıktan sorumlu tutulacaktır²⁰³.

Azmettirmeden söz edilebilmesi için, her şeyden önce “belli bir kişiye suç işleme kararının verdirilmesi”, ikinci olarak azmettirilen “fiilin işlenmiş olması” ve ayrıca azmettirenin her iki koşul açısından “kasten hareket etmiş olması” gerekir. Böylece azmettiren, iradesi üzerinde etkili olduğu ve fiil üzerinde doğrudan hâkimiyet kuran bir başkasının suçu işlemesini sağlamaktadır²⁰⁴. Bu koşulların gerçekleşmesi ancak kasten işlenebilen suçlarda mümkündür. Dolayısıyla kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuna da azmettirme şeklinde iştirak edilebilir. Azmettirme için, suçun ana hatlarıyla somutlaştırılmış olması zorunlu ve yeterlidir; ayrıca suçun işleniş şekli, yer ve zamanının belirlenmiş olması gerekmez²⁰⁵. Ayrıca azmettirmeden sorumluluğun doğabilmesi için, azmettirilen suçun en azından teşebbüs aşamasına ulaşmış olması gerekir (m.40/3).

Mütemadi suçun yapısal özellikleri hakkındaki farklı görüşler nedeniyle, suçun tamamlanmasından önce, temadi (devamlılık) sırasında suç kararından vazgeçen failin suça devam etmesi konusunda ikna edilmesi halinde azmettirmenin mümkün olabileceği²⁰⁶ ya da mütemadi suça azmettirmenin ancak suç tamamlanmadan önce söz konusu olabileceği şeklinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür²⁰⁷. Katıldığımız görüşe göre, başlamış olan mütemadi suça azmettirme mümkün değildir. Çünkü azmettirenin faaliyetinden önce fail suçu işlemeye başladığında azmettirme söz konusu olamaz²⁰⁸. Azmettirme, belli bir suçu işleme düşüncesi olmayan bir kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir²⁰⁹. Buna göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuna azmettirme, ancak suçun icra hareketlerine başlanmasından önce mümkün olabilir.

²⁰³ Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.141; Demirel, Suça iştirakte Bağıllık Kuralı, s.305 vd.

²⁰⁴ Bkz. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.485-490.

²⁰⁵ Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.553-554.

²⁰⁶ Önder, Mütemadi Suç, s.111

²⁰⁷ Bkz. Önder, Özel Hükümler, s.40-41; Katoğlu, Mütemadi Suç, 143; Aydın, s.281.

²⁰⁸ Erem, I, s.558.

²⁰⁹ Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, kn.780; Özgenç, Genel Hükümler, s.554.

Suç işlemeyi aklının köşesinden dahi geçirmeyen bir kişide bu yönde bir karar oluşturulmasına rağmen, azmettirilen serbest iradesiyle hareket eden bir şahıstır. Bu nedenle, suç bizzat işleyen failin kusur yeteneğinin olmaması ya da bir mazeret sebebinin etkisinde hareket etmesi azmettirenin sorumluluğuna etkili değildir. Çünkü bağlılık kuralına göre, “suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır” (TCK m.40). Ancak bu gibi hallerde, kişinin yaş küçüklüğünden veya akıl hastalığından yararlanılarak ya da cebir veya tehdit kullanılarak fiil üzerinde hâkimiyet kurulmuş olması halinde, *failliğin şerikliğe göre asliliği kuralı* gereğince dolaylı fail olarak sorumluluk söz konusu olacaktır²¹⁰.

TCK’nın 38/1 maddesi uyarınca “başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır”. İşlenen fiil ile azmettirenin kastı birbirine uygun olmalıdır. Azmettirilenin sınırı aşması halinde, azmettiren kastının kapsamı dışında kalan suçlardan sorumlu değildir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuna azmettirilen fail *nitelik yönünden sınırı aşarak* daha ağır nitelikli bir suç (örneğin, özgürlüğü sınırlanan mağdura karşı yağma veya cinsel suç) işlemişse, azmettiren, iradesi dışındaki suçlardan cezalandırılmaz. Fail daha hafif nitelikli bir suç işlemişse, azmettiren kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu ile aynı nitelikte olan (örneğin, kişinin karar verme ve hareket etme özgürlüğünün korunmasını amaçlayan) tehdit suçundan sorumlu tutulabilir. Öte yandan, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun temel şekline azmettirilen fail *sınırı nicelik yönünden aşarak* örneğin suçu silahla işlemişse, azmettiren kastının kapsamı dışındaki 109/3-a maddesinden sorumlu tutulamaz. Ancak, failin suçun nitelikli hallerini işleyebileceği hususunda azmettirenin olası kastının varlığı halinde, nitelikli hallerden sorumluluk söz konusu olur. Buna karşılık, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun nitelikli haline azmettirilen fail suçun temel şeklini işlemişse, azmettirenin bağlılık kuralı uyarınca cezalandırılacağı açıktır²¹¹.

²¹⁰ Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.554.

²¹¹ Özgenç, Genel Hükümler, s.557-558; Demirel, Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, s.383 vd.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun bazı nitelikli halleri bakımından özel faillik niteliği taşımayan azmettirenin, bu niteliği taşıyan bir şahsı (örneğin bir polis memurunu) görünüşte özgü suçu işlemeye azmettirmesi halinde, bağlılık kuralı uyarınca azmettiren suçun nitelikli halinden (m.109/3-d) sorumlu tutulacaktır. Bu durumda, hâkime azmettirenin cezasında takdiri indirim yapma imkânının tanınmamış olması haklı olarak eleştirilmektedir²¹².

3.2.2.5. Yardım Etme

Yardım etme, başkasının kasten işlemekte olduğu bir suçun kasten desteklenmesidir. Yardım etme olarak nitelendirilebilecek katkılar sınırlandırılmamıştır. Faillik ve azmettirme olarak nitelendirilmeyen her türlü katkı, yardım etme kapsamında değerlendirilmektedir. Yardım eden, ön plandaki kişiyi ilk harekete geçiren kişi olmaması dolayısıyla azmettiren; fiil üzerinde hâkimiyetinin bulunmaması bakımından ise müşterek failden ayrılmaktadır²¹³.

Kişinin kasten işlenen bir suçtan yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulacağı haller TCK'nın 39/2 maddesinde belirtilmiştir: (a) suç işlemeye teşvik etmek, **b)** suç işleme kararını kuvvetlendirmek, (c) fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, (d) suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek, (e) fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak ve (f) suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak. Doktrinde, TCK'nın 39/2 maddesinde yer alan ilk dört yardım etme şekli *manevi yardım*; diğerleri ise *maddi yardım* olarak nitelendirilmektedir²¹⁴. 765 sayılı TCK döneminden gelen bu ayırım, uygulamada bir önem taşımamaktadır²¹⁵.

Suçun işlenmesinden sonraki hareketlerle suça yardım eden sıfatıyla iştiraktan söz edilemez. İştirak ancak icrası devam eden bir suç bakımından söz konusu olabilir. Yardım eden sıfatıyla suça iştirak, kural olarak suça ilişkin icra

²¹² Özgenç, Genel Hükümler, s.556; Demirel, Suça iştirakte Bağlılık Kuralı, s.518-519.

²¹³ Özgenç, Genel Hükümler, s.559; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.496 vd; Demirel, Suça iştirakte Bağlılık Kuralı, s.370-371.

²¹⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s.558-559.

²¹⁵ Demirel, Suça iştirakte Bağlılık Kuralı, s.372.

hareketleri başlamadan önce, yani hazırlık hareketleri evresinde mümkündür²¹⁶. Müttemadi suç olması dolayısıyla, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun işlenmesinden önce ve suç işlenmeye devam ettiği sürece (suçun sona ermesine kadar) suça yardım etme şeklinde iştirak edilebilir²¹⁷.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun bazı nitelikli halleri bakımından (TCK m.109/3-d,e) özel faillik niteliği taşımayan kişilerin, bu niteliği taşıyan bir şahsın işlediği görünüşte özgü suçu işlemeye katılması halinde, bu kişilerin fail olamayacağını, ancak bağlılık kuralı uyarınca suçun işlenişine olan katkılarının niteliğine göre şerik (azmettiren veya yardım eden) olarak sorumlu tutulabileceklerini belirtmiştik²¹⁸.

3.2.3. İçtima

3.2.3.1. Genel Olarak

Bir kimsenin birden çok suç işlemesi halinde sorumluluğunun nasıl belirleneceği sorunu suçların içtimaı konusunu ilgilendirir²¹⁹. Ceza hukukunda, gerçek içtima kuralı “kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır” sözüyle ifade edilmektedir²²⁰. Gerçek içtimada suç çokluğu, fiil çokluğu esasına dayanır. Bu kuralın istisnaları olan zincirleme suç ve fikri içtima, suçların içtimaı kapsamında yer almaktadır²²¹. Bu düzenlemelerin temelini fiilin tekliği ve fiilin çokluğu ayrımı oluşturmaktadır.

²¹⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s.522; Fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurulması, ancak kanunda tanımlanan tipik hareketlere uyan icra hareketlerinin gerçekleştirilmesiyle mümkün olduğu için, suçun işlenişine katkısı hazırlık hareketi niteliğinde olan suç ortağı müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulabilir. Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.534.

²¹⁷ Katoğlu, Müttemadi Suç, 143-144; Özgenç, Genel Hükümler, s.184, 522; Tezcan/Erdem/Önok, s.533; Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, s.230; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.128; Centel/Zafer/Çakmut, s.271; Aydın, Devrim, **Türk Ceza Hukukunda İştirak**, Yetkin, Ankara, 2009, s.281; Evik, Vesile Sonay, **Suçta İştirakte Yardım Edenin Sorumluluğu**, 2.Bs. On iki Levha, İstanbul 2011, s.351.

²¹⁸ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.483.

²¹⁹ İçel, Suçların İçtimaı, s.10.

²²⁰ Önder, II, s.520-521; Özgenç, Genel Hükümler, s.588.

²²¹ İçel, Suçların İçtimaı, s.12.

Yeni TCK’da fiil kavramı “hareketi” ifade ettiği için, suçların içtimalı konusunda fiil tekliğinden “hareketin tekliği” anlaşılmaktadır²²². Fiilin tekliği veya çokluğu, doğal anlamda değil, hukuki anlamda anlaşılmalıdır²²³. Doğal anlamda (bedensel) hareketin tek olduğu hallerde, hukuki bakımdan da hareket her zaman tektir. Ancak doğal anlamda hareketin birden çok olduğu hallerde, bazen hukuki anlamda tek hareketin bulunduğu kabul edilmektedir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun mütemadi suçlardan olması dolayısıyla, TCK’nın 109. maddesinde doğal anlamda çeşitli hareketler kanuni tip tarafından birleştirilmiş ve tek hareket olarak deđerlendirilmiştir²²⁴. Mütemadi suçlarda hareketin çokluğu, hukuka aykırılığın ortaya çıkması ve devam etmesi bakımından kavramsal bir zorunluluktur. Buna karşılık, hareket (fiil) tipik anlamda tektir²²⁵.

TCK’da özel içtima hükmüne yer verilmek suretiyle, ortada tek bir fiil bulunmasına rağmen bazı hallerde gerçek içtima kuralının uygulanması öngörölmüştür²²⁶. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmolunacağı (m.109/6) belirtilmiştir. Yine, ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması (m.223/4), kıt’a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgedeki sabit platformların işgali (m.224/2) suçlarının işlenmesi sırasında kişilerin özgürlüğünün sınırlanması durumunda da gerçek içtima kuralının (her bir suçun cezasının ayrı ayrı uygulanması kabul edilmiştir. Kanunda açıkça düzenlenmiş olan bu haller dışında, gerçek içtimanın varlığından söz edebilmek için ortada fiil çokluğu bulunduğunun belirlenmesi gerekir.

²²² Koca/Üzölmez, Genel Hükümler, s.510 vd.

²²³ Özgenç, Genel Hükümler, s.177.

²²⁴ Bkz. İcel, Suçların İçtimalı, s.30; Tipik fiil, eğer kavramsal olarak (soyut) veya fiilen ya da tip itibariyle birbirinden farklı hareketleri gerektiriyorsa tektir (*normatif teklik*). Bkz. Koca/Üzölmez, Genel Hükümler, s.512-513.

²²⁵ İcel, Suçların İçtimalı, s.30; Mütemadi suçta hareketin sayısı sorunu hk. Bkz. Önder, Mütemadi Suç, s.98; bkz. Katoğlu, Mütemadi Suç, s.49; “Temadi halinde de çok defa birden fazla hareket vardır. Fakat hareketler birleştirilmiş tek bir hareket addolunmuştur” (Nurullah Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi** (Hareket-Netice-Sebebiyet Alâkası), İstanbul 1954, s.94).

²²⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s.588.

TCK'nın 267/4 ve 272/5. maddelerinde, iftiraya uğrayan veya aleyhine tanıklıkta bulunulan kişinin gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde fail hakkında bu suçların yanı sıra, ayrıca kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçundan sorumlu tutulmasını öngören düzenlemeler ise, suçların içtimaı ile ilgili değil, iftira ve yalan tanıklık suçları açısından dolaylı faillikle ilgili özel hükümlerdir²²⁷. Bu durumda, sırf hareket suçlarının (iftira ve yalan tanıklığın) fiilin ilgili mercilere ulaşması ile tamamlanacağı; dolaylı faillikle ortaya çıkan neticeli suçun (kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakılmasının) ise farklı zamanda gerçekleşeceği gözden uzak tutulmamalıdır²²⁸.

3.2.3.2. Görünüşte İçtima

Aynı hukuksal değerın birden fazla suç tipi tarafından ortak şekilde korunması halinde “görünüşte içtima” (kanunların içtimaı) söz konusu olmaktadır. Gerçekte tek bir suç tipine ilişkin norm uygulanabildiğinden, ihlal edilen suç tipi sayısının birden fazla olması sadece görünüştendir. Ancak görünüşte de olsa bir içtima söz konusu olduğuna göre, konunun suçların içtimaı ile birlikte incelenmesi zorunludur. Zira suçların içtimasının (çokluğunun) değerlendirilmesi açısından, öncelikle suç tipleri arasında görünüşte içtima ilişkisinin bulunup bulunmadığı belirlenmelidir²²⁹.

3.2.3.2.1. Görünüşte İçtima Halleri

Genel normun, özel norm karşısında; tali normun, asli norm karşısında; tüketilen normun, tüketen norm karşısında geri çekilmesi hallerinde görünüşte içtima söz konusu olmaktadır²³⁰.

Bir fiil hakkında uygulanabilecek hem genel hem de özel ceza hükmünün bulunması halinde, genel norm geri çekilecek ve fiile uygulanacak gerçekte tek bir norm (özel norm) bulunacaktır (*özel normun önceliği ilkesi*). Özel norm genel

²²⁷ Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s.533.

²²⁸ Krş. Bekar, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları, s.317.

²²⁹ İçel, Suçların İçtimaı, s.12; Dönmezer/Erman, II, kn.1133; Önder, II, 524.

²³⁰ İçel, Suçların İçtimaı, s.173; İçel, Kayıhan, Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu, **İTÜSBD** Y. 7, S. 14, Güz 2008, s. 35 vd.); Önder, II, s.524.

normun tüm unsurlarının yanı sıra, bazı ek özel unsurları da içermektedir²³¹. Ayrıca, suçun temel şekli ile nitelikli şekilleri ve özgü suçlar ile genel suçlar arasında böyle bir ilişkinin varlığı kabul edilmektedir²³². Bu kuralın kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun nitelikli halleri bakımından uygulanması söz konusu olmaktadır. Örneğin, temel suç tipini düzenleyen TCK'nın 109/1. maddesi, suçun cebir, tehdit veya hile kullanılarak işlenmesi halinde geri çekilir ve doğrudan TCK'nın 109/2. maddesi uygulanır. Yine, öğrencilerin toplu olarak oturdukları binalara veya bunların eklentilerine girilmesine veya orada kalınmasına engel olunması (m. 112/1-c), çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (m. 234) suçları genel norm niteliğindeki kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuna göre özel norm önceliği taşımaktadırlar²³³.

Asli-tali norm ilişkisinde de olaya uygulanabilecek tek bir norm (*asli norm*) vardır. Yardımcı norm, ancak asli normun uygulanmadığı hallerde uygulama alanı bulmaktadır (*yardımcı normun sonralığı ilkesi*). Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu açısından, aynı fiilden kaynaklanan tamamlanmış suçun teşebbüs aşamasında kalmış suça göre asli norm niteliğine sahip olması bu kural kapsamındadır²³⁴.

Görünüşte içtimanın diğer bir şekli olan tüketen-tüketilen norm ilişkisinde ise, bir normun diğer bazı normların koruduğu hukuksal değerlerin tümünü ortak bir şekilde korumak ve dolayısıyla bu değerlere zarar veren fiillere tek ceza öngörmek suretiyle diğer normların tüketilmesi söz konusudur²³⁵. Örneğin, bileşik suçun (m.42) temeli tüketen-tüketilen norm ilişkisine dayanmaktadır²³⁶.

²³¹ İçel, Suçların İçtiması, s.173.

²³² İçel, Suçların İçtiması, s.187-193.

²³³ Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.437; Hasan Tahsin Gökcan, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, **Yargıtay Dergisi**, C.39, S.3, Temmuz, Ankara 2013, s.9.

²³⁴ İçel, Suçların İçtiması, s.209.

²³⁵ İçel, Suçların İçtiması, s.193; “herhangi bir suç tipinde kişiyi hürriyetinden mahrum etmek bir unsur veya ağırlatıcı sebep olduğu hallerde, hürriyetten mahrum bırakma genel norm olarak geri çekilir ve kanunların içtimasına ait kurallar uygulanır” (Önder, Özel Hükümler, s.40)

²³⁶ İçel, Suçların İçtiması, s.204.

3.2.3.2.2. Bileşik Suç

Kanunda bağımsız bir suç olarak tanımlanan fiil, bir başka suçun temel şekline veya daha ağır cezayı gerektiren nitelikli şekline ilişkin unsurunu oluşturması halinde bileşik suç söz konusu olur. Bileşik suçun unsurunu oluşturan fiilden dolayı ayrıca ceza verilmez. Diğer suçların bağımsızlıklarını kaybetmiş (tüketilmiş) olması sonucunda suçların çokluğu tamamıyla görünüştedir²³⁷. Bileşik suçun yasal tanımında unsur veya nitelikli hal olarak açıkça gösterilmeyen suçlar ise bağımsızlığını koruduğu için, bu suçlar açısından gerçek içtima hükümleri uygulanır²³⁸.

765 sayılı TCK'nın 179/2. maddesi açısından kişi özgürlüğünün kötü muamele (cebir ve şiddet) ile kısıtlanması suçun nitelikli unsurunu oluşturduğunda bileşik suç; nitelikli halin gerçekleşmesi için yeterli ve gerekli olanın üstünde bir cebir olduğu takdirde ise gerçek içtima kabul edilmekteydi²³⁹. Kanunun 439. maddesinde ise “Kız, Kadın ve Erkek Kaçırarak” suçları ile ilgili olarak “*cebren kaçırmak sırasında veya bu yüzden kaçırılan kimse yaralanmış olursa yarasının derecesine göre ceza üçte birden bir misline kadar artırılır ve ölürse fail müebbet ağır hapis cezası ile cezalandırılır*” (m.439) hükmüne yer verilmiştir²⁴⁰. 439. maddenin uygulanabilmesi için zorla kaçırma sırasında sanığın kasta dayanmayan davranışları ve isteğine aykırı olarak suçtan zarar görenin yaralanmış veya ölmüş olması koşulları aranıyordu. Kötü muamele aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturduğunda gerçek içtima kurallarının uygulanması kabul edilmekteydi²⁴¹.

²³⁷ İçel, Suçların İçtimai, s.204; Bileşik suçun, suçların içtimai şekli olmadığı TCK'da açıkça belirtilmiştir (TCK m.42).

²³⁸ İçel, Suçların İçtimai, s.207.

²³⁹ Erem, II, s.1188; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.100-101.

²⁴⁰ 765 sayılı TCK'nın 13.3.1926 tarihli ilk metninde “*yarasının derecesine göre ceza dörtte birden yarıya kadar artırılır ve eğer ölürse fail on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis ile cezalandırılır*” şeklindeki düzenleme, 15.7.1953 tarihinde “*yarasının derecesine göre ceza üçte birden bir misline kadar artırılır ve eğer ölürse fail idam cezası ile cezalandırılır*”; 29.11.1990 tarihinde ise “*ölürse fail müebbet ağır hapis cezası ile cezalandırılır*” şeklinde değiştirilmiştir. Bkz. Kayıhan İçel/Feridun Yenisey, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, 4. Bası, Beta, İstanbul 1994, s.744.

²⁴¹ CGK, 19.12.1932, E. 220 (Dönmezer, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, s.268); 5. CD 26.2.1985, 732-81. (Kayıhan İçel; Feridun Yenisey, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, 4. Bs, Beta, İstanbul 1994, s.744).

Kanunda suçun nitelikli hali kasten yaralamanın derecesine göre belirlenmemiş olmasına rağmen²⁴², cebrin niteliği, 765 sayılı TCK'nın 456 ve 457. maddeleri de göz önünde tutularak bileşik suç ya da gerçek içtima kurallarının uygulanması savunuluyordu²⁴³. Ayrıca, cebren kaçırma suçunun icra hareketleri sırasında veya suç bitinceye kadar failin taksirli bir hareketi (örneğin hız ya da heyecanla kullanılan otomobilin kaza yapması) sonucunda mağdurun ölümüne neden olması cezalandırılmaktaydı²⁴⁴. Ancak 765 sayılı TCK'nın 439. maddesinin uygulama alanının sadece cebren kaçırma suçu ile sınırlanmış olması, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan diğer fiillerin ise maddenin kapsamı dışında bırakılması eleştirilmiştir. Kaynak EİCK 351. maddesinden önemli değişiklikler içeren bu düzenleme uygulamada farklılık ve tutarsızlıklara yol açmaktaydı. Failin taksirli veya taksirsiz hareketi arasında ayırım yapmaksızın, suçun işlenmesi sırasında mağdurun kendi hareketi veya üçüncü kişilerin hareketi ya da doğal bir afet sonucunda ölmesi halinde failin bu maddeye göre sorumlu olacağını kabul eden görüşler ise, objektif sorumluluğun da dışına çıkan ve Kilise hukukunda geçerli olan “*versari in re illicita*” (hukuka aykırı bir durum içerisinde bulunan kişi bundan ortaya çıkan sonuçlara katlanır) anlayışını yansıtan, aşırı bir yorum olarak değerlendirilmiştir²⁴⁵.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun cebir kullanılarak işlenmesi, yeni TCK'da da suçun cezasını artıran nitelikli hali olarak kabul edilmiştir (m.109/2). Buna göre, suçun işlenmesi için veya işlendiği sırada cebir kullanılması halinde hukuki anlamda tek bir fiilden söz edilmekte; fail, bileşik suçun unsurlarını oluşturan cebir (m.108) veya kasten yaralama (m.86) suçlarından değil, sadece

²⁴² Ruhsal ârıza ve karışıklıkların cezayı ağırlatıcı bir sebep olarak gözönüne alınmamış bulunmasını kanunumuz için esaslı bir noksan saymaktayız. Kanun koyucu, 439. maddede yara tâbirini kullanacak yerde, müessir fiil tâbirini kullansa ve 456. maddedeki esaslara göre cezayı derecelendirse idi daha iyi olurdu. (Dönmezer, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, s.273).

²⁴³ Erem, II, s.1188; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.101.

²⁴⁴ CGK, 8.4.1965, 5/120 - 136 (Dönmezer, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, s.268); Önder, Özel Hükümler, s.579.

²⁴⁵ Önder, Özel Hükümler, s.578-580. Krş. Dönmezer, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, s.269 vd.

TCK'nın 109/2. maddesinden sorumlu tutulmaktadır²⁴⁶. TCK'nın 109/6. maddesine göre, suçun işlenmesi amacıyla veya işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri (m.87) gerçekleştirilmişse,²⁴⁷ fail hakkında ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir (gerçek içtima). Yine, kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse TCK'nın 87/4. maddesi uygulanmalıdır²⁴⁸. Böylece kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunun nitelikli unsurunun gerçekleşebilmesi için zorunlu olan cebrin düzeyinin hangi durumda aşılmış sayılacağı konusuna açıklık getirilmiştir.

TCK'nın 23. maddesine göre, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, failin temel suç tipi bakımından kasten, ağır netice ya da başka bir netice bakımından ise en azından taksirle hareket etmesi (kast-taksir kombinasyonu²⁴⁹) gerekmektedir. Bu düzenlemeyle, hukuk sistemimizdeki netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar açısından kusursuz sorumluluk terk edilmiştir²⁵⁰. Buna göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu cebir kullanarak işleyen fail, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri (m.87) bakımından en azından taksirinin bulunması koşuluyla neticeden sorumlu tutulabilir. TCK'nın 87. maddesinde belirtilen kasten yaralama sonucunda ağır neticelerin veya ölümün oluşumuna fail kendi fiili ile sebebiyet vermiş değilse bu neticeden sorumlu tutulamaz²⁵¹. Kanımızca, mağdurun hapsedildiği yerde üçüncü kişinin fiili ya da doğal afetler sonucunda meydana gelen ağır neticeden fail sorumlu olmayacaktır. Buna karşılık, somut olayın özelliklerine göre mağdurun alıkonulduğu yerin sağlıklı koşulları veya özgürlükten yoksunluk süresinin uzunluğu nedeniyle ya da suçtan kurtulmaya yönelik mağdurun kendi

²⁴⁶ Bir görüşe göre, özgürlükten yoksun kılma ile cebir suçunun birlikte gerçekleştiği hallerde sorumluluk failin kastına göre belirlenmelidir. Diğer bir görüşe göre ise, tek suç işleme kastı ve tek bir hareket neticesinde ayrı suç tipleri ihlâl edildiği için fikri içtima kuralları uygulanmalıdır. Öte yandan, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun cebir suçunun özel bir şekli olduğu da savunulmuştur. Bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.374-375.

²⁴⁷ Bkz. Koray Doğan, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, Adalet, Ankara 2015, s.301.

²⁴⁸ Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s.258 vd; Gökcan, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s.56.

²⁴⁹ Friedrich-Christian Schroeder, Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler, s.274; İzzet Özgenç, "Kast-Taksir Kombinasyonları", SÜHFD, **Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan**, C.6, 1998/1-2, s.361; Heinrich, I, kn.180.

²⁵⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s.299.

²⁵¹ Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s.300.

hareketi sonucunda meydana gelen “ağır netice bakımından en az taksirinin bulunması koşuluyla” failin sorumlu tutulması mümkündür.

Öte yandan, suçun işlenmesinde kullanılan cebir sonucunda mağdurun ölmesi durumunda, failin TCK’nın 87/4. maddesinden sorumlu tutulabilmesi için fiilin, kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak ağırlıkta (m.86/1) olması gerekir. Mağdurun hafif yaralanması (m.86/2) sonucunda meydana gelen ölüm neticesinden ancak taksirle öldürme suçuna göre (m.85/1) sorumluluk söz konusu olabilir²⁵². TCK.’nın 109/6. maddesi, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemesinden çok, özel bir içtima kuralı niteliğindedir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, suçların içtima hali değildir²⁵³.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun işlenmesi için veya işlendiği sırada tehdit kullanılması da suçun cezasını artıran nitelikli hali olarak kabul edildiğinden, bileşik suçun unsurlarını oluşturan tehdit suçu (m.106) bağımsızlığını yitirmekte ve sadece TCK’nın 109/2. maddesinden sorumluluk söz konusu olmaktadır²⁵⁴. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun nitelikli hallerini incelerken TCK’nın 109/2. maddesinde öngörülen nitelikli unsurlar arasında şantaj suçuna yer verilmemiş olmasının doktrinde eleştirildiğini²⁵⁵; bununla birlikte, gerek doktrinde gerekse uygulamada şantaj suçunu tehdidin özel bir şekli olarak kabul eden görüşlerin bulunduğunu belirtmiştik²⁵⁶.

²⁵² Özgenç, Genel Hükümler, s.301; TCK’nın 87/4. maddesinin yalnızca 86/1 ve 86/3 fıkralarına gönderme yapması nedeniyle 86/2 maddesi kapsamına giren bir yaralama sonucunda ölüm neticesinin meydana gelmesi durumunda TCK’nın 87/4. maddesi uygulanamayacak, fail -koşulları varsa- taksirle öldürme suçundan (m.85) sorumlu tutulabilecektir. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s.259.

²⁵³ Doğan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, s.301.

²⁵⁴ Yargıtay, bileşik suç nedeniyle TCK’nın 109/2. maddesi uyarınca hüküm kurulurken, unsurları gerçekleşen cebir veya tehdit suçlarından “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı yerine “beraat” kararı verilmesini, haklı olarak, hatalı bulmaktadır.

²⁵⁵ Bkz. Hafizoğulları/Özen, Hürriyete Karşı Suçlar, s.2726.

²⁵⁶ İlhan Üzülmmez, **Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları**, Turhan, Ankara, 2007, s.134; Taner, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu, **TBBD**, S: 92, 2011, s. 118; Ali Kemal Yıldız, Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları (TCK m.106, 107, 108), Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.III, **Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, (Ed. Prof. Dr. Dr. Eric Higendorf/Prof. Dr. Yener Ünver), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2010, s.508; Hafizoğulları/Özen, Hürriyete Karşı Suçlar, s.2719.

Bileşik suçun diğer bir şekli, bir suçun diğerinin unsuru oluşturması ve başka nitelikte bir suçun ortaya çıkmasıdır. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuna TCK'nın 77, 80 ve 149/1-d. maddelerinde tanımlanan bileşik suçların unsuru olarak yer verilmiştir.

TCK'nın 77/1. maddesine göre, “insanlığa karşı suçun” tanımında yer verilen seçimlik hareketlerden biri olan “kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması” bileşik suçun unsuru olarak öngörülmüştür. Bu suçun oluşması için “özgürlükten yoksun bırakma” fiilinin “*siyasal, felsefî, ırkî veya dinî saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plân doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi*” gerekir. Aynı maddenin 2. fıkrasında kasten öldürme ve kasten yaralama suçları bakımından mağdur sayısınınca gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağı belirtildiği halde; bileşik suç kapsamında yer alan “özgürlüğün kısıtlanması” unsuru bakımından ise tek bir insanlığa karşı suç oluşmaktadır. İnsanlığa karşı suçta aranan “*bir plân doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi*” unsurunun gerçekleşmemesi halinde ise, münferit veya tesadüfî olaylar bakımından sadece TCK'nın 109. maddesi uygulanacaktır²⁵⁷.

Yine insan ticareti suçunun maddi unsuru olarak bağlı ve seçimlik hareketler kapsamında, kişi özgürlüğüne yönelik saldırıyı gerçekleştirmenin aracını oluşturan hareketlerle, hukuka ve ahlaka aykırı olarak elde edilen (serbest iradeye dayanmayan) rızanın geçersizliği düzenlenmiş; ayrıca tedarik etme, kaçırma, bir yerden diğer bir yere götürme, sevk etme, barındırma biçimindeki “özgürlüğü kısıtlayan” unsurlara yer verilmiştir (m.80). İnsan ticareti suçunun işlenmesinde “kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma” fiillerine başvurulması halinde, bileşik suç söz konusu olur; fail hakkında TCK'nın 80. maddesi uygulanır²⁵⁸.

Yağma suçunun “yol kesmek suretiyle işlenmesi” TCK'nın 149/1-d. maddesinde, fiilin seyahat özgürlüğünü de kısıtlamış olması dolayısıyla suçun nitelikli şekli olarak düzenlenmiştir. Bu madde açısından insanların geçeceği umulan her türlü yer “yol” olarak kabul edilmektedir²⁵⁹. Yağma suçunun önceden

²⁵⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s.81, 86.

²⁵⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.123.

²⁵⁹ “Yol kesme suçunun meydana gelebilmesinde, bu suçun yalnız halkın ve türlü araçların geçmeleri için yapılmış yollarda işlenmesi şart olmayıp, insanların geçeceği umulan her türlü yol, patika ve hattâ tarla, bağ ve koruluk gibi yol olmayan yerlerden geçen kimselerin önüne çıkmak da yol

tasarlanıp, mağdurun geçiş özgürlüğünün kısa veya uzun bir süre kısıtlanması halinde bu nitelikli hal uygulanacaktır²⁶⁰. TCK'nın 149/1-d. maddesinde düzenlenen nitelikli unsur bakımından da “kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması” bileşik suçun unsuru olarak öngörülmüştür.

3.2.3.3. Zincirleme Suç

Zincirleme suçu tanımlayan TCK'nın 43/1 maddesine göre, “*bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir*”²⁶¹. Zincirleme suçun sözkonusu olabilmesi için şu koşulların gerçekleşmesi gerekir: (a) birden çok fiil bulunmalıdır, (b) fiillerin her biri aynı suçu oluşturmaktadır, (c) birden çok suç aynı kişiye karşı işlenmelidir²⁶² (d) bu suçlar bir suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirilmiş olmalıdır²⁶³.

Zincirleme suç için aranan “her biri bağımsız suç oluşturan birden çok fiilin bulunması” koşulu, hukuki anlamda çok sayıda fiilin varlığı olarak anlaşılmaktadır²⁶⁴. Mütemadi suçlarda, hukuka aykırı durum ortadan kalkıncaya kadar suçun icrası devam eder. Hukuka aykırı durumun ortaya çıkmasına veya devamına hizmet eden her bir davranış bağımsız bir fiil olarak değil, tek bir fiilin kısımlarını oluşturmaktadır. Bu hareketlerin çokluğu fiil tekliği üzerinde etkili olmayıp, fiilin haksızlık içeriği üzerinde etkili olmakta, fiilin haksızlık

kesme suçunu meydana getirir” (CGK. 7.1.1963, E. 6/51/6, K. 5) Sulhi Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 16. Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2001, s.140.

²⁶⁰ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.659.

²⁶¹ Alman hukukunda zincirleme suç düzenlenmemiş olmasına rağmen, gerçek içtimain uygulama alanını sınırlandırmak amacıyla mahkeme içtihatlarıyla geliştirilmiş; yine Alman Federal Yüksek Federal Yüksek Mahkemesi'nin içtihatları ile önemli ölçüde (örneğin, cinsel suçlar, hırsızlık, dolandırıcılık, vergi suçları ve uyuşturucu madde suçları açısından) sınırlandırılmıştır. Bkz. Göktürk, Fikri İctima, s.143-145.

²⁶² 765 sayılı TCK'nın 80. maddesinde, farklı kişilere karşı işlenen suçlar bakımından da zincirleme suç kabul edilmiştir. Bkz. Bkz. Dönmezer/Erman, I, kn.533; “Kanun, muhtelif fiillerin aynı hükmü ihlâl etmelerini nazara almış, bu hali genel ve soyut olarak düşünmüş, mağdurun menfaatlerini korumak maksadile hareket etmemiştir” (Erem, I, s. 650); Bu dönemde Yargıtay'ın değişik suç tipleri açısından farklı uygulamaları olmuştur. Bkz. Bkz. Alacakaptan Suçun Unsurları, s.57; Dönmezer/Erman, I, kn.534.

²⁶³ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.520 vd.

²⁶⁴ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.520.

yoğunluğunu artırmaktadır. Dolayısıyla temadinin süresi de, fiilin tekliğini ortadan kaldırmaz; temadinin süresi ile orantılı olarak fiilin haksızlık içeriği artar.

Öte yandan, fiilin icrasının kısa süreli kesintiye uğraması (örneğin, özgürlüğünden yoksun bırakılan mağdurun kısa süreli olarak failin elinden kaçmayı başarması ve tekrar yakalanması)²⁶⁵ mütemadi suçlarda tipik fiil tekliğini ortadan kaldırmaz. Bu durumda fiilin icrası kısa süreli kesintiye uğramasına rağmen fiil çokluğundan söz etmek mümkün değildir; hukuki anlamda tek bir fiil vardır. Buna karşılık, temadinin *fiili kesintiye* uğramasından (örneğin, mağdurun failin elinden kurtarılmasından) sonra aynı suç işleme kararı altında (mağdurun evinden tekrar kaçırılarak) fiilin icrasına devam edilmesi ayrı bir fiil olarak değerlendirilmeli ve fail zincirleme suçtan sorumlu tutulmalıdır. Bununla birlikte, mütemadi suçta *hukuki kesinti* gerçekleşikten -suç nedeniyle hüküm verildikten- sonra fiilin icrasına devam edilmesi durumunda, hüküm tarihinden sonra gerçekleştirilen kısım, bağımsız bir suç olduğundan zincirleme suç kapsamında değerlendirilemez²⁶⁶. Örneğin, eşini eve kilitleyerek dışarıya çıkmasına engel olduğu için mahkûm olan fail, aynı suçu işlemeye devam ederse, ilk mütemadi suçun devamı niteliğinde olmayan, yeni bir mütemadi suç söz konusu olacaktır. Zincirleme suçun bu koşulunun, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu bakımından özellik gösterdiği anlaşılmaktadır.

Zincirleme suçtan söz edebilmek için, birden fazla suçların en azından teşebbüs aşamasına ulaşmış olması gerekir. Bunlardan bazısının tamamlanmış, bazısının teşebbüs evresinde kalması halinde de zincirleme suçun tamamlandığı kabul edilerek, ceza artırımı bunun üzerinden yapılır²⁶⁷. Zincirleme suçun öteki koşulları ise, genel olarak diğer suçlara benzemektedir.

3.2.3.4. Fikri İçtima

Bir fiil ile birden çok suçun işlenmesi halinde fikri içtima söz konusu olmaktadır. Ancak, yalnızca motivasyon birliği, fiillerin oluşum sürecinin eş

²⁶⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s.531.

²⁶⁶ Göktürk, Fikri İçtima, s.136-141.

²⁶⁷ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.523 vd.

zamanlılığı, aynı nihai amacın takip edilmesi, araç ve amaç bağlantısı veya fiiller arasında neden sonuç ilişkisinin bulunması fiillerin aynı olduğunu göstermez²⁶⁸.

Fikri içtima, bir fiilin farklı suç tiplerini gerçekleştirmesi (m.44) ya da aynı fiille birden çok kez aynı suçun işlenmesi (m.43/2) olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu açısından fikri içtimanın her iki şekli söz konusu olabilir.

3.2.3.4.1. Farklı Neviden Fikri İçtima

Bir fiilin birden fazla farklı suçu oluşturması halinde “*farklı neviden fikri içtima*” söz konusu olmaktadır (TCK m.44). Fikri içtima açısından “farklı suç” ile kastedilen, bir suçun temel ve nitelikli halleri dışında kalan suç tipleridir. Farklı neviden fikri içtima halinde failin tek fiille işlediği suçlardan sadece “en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı” cezalandırılması (erime sistemi) kabul edilmiştir²⁶⁹. Failin fiili ile aynı zamanda başka bir suç tipi içinde bulunan bir neticeye neden olması halinde de fikri içtima mümkündür²⁷⁰. Birden fazla mütemadi suç ya da mütemadi suç ile ani suç arasında fikri içtima ilişkisi olabilir²⁷¹. Farklı neviden fikri içtimanın kabulü bakımından, ortaya çıkan suç tiplerinin icra hareketleri tamamen aynı olabileceği gibi (*icra hareketlerinin tam ayniyeti*), birden çok suç tipine ilişkin icra hareketleri kısmen çakışmak suretiyle birbirini tamamlayıcı fonksiyon yerine getirmesi (*icra hareketlerinin kısmi ayniyeti*) de yeterlidir²⁷².

²⁶⁸ Mahmut Koca, Fikrî İçtima, **CHD**, Y: 2, S.4, Ağustos 2007, s.211.

²⁶⁹ İçel, Suçların içtimai, s.81; Özgenç, Genel Hükümler, s.630.

²⁷⁰ Koca, fikri İçtima, s.209; “fail suçun tamamlanması ve bitmesi anları arasında bir başka suç daha işlemiş ise, bu suçlar arasında Al. CK. prg.52 anlamında fikri içtima, ilişkisi de söz konusu olabilirken; suçun tamamlanmasından sonra kural olarak sadece gerçek içtima, Al.CK prg.53, söz konusu olabilecektir” Heinrich, I, Kn.716.

²⁷¹ Mütemadi suçlarla ani suçlar arasında hareketin tekliğinden söz edilip edilemeyeceği konusunda baskın görüş, hareketin tekliğinden söz edilebileceği yönündedir. Buna göre, ilk suç tipinin tamamlanmasından sonra fakat bitmesinden önce bir diğerinin gerçekleştirilmesi halinde de fikri içtima söz konusu olabilir; bu durum mütemadi suçlar için de geçerlidir. Bkz. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.548; aynı yönde Koray Doğan, Tehlike Suçu İle Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimai Sorunu, **TAAD**, Y: 5, S: 16, Ocak 2014, kn.197; Krş. Göktürk’e göre, mütemadi suç ile ani suç arasında fikri içtima ilişkisi bulunamaz. Krş. Göktürk, Fikri İçtima, s.229-231.

²⁷² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.538; Doğan, Tehlike Suçu İle Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimai Sorunu kn.197; İcra hareketlerinin kısmi ayniyetini yeterli bulmayan görüş için bkz. İçel, Suçların İçtimai, s.67; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s.462; Göktürk, Fikri İçtima, s.171.

Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması suretiyle işkence (m.94) veya eziyet (m.96) gibi mütemadi suçların işlenmesi (örneğin, mağdurun bir kuyuda hapsedilmesi) TCK'nın 44. maddesi kapsamında değerlendirilebilir.

Özgürlüğün kısıtlanması suretiyle disiplin (tedip) yetkisinin kötüye kullanılması (örneğin, zihinsel engelli çocuğun zincire vurulması) TCK'nın 109. maddesinin yanı sıra kötü muamele suçunu (TCK m.232) oluşturacağından, TCK'nın 44. maddesine göre, fail somut olay bakımından hangisinin cezası daha ağırsa o suçtan sorumlu tutulacaktır²⁷³.

765 sayılı TCK döneminde, müşterek evi terkeden karısını rızası dışında eve geri getiren kocanın kişisel özgürlüğü sınırlama “özel kastıyla” değil, yuvanın dağılmaması ve aile birliğinin bozulmaması amacıyla hareket ettiği gerekçesiyle fiilin sadece müessir fiil veya aile bireylerine kötü muamele suçunu oluşturacağı kabul edilmekteydi²⁷⁴. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun özel kastla işlenebileceğini kabul eden Yargıtay uygulamasına yönelik eleştirilere daha önce değinmiştik²⁷⁵. Yeni TCK bakımından eşin özgürlüğünü kısıtlayan fiillerin, artık kötü muamele (m.232) suçunun sınırlarını aşarak, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunu oluşturacağı belirtilmiştir²⁷⁶. Bu durumda her iki suç arasında farklı neviden fikri içtima söz konusu olmaktadır²⁷⁷.

Kamu görevlisini özgürlüğünden yoksun bırakarak TCK'nın 265. maddesinde düzenlenmiş olan görevi yaptırmamak için direnme suçunun işlenmesi halinde yine farklı neviden fikri içtima kuralı uygulanır²⁷⁸.

²⁷³ Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.434; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.370.

²⁷⁴ 11.06.1956 tarih ve 5/12 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. Çağlayan, s. 400-401.

²⁷⁵ Önder, Özel Hükümler, s.31-33.

²⁷⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s.526.

²⁷⁷ Ayşe Nuhoğlu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, Beta, İstanbul 2009, s.115-116.

²⁷⁸ “Sanıkların kendilerini emniyete davet eden görevli polis memurlarını, silah zoruyla emniyet yerine başka yere götürmelerinde görevi yaptırmamak için direnme biçiminde kabul edilen eylemlerinin, 5237 sayılı TCK.nun 109/3-c madde ve bendinde öngörülen kişiyi cebir ve tehditle hürriyetinden yoksun bırakma suçunun” ağırlaştırıcı nedeni olması ve mahkemenin de kabulünün bu yönde bulunması karşısında, sanıklara atılı görevi yaptırmamak için direnme suçunun ayrıca oluşmadığı gözetilmeden yazılı biçimde mahkûmiyet hükmü kurulması yasaya aykırıdır” (8. CD. 12.12.2007, 2006/8004- 2007/8951). Bkz. Gökcan, Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma, s.40. Kanımızca, anılan kararda farklı neviden fikri içtima söz konusu olmaktadır. ; Yine, “Yol kontrol görevi yapan ve sanığın aracını durduran trafik polis memuru mağdur N'in, sanıktan araca ait ruhsatı istemesi ve akabinde ruhsatın sanık tarafından temin edilememesi üzerine, aracının

İhaleye katılma yeterliğine sahip olan kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması suretiyle ihaleye katılmasının engellenmesi halinde hem TCK'nın 109 hem de 235/2-c maddelerindeki suçlar oluşur. Ancak, tek fiillin sebebiyet verdiği bu suçlar arasında farklı neviden fikri içtima ilişkisi bulunmaktadır²⁷⁹.

Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması suretiyle iş ve çalışma özgürlüğünün ihlal edilmesi durumunda TCK'nın 109 ve 117. maddelerindeki suçlar oluşacağından, fikri içtima kuralına göre fail somut olay bakımından hangisinin cezası daha ağırsa o suçtan sorumlu tutulacaktır. Bununla birlikte, birden çok fiille gerçekleştirilmiş olan suçlar bakımından (örneğin, mağdur zorla kaçırıldıktan sonra, aynı cadde üzerinde iş yeri açmaması için tehdit edilmesi) halinde fikri içtima koşullarının bulunmadığı açıktır²⁸⁰.

Buna karşılık, icra hareketleri ayniyet göstermeyen suçlar arasında fikri içtima ilişkisi söz konusu olmaz. Örneğin, kişiyi kaçırmak amacıyla eve girilmesi durumunda, fail ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal suçundan da sorumlu olur²⁸¹.

Failin cinsel amaçla özgürlüğünden yoksun bıraktığı mağdur üzerinde cinsel saldırı, cinsel istismar veya cinsel taciz suçlarını işlemesi halinde gerçek içtima kuralları uygulanır²⁸². 765 sayılı TCK'da özgürlükten yoksunluğun ırza geçme suçunun unsuru olduğu ve dolayısıyla ayrıca özgürlüğün kısıtlanması (m.179) suçunun oluşmayacağı kabul edilmekteydi²⁸³. Ancak suçun gerçekleştirilmesi için gerekenin ötesinde özgürlükten yoksunluk varsa gerçek içtima uygulanıyordu²⁸⁴. Gerçekten, cinsel suçların icrasında özgürlükten yoksunluk zorunlu ve doğal olarak

trafikten men edileceğini anlayan sanığın aracının ön koltuğuna oturan mağduru rızası hilafına kolluk kuvvetlerince yakalanana kadar aracından indirmediği ve bu esnada tehdit ettiği olayda, TCK'nın 44. maddesinde yer alan fikri içtima düzenlemesi uyarınca ağır olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi" gerekir (14 CD, 14.10.2014, 2013/915-2014/11054).

²⁷⁹ Göktürk, Hukuka Aykırılık, s.435 vd.; Arslan'a göre bu durumda "kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma fiili TCK 235/2-c maddesine göre ihaleye fesat karıştırma suçunun unsuru olacağı için ayrıca kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu oluşmaz. Krş. Çetin Arslan, **İhaleye Fesat Karıştırma Suçu**, Adalet, Ankara 2012, s.58.

²⁸⁰ Gökcan, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s.60-61.

²⁸¹ 5. CD. 8.4.1975, 1017/1011 (Önder, Özel Hükümler, s.564).

²⁸² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.375.

²⁸³ "Mesela, zorla ırza geçmek suçunun icrası sırasında mağdurenin bir süre alıkonulması bu eylemin zorunlu ve doğal olmasına göre, alıkoyma suçu da oluşmaz" (5. CD. 25.11.1981, 2988/3457) Önder, Özel Hükümler, s.557.

²⁸⁴ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.136.

eşlik eden bir fiil olarak yer alabilir. Yeni TCK bakımından da cinsel suçun icra edilebilmesi için zorunlu olarak mağdurun kısa bir süre özgürlüğünün kısıtlanması halinde kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun oluşmayacağı savunulmaktadır²⁸⁵. Diğer bir görüşe göre, cinsel suçun haksızlık içeriğinin diğer suçun haksızlık içeriğini de kapsamı nedeniyle, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçundan faile ceza verilmemelidir²⁸⁶. Katıldığımız görüşe göre, mağdurun özgürlüğünden yoksun bırakılması yalnızca cinsel suçun işlenmesi süresince olmuşsa farklı neviden fıkri içtima söz konusu olur²⁸⁷. Kanımızca, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunun kesintisizlik unsurunu oluşturan süre ile cinsel suçun işlenmesi açısından zorunlu olan özgürlükten yoksunluk kısmen çakışmak/kesişmek suretiyle birbirini tamamlayıcı fonksiyon icra etmektedir. Bu nedenle, suçların *icra hareketlerinin kısmi ayniyet* gösterdiği söylenebilir. Buna karşılık, özgürlükten yoksunluk süresi, amaç suçun işlenebilmesi için gerekli olan süreyle sınırlı kalmayıp, amaç suçun işlenmesinden önce ya da sonra da devam etmiş ise fail cinsel suçun yanı sıra ayrıca özgürlüğü yoksun kılma suçundan da sorumlu tutulacaktır²⁸⁸. Örneğin cinsel suçun işlenmesi amacıyla mağdurun başka bir yere götürülmesi, bağlanıp hareketsiz bırakılması veya kaçmak isteyen mağdurun yakalanıp tutulması gibi fiillerin varlığı halinde her iki suçun da işlendiği kabul edilmelidir²⁸⁹.

²⁸⁵ Bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.464-465; **Gökcan**'a göre, "mağdurun vücudu üzerinde işlenen cinsel suçların karma suç niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Örneğin cinsel saldırı suçunun işlenebilmesi için gereken oranda fiziksel güç kullanımının ve hürriyetten yoksun kılma sonucunun doğması kaçınılmazdır. Dolayısıyla bu tür suçlarda karma suçun kapsadığı diğer suçlardan (ve bu arada 109. madde ile) ayrıca ceza verilemez" (Gökcan, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s.58-59); Yargıtay da cinsel saldırı suçunu gerçekleştirebilmek için uygulanan cebir sonucu olarak özgürlüğün kısıtlanması durumunda suçun oluşmayacağını kabul etmektedir (CGK 12.05.2015, 14-550/158; Yargıtay 14.CD, 06.03.2014, 11067/2859). Kanımızca, kişinin bir an için sıkıca tutulması cebir unsurunu oluşturabilir. Ancak kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunun kesintisizlik unsuru oluşmuşsa, tamamlanmış olan suçun yalnızca cebir olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

²⁸⁶ Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.343.

²⁸⁷ Bazı yazarlar, cinsel suçun işlenmesi süresince kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasını cinsel suçun unsuru olarak kabul etmektedirler. Bkz. Florian, s.373; Schâfer (LK), § 239 kn.48'den naklen (Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.136, dn.277); Gökcan, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s.58.

²⁸⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.532; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.465.

²⁸⁹ Gökcan, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s.59.

765 sayılı TCK'nın 179. maddesinde kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı yere önem verilmediği halde,²⁹⁰ özellikle şehvet hissi veya evlenmek amacıyla kaçırma (765 s.TCK m.429- 431) suçlarında aranan kaçırma ve alıkoyma unsurlarının, mağdurun tamamıyla failin hâkimiyeti (nüfuz ve etkisi) altına girdiği anda tamamlanmış sayılacağı kabul edilmekteydi²⁹¹. Irza geçme ve tasaddi suçları bakımından bu unsurun bulunmaması halinde, cinsel suçu gerçekleştirebilmek için mağdurun zorunlu olarak özgürlüğünden yoksun bırakılması “yer temini olarak nitelendirildiği için, kaçırma ve alıkoyma unsurlarının gerçekleşmeyeceği belirtilmekteydi²⁹². Yeni TCK'nın 109. maddesinin formülasyonu karşısında, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun uygulama alanını böylesine daraltan bir yorum yapılması mümkün değildir. Yeni TCK açısından Yargıtay da, suçun işlenmesinden önce veya sonra mağdurun herhangi bir şekilde özgürlüğünün kısıtlanmadığı, yalnızca cinsel suç süresince özgürlüğün sınırlandığı durumlarda, failin TCK'nın 109. maddesinden sorumlu tutulamayacağını kabul etmektedir.

765 sayılı TCK'da kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu (m.179), aynı zamanda Kanunun 429-433. maddelerinde düzenlenmiş olan “kız, kadın ve erkek kaçırmak” suçlarının unsuru olduğu için, suçlar arasındaki görünüşte içtima ilişkisi dolayısıyla genel norm olan 179. maddesinin geri çekileceği kabul edilmekteydi²⁹³. Yeni TCK'da ise böyle bir suça yer verilmemiş; kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun “cinsel amaçla” işlenmiş olması, suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir (m.109/5)²⁹⁴. Burada genel normun (m.109/1), özel norm olan 109/5 maddesi

²⁹⁰ Önder, Özel Hükümler, s.29; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.61.

²⁹¹ Dönmezer, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, s.236-241.

²⁹² Somut olayda mağdurun tamamıyla failin hâkimiyeti (nüfuz ve etkisi) altına girip girmediğinin, yani özgürlüğün kısıtlanmasının sadece “yer temini” niteliğinde olup olmadığının belirlenebilmesi için “1) Olayın başladığı yer ile mağdurenin götürüldüğü yer arasındaki mesafe, 2) Mağdur veya mağdurenin götürüldüğü yerin, failin kasdettiği cürmün (ırza geçme-tasaddi-sarkıntılık) işlenebilmesi için zaruri bir yer tedariki amacına yönelik olup olmadığı, 3) Bundan başka mağdur veya mağdurenin üstünde nüfuz ve egemenlik kurmayı gerektiren bir hal bulunup bulunmadığı” hususları değerlendiriliyordu. Bkz. İsmail Malkoç, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s.336-339.

²⁹³ Önder, Özel Hükümler, s.33, 40, 557, 571.

²⁹⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.357; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.347; “Gerçekten TCK m. 109/5'te faildeki saik göz önünde bulundurulduğu, buna karşılık cinsel davranışın gerçekleştirilmesi suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş olmadığı için, TCK m. 102 vd.nde yer alan herhangi bir suç tipinin, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunun nitelikli

karşısında geri çekilmesi söz konusu olmaktadır²⁹⁵. Buna karşılık, TCK'nın 109/5. maddesi ile cinsel suçlar arasında görünüşte içtima ilişkisinin bulunmaması dolayısıyla, bileşik suçtan söz edilemez. Bu nedenle, cinsel suç ile kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma fiillerinin birbirinden ayrılabilirdiği (örneğin, kaçırılan kişiye cinsel saldırıda bulunulması gibi) olaylarda, gerçek içtima kuralı uyarınca, fail, hem TCK'nın 109/5. maddesinden hem de cinsel suçtan sorumlu tutulacaktır²⁹⁶. Doktrinde, bu durumda failin hem cinsel amaca yönelik “tehlikeden” hem de ortaya çıkan “zarardan” ayrı ayrı sorumlu tutulmasını gereksiz bulan görüşe katıldığımızı belirtmiştik²⁹⁷. Kanımızca, cinsel suçu gerçekleştiren failin “cinsel amaç” nedeniyle ikinci kez cezalandırılmasına yol açan bu düzenlemenin revize edilmesi yerinde olacaktır. TCK'nın 109. maddesinin 5. fıkrası ile bazı cinsel suçlar arasında görünüşte içtima ilişkisinin kurulmasıyla bu sorunun çözülebileceği kanısındayız.

765 sayılı TCK'nın 495. maddesinde düzenlenen yağma suçunun unsuru olarak değerlendirilen kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunun (m.179) geri çekilerek özel norm olan 495. maddesinin önceliği kabul edilmekteydi²⁹⁸. Özgürlüğün kısıtlanması, yağmanın gerçekleşmesine zorlama aracı olarak kullanılmışsa (örneğin mağdurun üzerine kapı kilitlenerek evdeki eşyaların alınması) yağma suçu; özgürlükten yoksun bırakma bu sınırı aşıyorsa (örneğin takip edilmeyi engellemek için kullanılıyorsa) her iki suçun oluşması dolayısıyla fikri içtima kapsamında değerlendiriliyordu²⁹⁹.

Yeni TCK'nın 148-150. maddeleri açısından yağma suçu esasen tehdit, cebir ve hırsızlık suçlarının bir araya gelmesiyle oluşmuş bileşik bir suçtur³⁰⁰. Ayrıca yağma suçunun “yol kesmek suretiyle işlenmesi” (m. 149/1-d) bakımından “kişinin

hali olduğundan ve dolayısıyla her iki suçun bileşik suç ilişkisine (TCK m. 42) girdiğinden söz edilemez” (Tezcan/Erdem/Önok, s.532).

²⁹⁵ İçel, Suçların İçtiması, s.173; İçel, Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri, s. 35 vd.; Önder, II, s.524.

²⁹⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s.531-532; Failin cinsel saldırı suçunu işleyebilmek amacıyla mağduru kaçırmayı örneğinde, hareketlerin kısmi aynılığından da söz edilemez. Bkz. Doğan, Tehlike Suçu İle Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtiması Sorunu, *TAAD*, Y: 5, S: 16, (Ocak 2014), kn.197, dn.107.

²⁹⁷ Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.344.

²⁹⁸ Önder, Özel Hükümler, s.40.

²⁹⁹ Koca, Yağma Cürümleri, s.227.

³⁰⁰ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.630.

özgürlüğünden yoksun bırakılması” bileşik suçun unsuru olarak öngörüldüğünü belirtmiştik. Bu nitelikli unsur dışındaki hallerde ise kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma, yağma suçunun bir unsuru olmadığı için suçlar arasında görünüşte içtima ilişkisinden söz edilemez. Yağma suçunun icra edilebilmesi için mağdurun özgürlüğünün kısıtlanması zorunlu olmadığından, suçların icra hareketlerinin ayniyeti ve fikri içtima ilişkisi de söz konusu değildir. Ayrıca 765 sayılı TCK’nın 499. maddesinde yağma suçunun bir türü olarak düzenlenen “adam kaldırma suçu”nun yeni TCK’da karşılığı bulunmamaktadır. Yeni Kanuna göre, yağma suçunu işlemek amacıyla kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması durumunda, fail hem kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçundan hem de yağma suçundan sorumludur³⁰¹. Yargıtay kararları da aynı yöndedir³⁰².

3.2.3.4.2. Aynı Neviden Fikri İçtima

Bir fiille aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlendiği hallerde “*aynı neviden fikri içtima*” söz konusu olmaktadır (m.43/2). Fikri İçtima açısından, bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerinin aynı suç sayılacağı kanunda açıklanmıştır (m.43/1). Aynı neviden fikri içtima ile zincirleme suç arasında yapısal bir benzerlik bulunmamaktadır. Yalnızca failin cezası her iki durumda aynı norma göre belirlenmektedir. Tek suçun varlığı kabul edilerek ceza TCK’nın 43. maddesinde belirtilen oranda artırılmaktadır³⁰³.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu ile ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçu arasında gerçek içtima kuralının uygulanmasına (m. 223/4) ilişkin özel bir içtima hükmü öngörülmüş olduğundan, bu ihtimalde fail ayrıca

³⁰¹ Koca, Mahmut, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yağma Suçu, **Legal Hukuk Dergisi**, Y: 3, Ağustos 2005/32, s. 2808; Gökcen, Ahmet, Hürriyete Karşı Suçlar, s. 11-12; Tezcan/Erdem/Önok, s.532.

³⁰² 6 CD, 20.11.2017, 2014/9528 - 2017/5122.

³⁰³ 765 sayılı TCK’da farklı neviden fikri içtima (m.79) düzenlenmiş olmasına rağmen aynı neviden fikri içtimaya açıkça yer verilmemiştir. Bu nedenle doktrinde, aynı neviden fikri içtimanın kabul edilip edilemeyeceği ve sorumluluğun 765 sayılı TCK’nın 79 ya da 80 maddelerinden hangisine göre belirleneceği konuları tartışmalıydı. Bkz. Önder, Özel Hükümler, s.40; Özgenç, Genel Hükümler, s.615-617; Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, s.564; Fransız Ceza Kanunu’nun 224-3. maddesinde ise, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu açısından “224-1. maddede öngörülen suç birden çok kişiye karşı işlenirse, hükmedilecek ceza otuz yıl ağır hapis cezasıdır” hükmüne yer verilmiştir.

TCK'nın 109. maddesinden sorumlu tutulmaktadır³⁰⁴. Bu durumda ulaşım aracında birden fazla kişi varsa, ayrıca TCK 109. maddesi açısından aynı neviden fikri içtima (m.43/2) kuralının uygulanması da söz konusu olmaktadır³⁰⁵.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun tek bir fiille birden fazla kişiye karşı işlenmesi durumunda *aynı neviden fikri içtima* kuralı (m.43/2) uygulanmalıdır. Örneğin, evin kapısı dışarıdan kilitlenerek içeride bulunan birden fazla kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması halinde suçun konusunu özgürlüğü kısıtlanan her bir kişi oluşturmaktadır³⁰⁶. Aynı neviden fikri içtimanın koşulları somut olayın özellikleri göz önünde tutularak değerlendirilmelidir. Örneğin başka bir ihtimalde, birden fazla kişinin zorla bir odaya sokularak üzerlerine kapının kilitlenmesi halinde aynı neviden fikri içtimadan söz edilemeyeceği, her bir mağdur yönünden ayrı suçun oluşacağı öne sürülmüştür³⁰⁷.

Yargıtay sözü edilen her iki ihtimalde aynı neviden fikri içtimayı kabul etmektedir³⁰⁸. Bu uygulama hakkaniyete daha uygun görünmekle birlikte, ikinci ihtimalde aynı neviden fikri içtimanın yasal koşullarının gerçekleştiğini söylemek güçtür. Örneğin bir Yargıtay kararında, hakkında elli altı kez kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçundan hüküm verilen bir sanığın *“mağdurların bulunduğu lojmanın önüne giderek demir kapının önünde sallama tabir edilen döner bıçağını havaya kaldırıp lojmanın içerisinden hiç kimsenin dışarıya çıkmasına izin*

³⁰⁴ Koca, Fikri İçtima, s.209.

³⁰⁵ “Dolayısıyla, TCK m. 223 ve 109 arasında gerçek içtima kuralı uygulanırken; birden fazla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasında aynı nev’iden fikri içtima kuralı uygulanır” (Göktürk, Fikri İçtima, s.154).

³⁰⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s.533; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.542; “Cezaevi firarisi olan sanığın, polis memurlarından kaçtığı sırada mağdurlar Ali Kurt ve Nurettin Yaman’ı silahla rehin aldığı olayda, sanığın aynı eylemle birden fazla mağdura yönelik silahla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlediği ve hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği” (14 CD. 09.12.2013, 2012/156 - 2013/12859).

³⁰⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.734, dn.533.

³⁰⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.734; “Olay günü mağdurlar A.O., A, M.E., İ.B., A. ve M.’nın ... parkta ... oynadıkları sırada sanığın ... "ne yapıyorsunuz, sizi gelin arabayla gezdireyim" dediği, mağdurların teklifi kabul ederek sanığa ait servis minübüsüne bindikleri ve hep beraber Şehreküstü parkına gittikleri, bir müddet de burada oynadıktan sonra kendilerini bekleyen sanığın aracına tekrar bindikleri, park halindeki araç içerisinde bulundukları sırada sanığın aracın arka kısmına geçip mağdurlardan iki tanesinin cinsel organına baktığı esnada araçtan şüphelenen polis ekibi tarafından saat 11.30 sularında bulundukları ... sanığın tek fiille bütün mağdurlara yönelik alıkoyma eyleminde bulunması nedeniyle aynı nevinden fikri içtima ... gereğince cezalandırılması gerekirken yazılı şekilde mağdur sayısınca ayrı ayrı mahkûmiyetine karar verilmesi” (14. CD 27.3.2016, ‘016/858-2178).

*vermemesi ve dışarıda bulunan kimselerin de içeriye girmesine müsaade etmemesi şeklinde gerçekleşen olayda sanığın, aynı suçu birden fazla mağdura karşı tek bir fiille aynı neviden fikri içtima*³⁰⁹ çerçevesinde gerçekleştirdiği kabul edilmiştir. Böylece, sanığın tek bir fiille hem binadan çıkmak isteyen hem de binaya girmek isteyen elli altı kişiyi özgürlüğünden yoksun bıraktığı şeklinde ilginç bir sonuca ulaşılmıştır. Gerçekten, binadan çıkışa engel olmak suretiyle tek fiille birden fazla kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması mümkün olabilir. Ancak, dışarıdan gelerek binaya girmek isteyen kişiler açısından aynı sonuca varılamayacağı kanısındayız.

Mütemadi suçlarda, hukuka aykırı durumun ortaya çıkmasına veya devamına hizmet eden her bir davranışın bağımsız bir fiil olarak değil, tek bir fiilin kısımlarını oluşturduğunu, hareketlerin çokluğunun fiil tekliği üzerinde etkili olmadığını belirtmiştik. Bununla birlikte mütemadi suçun bu özelliği, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun tamamlanmasına kadar işlenen fiiller bakımından aynı neviden fikri içtimanın kabul edilebileceği anlamına gelmez. Yukarıdaki olaya dönecek olursak, failin bina içindeki kişilere yönelik icra hareketlerine başladıktan sonra -suçun devamı süresince- binaya farklı zamanda girmesini engellediği kişilere karşı da “aynı fiili” gerçekleştirdiğini söylemek mümkün değildir. Bunun gibi, bir tehditle birden fazla kişinin bir otomobile ya da odaya sokulması şeklindeki fiiller açısından da mağdurlara karşı aynı anda aynı suçun işlendiği söylenemez. Zira bu örnekte, tehdidin suçun konularını oluşturan her bir kişiyi aynı anda etkilemesi ve harekete geçirmesi doğal olarak beklenemez.

3.3. CEZAYI AZALTAN ŞAHSİ SEBEP OLARAK ETKİN PİŞMANLIK

3.3.1. Genel Olarak

Etkin pişmanlık ile ilgili genel bir düzenlemeye, gerek mülga 765 sayılı TCK’da gerekse 5237 sayılı yeni TCK’da yer verilmemiştir³¹⁰. Bununla birlikte,

³⁰⁹ 14. CD 8.6.2016, 2016/3204-5686.

³¹⁰ 765 sayılı TCK’nın değiştirilmesine yönelik 1989, 1997 ve 2000 tarihli ceza kanunu tasarılarında, genel hükümler arasında etkin pişmanlığa yer verilerek, etkin pişmanlığın “bütün suçlar bakımından genel hafifletici sebep” haline getirilmesi amaçlanmıştır. Bkz. Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s.150-151; Demirbaş, Genel Hükümler, s.482-483; Faal nedamet, 765 sayılı TCK’daki bazı suçlarda cezayı hafifletici, bazen de cezayı kaldırıcı sebep sayılmıştır. Bkz. Erem, Faruk, Etkili

her iki kanunun özel hükümlerinde, yapısı uygun olan suçlar açısından değişik şekillerde etkin pişmanlık normları kabul edilmiştir³¹¹.

Kişi özgürlüğünün sınırlanması suçu bakımından 765 sayılı TCK'nın 180/2 maddesinde “*fail, hakkında takibat icra olunmazdan evvel tasavvur ettiği maksada nail olmaksızın ve hürriyetinden mahrum edilen şahsa bir gûna zararı dokunmaksızın onu kendiliğinden serbest bırakırsa*” cezanın altıda birinden yarısına kadar indirilmesi öngörülmekteydi. Ayrıca, “*şehvet hissi veya evlenme maksadiyle*” işlenen suçların (765 s.TCK m.429-431) faili, “*kaçırdığı veya alıkoyduğu kimseyi hiçbir şehvî harekette bulunmaksızın kendiliğinden, kaçırıldığı eve veya ailesinin evine iade eder veyahut ailesi tarafından alınması mümkün olan emniyetli diğer bir yere getirip serbest bırakırsa*” (765 s.TCK m.432) daha az ceza verilmesi düzenlenmişti. Suçtan sonraki pişmanlık halini (suçun izlerinin silinmesi, tazmin ve tamir edilmesi faaliyetini) düzenleyen bu hükümler “faal nedamet” olarak nitelendirilmekteydi³¹².

765 sayılı TCK'nın 180/2 ve 432. maddelerinin karşılığını, yeni TCK'nın 110. maddesi oluşturmaktadır. “Etkin pişmanlık” başlığını taşıyan TCK'nın 110. maddesine göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu “*işleyen kişi, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadarı indirilir*”. Bu hükümle, suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra, henüz soruşturma başlamadan önce etkin pişmanlık gösterilmesi cezayı azaltan şahsi sebep olarak düzenlenmiştir³¹³. Dolayısıyla, iştirak

Pişmanlık, s.85. “Bazı suçlarla ilgili olarak yapılan düzenlemeler bağlamında özel hükümler olarak etkin pişmanlığa yer verilmesinin daha doğru olacağı düşüncesiyle; Hükümet Tasarısında “tam teşebbüs” aşamasındaki gönüllü vazgeçme karşılığında kullanılan etkin pişmanlıkla ilgili hüküm, Tasarı metninden çıkarılmıştır” (TCK m.36'nın gerekçesi).

³¹¹ Yeni TCK'da failin ceza sorumluluğunu azaltan düzenlemelerin yanı sıra, etkin pişmanlığın failin cezai sorumluluğunu tamamen kaldırması da kabul edilmiştir. Bkz. Yasemin Baba, **Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık**, On iki Levha, İstanbul, 2013; Gödekli, Mehmet, **Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık**, TAAD, S.29, Ocak 2017.

³¹² Bkz. Dönmezer/Erman, I, kn.583; Erem, II, s.1192, 1900; Önder, Özel Hükümler, s.39; Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s.152; Bakıcı, Sedat, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Cürümler**, Adalet, Ankara 1994, s.463-466; 765 sayılı TCK'nın bu hükümleri, doktrinde, yasal hafifletici sebep olarak da nitelendirilmiştir. Bkz. Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.77.

³¹³ Özgenç, Genel Hükümler, s.659; krş. Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s.93.

halinde işlenen suçlarda diğer suç ortaklarının ceza sorumluluğu üzerinde sonuç doğurmaz³¹⁴.

Kanunda etkin pişmanlığın kabul edildiği suç tiplerinde, etkin pişmanlık o suçun karakterine uygun bir yapıya bürünmektedir³¹⁵. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun neticesi, “*kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakılması*”dır. Böylece, suçla korunan hukuksal değer bir insan hareketiyle somut olarak sınırlandırılmaktadır³¹⁶. TCK’daki bazı etkin pişmanlık hallerinin aksine, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun neticesinin “suçtan önceki hale getirilmesi” ya da “giderilmesi” mümkün olmadığı gibi, etkin pişmanlıktan yararlanmanın mağdurun rızasına bağlı tutulması da söz konusu değildir³¹⁷. Kişilik hakkından kısmen de olsa vazgeçilmesi ya da bunun başkasına devri, insanın hukuk özneliğinden çıkması, başka bir anlatımla nesne ya da köle olması anlamına gelir. “Herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip” olması (Ay. m.12) insan hakları hukukunun evrensel ilkerindendir³¹⁸. Kişilik hakları bakımından vazgeçme yasağı mutlak bir anlam taşır; kapsamı daraltılamaz, pazarlık konusu yapılamaz³¹⁹.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunda etkin pişmanlık, kanun koyucunun “suç politikası” gerekçesiyle kabul edilmiştir³²⁰. Böylelikle, mağdurun

³¹⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s.678.

³¹⁵ Baba, s.21.

³¹⁶ Bkz. Heinrich, I, kn.161.

³¹⁷ Etkin pişmanlığın kabul edildiği bazı suçlar tamamlandıktan sonra, “suçtan önceki hale getirme” ya da “zararın aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi” sadece maddi zararları kapsamakta ve hatta kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için mağdurun rızası yeterli olmaktadır (TCK m.168). Bkz. Kafes, Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi, *AÜHFD*, 60 (1) 2011, s.129-131.

³¹⁸ Bkz. Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Orion, Ankara 2012, s.111.

³¹⁹ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay- Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 10. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010, s.163; Tekin Akıllıoğlu, *İnsan Hakları, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, 2. Bs., İmaj, Ankara 2010, s.43; Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin, Ankara 2009, s.31.

³²⁰ Erem, Özel Hükümler, II, s.1192; Önder, Özel Hükümler, s.39; Yeni TCK’nın hazırlanmasında esas alınan felsefi düşünceler doğrultusunda, TCK’da “*Suç siyaseti ile güdülen amaca ulaşabilmek için, uyulması gereken ana ilkeler, kusur ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve hümanizm ilkesidir*”. Hümanizm ilkesinden “*amaç, suç işleyen insanın yeniden sosyalleştirilmesi ve toplumsal sorumluluğa sahip bir birey durumuna getirilmesi hedefinin izlenmesidir*” (TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 224 vd.).

serbest bırakılmasına suçlunun özendirilmesi amaçlanmıştır³²¹. Gerçekten, kriminolojinin bir dalı olarak ortaya çıkan ve günümüzde bağımsız bir kimlik kazanmış olan viktimolojinin amaçlarından biri de önlenememiş olan suçların mağdurlarının mağduriyetlerini en aza indirecek, acılarını hafifletecek önlemlerin alınmasıdır³²². Bu nedenle, mağduriyetin giderilmesi olanağının her suç yönünden ayrıca araştırılması gerekmektedir³²³.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunda “fiilin belli bir süreden daha kısa veya uzun bir süre devam etmesinin” birçok ülkede suçun cezasının indirilmesini ya da artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlendiği görülmektedir³²⁴. Failin özgürlüğünü kısıtladığı ve herhangi bir zarar vermediği kimseyi, soruşturma veya kovuşturma başlamadan ve tasarladığı amaca ulaşmadan kendiliğinden serbest bırakması, 765 sayılı TCK’da ve bazı Latin Amerika ülkelerinde (Ekvator, Venezüella, Panama) cezayı azaltan şahsi sebep olarak kabul edilmiştir³²⁵. Bazı ülke kanunları ise, etkin pişmanlığı, mağdurun belli bir zaman içerisinde serbest bırakılması koşuluyla kabul etmektedir. Örneğin 1994 Fransız CK.’nın m.224-1/3. maddesinde, kişinin özgürlüğü kısıtlandığı andan itibaren geçecek yedinci günün dolmasından önce iradi olarak serbest bırakılması durumunda daha az ceza verilmesi³²⁶; İspanyol CK.’nın 163/2. maddesinde ise, alıkonulan kişinin ilk üç gün içinde serbest bırakılması halinde kanunda öngörülen alt sınırdan ceza verilmesi kabul edilmiştir³²⁷.

Hukukumuzda 01.03.1926 tarih ve 765 sayılı TCK’nın 432. maddesinin ilk şeklinde “*şehvet hissi veya evlenme*” amacıyla işlenen suçlar bakımından etkin pişmanlık için yirmi dört saat süre koşuluna yer verilerek, ilgili suçlar (765 s.TCK m.429-431) bakımından daha az ceza öngörülmekteydi³²⁸. Etkin pişmanlığın

³²¹ Erem, Özel Hükümler, II, s.1900.

³²² Füsün Sokullu-Akıncı, **Viktimoloji (Mağdurbilim)**, 3.bs., Beta, İstanbul 2016, s.387-388.

³²³ Kafes, s.93.

³²⁴ 2.4. Suçun Nitelikli Halleri

³²⁵ Önder, Özel Hükümler, s.39.

³²⁶ Patrick Mistretta, "Enlèvement et séquestration", Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, http://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/PEN/RUB000122&FromId=ENCYCLOPEDIAS_PEN. (Erişim: 20.01.2019), kn.42.

³²⁷ <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes> (Erişim: 20.01.2019).

³²⁸ Dönmezer, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, s.228 dn.9.

uygulama alanını kısıtlayıcı bulunan³²⁹ bu koşul 11.06.1936 tarih ve 3038 sayılı kanunla terk edildi.

Kanımızca, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunda etkin pişmanlığın, belirli bir süre koşulu ile sınırlandırılması, kanunun konuluş amacına (*ratio legis*) daha uygun olacaktır³³⁰. Çünkü özgürlükten yoksunluk süresinin uzaması, mağduriyetin artmasında etkili olmaktadır. Aslında, TCK'nın 110. maddesinin "... cezanın üçte ikisine kadarı indirilir" ifadesiyle, "indirim oranının" belirlenmesi hakimnin takdirine bırakıldığı için, özgürlükten yoksunluk süresinin veya koşullarının cezanın belirlenmesinde dikkate alınması mümkündür. Ancak, yasal koşulların gerçekleştiği her halde etkin pişmanlığın zorunlu olarak uygulanması - örneğin özgürlükten yoksunluk ne kadar ağır koşullarda ve uzunlukta olursa olsun etkin pişmanlık gösterenin ödüllendirilmesi- göz ardı edilen mağdurun zararının artmasına (ikincil mağduriyetine) yol açabilir. Bu nedenlerle, TCK'nın 110. maddesinin "*indirilebilir*" şeklinde revize edilmesi ve böylece somut olayın özelliklerine göre, fail hakkında etkin pişmanlığın uygulanıp uygulanmayacağı konusunda da hâkime takdir yetkisi tanınması, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun yapısal özelliklerine daha uygun düşecektir³³¹.

3.3.2. Etkin Pişmanlığın Koşulları

3.3.2.1. Suçun Tamamlanmış Olması

Yeni TCK'nın 110. maddesine göre, etkin pişmanlık için her şeyden önce kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun tüm unsurlarıyla tamamlanmış olması gerekir³³². Faal nedamet olarak nitelendirilen 765 sayılı TCK'nın 180/2 ve 432. maddeleri açısından da suçun tamamlanmış olması koşulu aranıyordu³³³.

³²⁹ Önder, Özel Hükümler, s.574.

³³⁰ 2003 tarihli TCK tasarısının 161. maddesinde bir haftalık süre koşuluna yer verilmekteydi.

³³¹ "Etkili pişmanlık halinde cezanın indirilmesinin takdire bağlı olması daha doğrudur. Etkili pişmanlığın içinde ceryan ettiği hal ve şartların özelliğinin nazara alınması mümkün olur. İsviçre kanunu bu usulü benimsemiştir" (Erem, Etkili Pişmanlık, s.87); bkz. Demirbaş, Genel hükümler, s.483.

³³² Tezcan/Erdem/ Önok, s.527; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.460.

³³³ Dönmezer, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, kn.226; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.130; Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s.150-152.

Bununla birlikte, 765 sayılı TCK'da suça eksik teşebbüs aşamasında gönüllü (ihtiyariyle) vazgeçmenin (m.61/2) düzenlendiğini, suça tam teşebbüs aşamasında ise, failin icra hareketlerini tamamlamasından sonra neticenin gerçekleşmesine isteyerek engel olması haline kanunda yer verilmediği halde, doktrinde bu durumun da “*faal nedamet*” (etkin pişmanlık) olarak ifade edildiğini belirtmiştik³³⁴. Böylece faal nedamet suçu tamamlanmasından önceki ve suçtan sonraki faal nedamet olmak üzere iki türü kabul edilmekteydi³³⁵. Genellikle, *neticesi harekete bitişik* bir suç olarak nitelendirilen kişi özgürlüğünü sınırlama suçuna tam teşebbüs mümkün görülmediği için, bu aşamada failin kendiliğinden neticeye engel olması (faal nedamette bulunması) da söz konusu değildi. Buna karşılık, suçun tamamlanmasından sonra 765 sayılı TCK'nın 180/2 ve 432. maddelerinde düzenlenen faal nedamet koşullarının gerçekleşebileceği kabul edilmekteydi³³⁶. 765 sayılı Kanun döneminde, faal nedamet iki türünün kabul edilmiş olması karışıklığa sebep olmuştur³³⁷.

5237 sayılı TCK'da, suça eksik teşebbüs - tam teşebbüs ayırımına yer verilmemiş; gönüllü vazgeçme, teşebbüsün bütün aşamaları bakımından kabul

³³⁴ Bkz. Dönmezer/Erman, I, kn.581-582; Erra, s.681; Köksal Bayraktar, Faal Nedamet, **İÜHF**, C.33, S.3-4, İstanbul 1968, s.122-125; Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s.118.

³³⁵ Bayraktar, Faal Nedamet, s.126-127; Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s.145-153.

³³⁶ “... 432. maddenin uygulanabilir olması için kaçırma veya alıkoyma fiillerinin tamamlanmış bulunması gereklidir; suça, bizce, tam teşebbüs mümkün bulunmadığından failin nâkıs teşebbüs halinde kaldığı hallerde 432. madde gereğince yapılacak hareket faal nedamet değil fakat teşebbüste ihtiyarı ile vazgeçme olacağından artık 432. madde esasen uygulanamaz” (Dönmezer, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, s.263); Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.129-130.

³³⁷ 765 sayılı TCK'nın değiştirilmesine yönelik 1989, 1997 ve 2000 tarihli ceza kanunu tasarılarında, genel hükümler arasında etkin pişmanlığa yer verilmiştir. Tasarılar, 765 sayılı TCK'nın 61 ve 62 maddelerindeki ayırma bağı olarak, eksik teşebbüs aşamasında gönüllü vazgeçme, tam teşebbüs aşamasında etkin pişmanlık düzenleniyordu. Böylece, etkin pişmanlığın “bütün suçlar bakımından genel hafifletici sebep” haline getirilmesi amaçlanıyordu. Bkz Erem, Faruk, Etkili Pişmanlık, s.85; Ancak failin, “*kastettiği cürmün icra hareketlerini bitirmiş olmakla beraber çabalarıyla neticenin meydana gelmemesini sağlamış veya meydana gelmiş neticeyi tamamen ortadan kaldırmış*” olması etkin pişmanlık kapsamında değerlendiriliyordu (2000 Tasarısı m.39 ve benzer olan 1989 Tasarısı m.20, 1997 Tasarısı m.20). Bkz. Baba, s.16-18; **Erem**, failin “suçun neticesini önlemesi” ile “tamamlanmış suçun neticesini ortadan kaldırması” (*post delictum*) halinin eşit sayılmış olmasını eleştirmiş; teşebbüs aşamasının dışında kalan “neticeyi ortadan kaldırmanın” başka hükümle karşılanmasını önermiştir. Bkz. Erem, Faruk, Etkili Pişmanlık, s.87; **Sözüer**, gönüllü vazgeçmenin, tam teşebbüsten vazgeçmeyi de kapsamamasını; suçun tamamlanmasından sonra ise failin, mağdurun zararını gidermesi ya da başkaca edimleri yerine getirmesi bakımından “faal nedamet-pişmanlık” kavramının kullanılabileceğini belirtmiştir. Bkz. Sözüer, Suça teşebbüs, s.246.

edilmiştir (m.36)³³⁸. Böylece, suça teşebbüs aşamasında gönüllü vazgeçme; suçun tamamlanmasından sonra ise etkin pişmanlık söz konusu olmaktadır.

Yeni TCK'da benimsenen amaçsal suç teorisinin bir sonucu olarak ortaya çıkan “*sırf hareket suçları*” ve “*neticeli suçlar*” ayrımı açısından, bize göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu *neticeli* bir suçtur³³⁹. TCK 109. maddesinde tanımlanan suçun tamamlanabilmesi için, kişinin “bir yere gitme veya bir yerde kalma özgürlüğünden yoksun bırakılması” biçimindeki netice unsurunun gerçekleşmesi gerekir³⁴⁰. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun tamamlanmasına ilişkin yaptığımız tüm açıklamalar, suç yoluna (*iter criminis*) giren failin, zamanında etkin pişmanlık gösterip göstermediği sorununun çözümü açısından önem taşımaktadır.

Mütemadi (kesintisiz) suçlardan olan kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun tamamlanabilmesi için, mağdurun iradesine uygun olarak hareket etme serbestisi süreklilik (temadi) oluşturabilecek -*önemli sayılabilecek*- bir süre kısıtlanmış olmalıdır³⁴¹. Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçu, mağdurun iradesine uygun olarak hareket etmesinin bu şekilde kısıtlanmasıyla **tamamlanır**; mağdurun hareket serbestisini tamamen kazandığı anda **biter**³⁴².

Suçun mütemadi olma niteliği, failin, fiilin icrasını hem iradi olarak devam ettirmek hem de sona erdirmek hususunda iktidarının bulunmasını gerektirmektedir³⁴³. Bu nedenle, etkin pişmanlık ancak kişiyi özgürlüğünden

³³⁸ Bkz. Sözüer, Suç Politikası İlkeleri Bağlamında Türk Ceza Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, s.47-48; Özgenç, Genel Hükümler, s.89, 504, 515; Krş. Demirbaş, Genel Hükümler, s.475, 477; Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s.306, 319.

³³⁹ Konuya ilişkin diğer görüşler için bkz. 2.1.2. Netice.

³⁴⁰ Bkz. Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü, s.64; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.446.

³⁴¹ Dönmezer/Erman I, kn.522; Önder, Özel Hükümler, s.26; Önder, Mütemadi Suç, s.115; Tezcan/Erdem/ Önok, s.515; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.447; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.374 ayrıca krş. s.361.

³⁴² Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s.94; Heinrich, I, kn. 167, 718; Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararları da aynı yöndedir. bkz. Ali Rıza Çınar/İbrahim Şahbaz : Memurlar Tarafından İşlenen Özgürlükten Yoksun Bırakma Suçu, **ABD**, S.1996/1, s.57; Farklı bir görüş olarak Hafizoğulları/Özen'e göre, “Kesintisiz suçta etkin pişmanlık, failin, serbest iradesiyle, yani isteyerek, kendiliğinden temadiye, kesintisizliğe son vermesidir. Gerekçe yanlıştır, çünkü kesintisiz suç, failin iradesi dışında kesintiye uğradığında tamamlanmış olmaktadır. Böyle olunca, “etkin pişmanlık için suç tamamlandıktan sonra mağdurun güvenli bir yere serbest bırakılması” ifadesi yanlış olmaktadır” (Hafizoğulları/Özen, Özel Hükümler, s.193).

³⁴³ Dönmezer/Erman, C.I, kn.520.

yoksun kılma suçunun **tamamlanmasından** sonra ve **bitmesinden** önce söz konusu olabilir. Çünkü TCK'nın 110. maddesi uyarınca, suçun sona ermesi (**bitmesi**), etkin pişmanlık gösteren failin mağduru serbest bırakmasıyla gerçekleşmelidir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun başka bir şekilde (failin suçüstü yakalanması, mağdurun kurtarılması, kaçması ya da ölümü ile) sona ermesi halinde, fiile son verebilme iktidarını kaybetmiş olan failin etkin pişmanlıktan faydalanamayacağı açıktır.

3.3.2.2. Soruşturmayaya Başlanmamış Olması

Kanun koyucu, etkin pişmanlığın kabul edildiği suçların özelliklerine göre, muhakemenin belli bir aşamasında (soruşturma başlamadan önce, soruşturma evresinde, hüküm verilmeden önce, cezanın infazı sürecinde) koşulların gerçekleştirilmiş olmasını öngörmektedir. Kanundaki diğer bazı suçların aksine TCK'nın 110. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlığın, serbest bırakmanın “*soruşturmaya başlanmadan önce*” gerçekleştirilmesiyle sınırlandırılmış olması, Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla iptal davasına konu edilmiş; Anayasa Mahkemesi -isabetli olarak- davayı reddetmiştir³⁴⁴.

765 sayılı TCK'nın 432. maddesinde “*şehvet hissi veya evlenme maksadıyla*” işlenen kaçırma ve alıkoyma suçları açısından, etkin pişmanlığın muhakemenin

³⁴⁴ Karşıyaka 5. Asliye Ceza Mahkemesi başvuru gerekçesinde, TCK'nın 192, 248, 269, 221. maddelerinde düzenlenen suçlarda etkin pişmanlığın gerçekleştiği muhakeme evresine göre dereceli bir ödüllendirme sistemi oluşturulduğunu, 765 sayılı TCK'nın 180 ve 432. maddelerinde bu şekilde keskin bir sınırın olmadığını, kamu davası açılıncaya kadar bu imkânın sağlandığını, genellikle kaçırılma olaylarında kişilerin ailelerinin hemen adli makamlara başvurması ile soruşturma aşamasının başladığını, büyük bir oranda bu aşamadan sonra gerçekleşen iade ve teslimler açısından etkin pişmanlığın kabul edilmemesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu görüşüyle, soruşturmayaya başlandıktan sonra da bu imkânın sağlanması gerektiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, TCK'nın 110. maddesiyle özgürlüğü kısıtlanan “mağdur kişinin maddi ve/veya manevi zarar görmeden bir an önce hürriyetine yeniden kavuşturulması”nın amaçlandığına dikkat çekmiştir. Bu doğrultuda “etkin pişmanlığın uygulama alanının kanun koyucu tarafından farklı suç tipleri bakımından daraltılması ya da genişletilmesi mümkündür. Bu, suçun mahiyeti ve etkin pişmanlıktan beklenen hukuki yarar ile doğrudan doğruya irtibatlı bir konudur. Dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma aşamalarındaki hukuki yararların farklılığı gözetildiğinde bunlara farklı kurallar uygulanmasında eşitlik ilkesine aykırılık yoktur” (AYM, 28.01.2010, 2009/6 - 2010/19), <http://www.anayasa.gov.tr>, (Çevrimiçi: 05.06.2017). **Baba**'ya göre, “erken evrede gerçekleşen etkin pişmanlıkta failin iyiniyeti ve yetkili makamlara sağladığı katkı, sürecin ileri aşamalarında ortaya çıkandan daha fazladır” (Baba, s.78); Bize göre de, suçla korunan hukuksal değer ve özgürlükten yoksunluğun uzamasının mağdur üzerindeki ağır etkileri göz önünde tutulduğunda, etkin pişmanlık süresinin “soruşturmanın başlaması” ile sınırlandırılmış olması, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun yapısal özellikleriyle son derece uyumludur.

belli bir aşamasında gerçekleştirilmesine ilişkin bir koşul bulunmamaktaydı³⁴⁵. Muhakemenin herhangi bir aşamasında, son hüküm verilene kadar, yasal koşullara uygun biçimde etkin pişmanlık gösterilmesi mümkündü³⁴⁶.

765 sayılı TCK'nın 180/2. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlığın ise “*fail, hakkında takibat icra olunmazdan evvel*” gerçekleştirilmesi gerekiyordu. Bu hükümdeki “*takibat*” ifadesi “şikayetin verilmesi, savcılığın olaya elkoyması, soruşturmanın açılması, kovuşturma evresi veya kamu davası” gibi farklı yorumlara yol açıyordu. Bu koşulu, serbest bırakmanın “hazırlık soruşturmasına başlanmadan önce” gerçekleştirilmesi olarak kabul eden görüşe göre, etkin pişmanlık, kolluğun işe el koymasından önce gösterilmeliydi³⁴⁷. Öte yandan TCK'nın 180/2. maddesi, hazırlık soruşturması işleminin mutlaka fail hakkında olması biçiminde değil, olaya ilişkin olması olarak anlaşılmaktaydı³⁴⁸. Böylece, failin belirlenemediği hallerde başlamış olan soruşturmanın da, etkin pişmanlık süresini sınırlayacağı -yorum yoluyla- kabul edilmekteydi.

Yeni TCK'nın 110. maddesinde, etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi bakımından, serbest bırakmanın “*suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce*” gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilerek, bu aşamada failin belirlenmiş olmasının önemli olmadığı açıklığa kavuşturulmuştur. Hükümün gerekçesinde de, “soruşturma makamlarının işe el koymasından sonra” serbest bırakma hâlinde etkin pişmanlık hükmünden yararlanılamayacağı vurgulanmıştır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2/1-e maddesine göre soruşturma, “*kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi*” ifade etmektedir. Kanunda, suça ilişkin ihbar ve

³⁴⁵ Erem, Özel Hükümler, II, s.1900.

³⁴⁶ “Herhalde hüküm tarihi teslimin son tarihidir. Hüküm bozulursa, kesinleşecek olan son hüküm tarihi esas alınacaktır” (Malkoç, Genel Adap, s.435).

³⁴⁷ “... şikayetnamenin itası halinde takibat başlamış sayılır” (Majno, II, s.105); Çınar/Şahbaz, s.63-64; Tezcan/Erdem, s.28; Yargıtay “mağdur sanıklar tarafından alınıp götürüldükten sonra, aile bireylerinin şikayeti üzerine jandarmanın olaya el koyması nedeniyle, mağdurun serbest bırakılmasında bu hükmün uygulanamayacağı sonucuna varmıştı (Yar. 8. CD 16.12.1983 2650/2867, YKD Temmuz 1984, s.1121); 1412 sayılı CMUK açısından “... ‘başlangıç soruşturması’, savcı ile onun yardımcısı olan kolluğun suç işlendiği şüphesini veren bir hali öğrenerek ‘harekete geçmesi’ yani olayın aydınlatılması için ilk işlemi yapması ile başlar” (Kunter/Yenisey, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Bs, Beta, İstanbul 1998, s.729).

³⁴⁸ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.126-127.

şikâyetin Cumhuriyet savcılığına veya kolluk makamlarına yapılabileceği kabul edilmiştir (CMK 158/1). CMK'nın 158/2. maddesinde belirtilen diğer mercilere yapılan ihbar veya şikâyetin gecikmeksizin Cumhuriyet savcılığına gönderilmesi zorunludur. Cumhuriyet savcısı “bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez” soruşturma evresi başlar (CMK 160).

Kural olarak, soruşturmayı Cumhuriyet savcısı doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile yerine getirir (CMK 161/1). Bununla birlikte, “*Adli kolluk görevlileri, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeyle ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür*” (CMK 161/2). Böylece, kolluk görevlilerinin suça kendiliğinden elkoyma yetkisi ayrı olarak düzenlenmiştir.

Yenisey/Nuhoğlu'ya göre, 5271 sayılı CMK açısından soruşturma evresi, Cumhuriyet savcısının suç işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenmesi üzerine “harekete geçmesi” ve olayın aydınlatılması için ilk işlemi yapması ile başlar³⁴⁹. Suç ihbarı üzerine kolluk, olay yerine kendiliğinden intikal ederek, delillerin kaybolmaması için tedbir alabilir, fakat suça ilişkin araştırma yapmak için “derhal” Cumhuriyet savcısına bilgi vererek, emir aldıktan sonra adli araştırma yapabilir (CMK 161/2, PVSK Ek 6)³⁵⁰. Ünver/Hakeri'ye göre ise, soruşturma adli makamların bir işlem yapmaya başlamasıyla değil, suç iddiasının kolluk veya savcılıkça öğrenilmesiyle başlar³⁵¹.

TCK'nın 110. maddesindeki etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi bakımından, serbest bırakmanın Cumhuriyet savcısının ya da kolluğun suç şüphesini öğrenmesinden veya soruşturma makamlarının işe el koymasından önce gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır³⁵². Yargıtay

³⁴⁹ Yenisey/Nuhoğlu, s.567-568.

³⁵⁰ Bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s.572-573.

³⁵¹ Yener Ünver /Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, C.2, 6.bs, Adalet, Ankara 2012, s.5; aynı yönde, Özbek ve diğerleri, **Özel Hükümler**, s.435.

³⁵² Tezcan/Erdem/Önok, s.529; Soyaslan, **Özel Hükümler**, s.270; Üzülmüş, **Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma**, s.1204; Erhan Günay, **Yeni Türk Ceza Kanunundaki Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme**, Seçkin, Ankara 2006, s.35, 39; Gökcan, **Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma**, s.48.

kararlarında ise soruşturma evresinin, suç şüphesinin Cumhuriyet savcısı tarafından öğrenilmesi ile başlayacağı kabul edilmekte; öte yandan, suçun diğer yetkili merciler tarafından öğrenilmesi de yeterli görülmektedir³⁵³.

Kanımızca, CMK'nın 158-161 maddelerine göre, soruşturma Cumhuriyet savcısının suç şüphesini öğrenmesiyle veya kolluğun suça kendiliğinden elkoyma yetkisini kullanmasıyla başlar. Suç ihbarı ya da şikayetin kolluk makamlarına yapılmış olması, kolluğa kendiliğinden araştırma yapma yetkisini vermediği için, TCK'nın 110. maddesinin gerekçesinde belirtilen “soruşturma makamlarının işe el koyması” koşulu farklı şekilde gerçekleşmektedir³⁵⁴. Buna göre, kolluğun suça kendiliğinden işe elkoymadığı hallerde, gerek kolluk makamlarına gerekse CMK'nın 158/2. maddesinde belirtilen diğer mercilere (mahkeme, valilik, kaymakamlık, yurt dışında elçilik ve konsolosluk veya bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen suç nedeniyle ilgili kurum ve kuruluşlara) yapılan ihbar veya şikâyetin Cumhuriyet savcılığına bildirilmesine kadar, etkin pişmanlıktan yararlanılabilir. Bu koşullarda, diğer mercilere yapılan ihbar veya şikayet sonrasında etkin pişmanlık gösterilmesi mümkün olmakla birlikte, ihbar veya şikayetin serbest bırakmanın “kendiliğinden olması” koşuluna etkisi ayrıca değerlendirilmelidir.

Öte yandan, doktrinde, serbest bırakmanın “soruşturmaya başlanmadan önce, yani kesintisizlik soruşturmaya kesintiye uğratılmadan önce” gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir³⁵⁵. Gerçekten, özgürlükten yoksunluğun soruşturmaya (örneğin failin suçüstü yakalanması ve mağdurun kurtarılmasıyla) kesintiye uğraması halinde, fiile son verebilme iktidarını kaybetmiş olan fail etkin pişmanlıktan faydalanamaz. Ancak, “soruşturmanın başlaması” ile “işlenmekte olan

³⁵³ YCGK 17.10.2006 tarih ve 2006/165 - 2006/213; YCGK 08.12.2015, 2014/14-416 - 2015/499; YCGK 24.11.2015, 2014/14-799 - 2015/419.

³⁵⁴ “... katılanı kendileri ile birlikte gelmek istememesi üzerine serbest bırakarak ailesinin yanına götürmesi için tanık ..'a teslim ettikleri, tanığın sanıkların isteklerine uygun biçimde jandarma görevlileri gelmeden önce katılanı babasına teslim ettiği hususları birlikte gözetildiğinde sanıklar hakkında ... etkin pişmanlık hükmünün uygulanma şartlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir. ... İtirazın reddi yönünde oy kullanan üç Genel Kurul Üyesi; ‘somut olayda etkin pişmanlık soruşturmaya başlanmadan önce gerçekleşmiş olmakla birlikte çoğunluktan farklı olarak soruşturmanın Cumhuriyet savcısından önce kolluğa yapılan ihbar ve şikayetle de başlamış sayılması gerektiği’ yönünde görüş bildirmiştir” (YCGK 08.12.2015, 2014/14-710 - 2015/502).

³⁵⁵ Hafizoğulları/Özen, Özel Hükümler, s.193.

fiilin sona ermesi” daima aynı zamanda gerçekleşmeyeceği için, kanımızca her iki konu ayrı değerlendirilmelidir. Çünkü bu koşullardan birisinin gerçekleşmiş olması etkin pişmanlık gösterilmesine engel olmakta; artık diğer koşulların araştırılmasını gereksiz kılmaktadır. Gerçekten, soruşturmanın başlamasından sonra, (örneğin yakalanamayan fail tarafından) işlenmekte olan suçun kesintisizliği devam etse de, bu aşamadan sonra serbest bırakma hâlinde etkin pişmanlıktan söz edilemez.

3.3.2.3. Kendiliğinden Serbest Bırakma

Failin kendiliğinden (gönüllü, ihtiyariyle) harekete geçmesi, etkin pişmanlığın en önemli unsurudur³⁵⁶. Bu koşul, etkin pişmanlığın subjektif unsurunu oluşturur³⁵⁷. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunda etkin pişmanlıktan faydalanabilmek için, serbest bırakmanın “kendiliğinden” olması, hukukumuzda eskiden beri aranan bir koşuldur (765 s.TCK m.180/2, 432; 5237 s.TCK m.110).

765 sayılı TCK döneminde, “kendiliğinden” olmanın, bir dış zorlamanın etkisiyle değil, failin kendi ruhundan doğan pişmanlığı ifade etmesi dolayısıyla, “iradilikten” farklı olarak daha dar bir anlam taşıdığı öne sürülmüştür³⁵⁸. Bu nedenle, mağdurun serbest bırakılmasının iradi olması yeterli görülmemiş, failin bunu kendiliğinden (örneğin vicdan azabı veya acıma duygusu ile) istemiş olması aranmıştır³⁵⁹. Doktrindeki hâkim görüş ise, serbest bırakmanın, failin gerçek bir pişmanlığından kaynaklanmasını zorunlu görmemiştir³⁶⁰.

Yeni TCK’nın 110. maddesinde, serbest bırakmanın “kendiliğinden” olması, failin “iradi” ve “gönüllü” hareket etmesini ifade etmektedir³⁶¹. Etkin pişmanlığın “iradi” olması, gönüllü vazgeçmede olduğu gibi, serbestçe verilen bir kararın ürünü olarak suça devam etmek ile onu terk etmek arasında bir tercihin neticesi olmasını

³⁵⁶ Majno, II, s.105.

³⁵⁷ Baba, s.91-102.

³⁵⁸ Bkz. Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.125; İtalyan CK. 146. maddesinin Tetkik Komisyonunda Profesör Brusa, kendiliğinden (spontanement) sözcüğünün yerine, gönüllü (volontairement) denilmesini önermiş; gönüllülüğün sebebe dayanması bakımından, mağdurun rica ve yalvarmalarından etkilenecek serbest bırakan kimsenin kendiliğinden hareket etmiş olmayacağını savunmuştur. Ancak, bu öneri aşırı bulunarak eleştirilmiştir. Bkz. Majno, II, s.105.

³⁵⁹ Erem, Hürriyet ve Suç, s.71; Önder, Özel hükümler, s.39.

³⁶⁰ Pisapia, s.125.

³⁶¹ Baba, s.91.

ifade eder³⁶². Öte yandan, etkin pişmanlığın saiki veya ahlaki anlamda gerçek bir pişmanlığın sonucu olup olmadığı önem taşımaz³⁶³. Burada önemli olan, kişinin iç dünyasında gerçekten pişmanlık duyup duymaması değil, failin pişmanlığının hukuk düzenine (legalite'ye) dönüş iradesini ortaya koymasındır³⁶⁴.

Somut olayın özelliklerine göre, fail pişmanlığını sözle ifade etmese bile, etkin pişmanlığın olgularını ortaya koyuyorsa TCK'nın 110. maddesinden yararlanabilir³⁶⁵. Gerçekten, etkin pişmanlığın objektif koşullarının yerine getirilmiş olması, failin subjektif liyakatinin de bulunduğu karinedir. Hâkim, duruşma açılarak yapılması gereken bu değerlendirme sonucunda, failin etkin pişmanlığın objektif koşullarını, hukuken kabul edilemeyecek saiklerle yerine getirdiği kanaatine ulaşmışsa bunun gerekçelerini denetime elverişli bir şekilde göstermelidir³⁶⁶.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu işleyen failin sadece vicdan azabı, acıma gibi duygularla değil, cezalandırılma korkusuyla mağduru serbest bırakması durumunda da etkin pişmanlıktan yararlanılabilir³⁶⁷. Önemli olan, serbest bırakmanın dış etkenler tarafından zorlanmamış bir kararın ürünü olmasıdır³⁶⁸. Dolayısıyla, faile yönelik telkin, teşvik ya da yönlendirmeler, baskı ya da zorlama boyutuna ulaşmamışsa etkin pişmanlık söz konusu olabilir³⁶⁹. Buna göre, kaçırılan

³⁶² Bkz. Pisapia, s.125.

³⁶³ Erra, s. 698-702; krş. Soyaslan, Özel Hükümler, s.270.

³⁶⁴ Sözüer, Suça Teşebbüs, s.249.

³⁶⁵ Adalet Bakanlığı, Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, s.697.

³⁶⁶ Baba, s.99; YCGK, 24.01.2006, 2005/11-136 -2006/3.

³⁶⁷ Erem, II, 1900; **Erem**, İsviçre Kanununda olduğu gibi pişmanlığın saikine göre, ceza indiriminin hâkimin takdirine bırakılmasını savunmuştur. Bkz. Erem, Etkili Pişmanlık, s.88; TCK'nın 110. maddesi, ceza indiriminin belirlenmesinde hâkimin takdir hakkını kullanmasına engel değildir.

³⁶⁸ Bkz. Dönmezer/Erman, C.I, kn.573; Erra, s.707-708; Sözüer, Suça Teşebbüs, 248; Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s.120; Toroslu H., s.1193-1201; Özgenç, Genel Hükümler, s.510.

³⁶⁹ Baba, s.92; Uygulamada, mağdurenin ya da yakınlarının, evlenmeye rıza gösterdiklerini söyleyerek faili kandırmaları halinde, serbest iradenin bulunmadığını kabul eden kararlara (YCGK 7.3.1977, 5/30-94) rastlandığı gibi (Malkoç, Genel Adap, s.436); aksi yönde kararlar da bulunmaktadır (YCGK 11.1.1985, 312-85) (Bakıcı, Genel Adap, s.464); Bu konuda, somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerekmektedir. Yargıtay'ın yerinde bulmadığımız bir kararında "Sanığın kendisiyle evlenmek istemediğini söyleyen mağdure N.K.'ın boğazına bıçak dayayarak kolundan tutup sürüklediği, hakaret ve tehdit ederek yaklaşık bir saat alıkoyduğu, mağdurenin sanığa "tamam, istediğin olsun, aileni gönder, ben de seni istiyorum" diyerek kendisini bırakmasını istemesi üzerine sanığın mağdureyi serbest bıraktığı olayda; mağduredeki yaralanmanın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurunu oluşturacak nitelikte olması ve

kişinin ricası, yalvarması, ağlaması³⁷⁰ veya ikna etmesi sonucunda, fail serbest iradesiyle mağduru serbest bırakmışsa TCK'nın 110. maddesi uygulanabilecektir³⁷¹. Buna karşılık, failin suçu devam ettirmesine engel olabilecek tesadüf (örneğin suçta kullanılan aracın arızalanması) ya da failin iradesi üzerinde baskı oluşturan (cebir, tehdit, hile gibi) diğer dış etkenler nedeniyle mağdurun serbest bırakılması durumunda etkin pişmanlıktan söz edilemez. Yine, takipten kurtulmak amacıyla, yakalanma korkusuyla, mağduru artık saklamanın imkânsızlığı veya tehlikeli oluşu nedeniyle, faile para veya diğer şeyler vermek suretiyle serbest bırakma durumunda bu koşul gerçekleşmez³⁷². Zira amacının gerçekleşmeyeceğini anlayan failin mağduru serbest bırakması “kendiliğinden” değildir³⁷³. Ayrıca, etkin pişmanlığın herhangi bir karşılık sağlanarak yapılması ya da koşula bağlı tutulması kabul edilemez³⁷⁴.

Öte yandan, etkin pişmanlığın “kendiliğinden” olması, mağdurun mutlaka fail tarafından serbest bırakılması anlamına gelmemektedir. Bu koşulun, failin bizzat kendi çabasıyla veya failin iradesine uygun olarak üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesi mümkündür³⁷⁵.

3.3.2.4. Mağdurun Şahsına Zarar Vermemiş Olma

765 sayılı TCK'nın 180/2. maddesinde, failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için “*tasavvur ettiği maksada nail olmaksızın ve hürriyetinden mahrum edilen şahsa bir gûna zararı dokunmaksızın*” mağdurun serbest bırakılmış

sanığın, mağdurenin kendisiyle evlenmek istediğini söylemesine rağmen mağdureyi bırakmaması mümkün iken serbest bırakarak oradan ayrılması hususları birlikte gözetildiğinde, sanık hakkında TCK'nun 110. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün uygulanma şartlarının gerçekleştiği” (YCGK, 08.12.2015, 2014/14-416, 2015/499) sonucuna ulaşılmıştır. Katıldığımız görüşe göre, failin kandırıldığı bunun gibi hallerde serbest bırakmanın “kendiliğinden” gerçekleştiği söylenemez. Bkz. Erem, II, 1900; Ayrıca, dava konusu olayda, etkin pişmanlığın, fiil işlenirken veya işlendiği sırada “mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın” serbest bırakılmış olması koşulu da gerçekleşmemiştir.

³⁷⁰ Majno, II, s.105.

³⁷¹ Süheyl Donay, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Beta, İstanbul 2007, s.178.

³⁷² Erem, II s.1900-1901; Dönmezer, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, kn.225.

³⁷³ Önder, s.39; Artuk, Hürriyeti Tahdit, s.77.

³⁷⁴ Günay, s.41; Malkoç, Genel Adap, s.437.

³⁷⁵ Bkz. Erem, II, s.1901; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.460; Toroslu H., Gönüllü Vazgeçme, s.1191.

olması koşulu öngörülmüştür³⁷⁶. Burada, failin “tasarladığı amaca ulaşmamış” olması koşulu, özgürlükten yoksun bırakma fiilinin değil, bu suçla elde edilmek istenen nihai (maddi çıkar sağlama, öç alma, dini veya milli vb.) amacın gerçekleştirilmemiş olması olarak anlaşılyordu. Bunun yanı sıra, failin “özgürlüğünden yoksun bırakılan şahsa hiçbir zararının dokunmamış” olması, özgürlükten yoksun bırakma fiilinin zorunlu olarak içerdiği zararın dışında kalan, hafif veya ağır, herhangi bir maddi veya manevi zarar olarak kabul edilmekteydi³⁷⁷. Kanunda yer alan “şahsa” verilen zarar ifadesinin, aynı maddenin 1. fıkrasına atfen *mağdurun şahsına, sıhhatine veya malına zararı kapsadığını* kabul edenler³⁷⁸ olduğu gibi, mala verilen zararı içermediği de öne sürülmekteydi³⁷⁹. Ayrıca, 765 sayılı TCK’nın 432. maddesinde *şehvet hissi veya evlenme maksadıyla* işlenen kaçırma ve alıkoyma suçları açısından, “mağdura karşı hiçbir şehvî harekette bulunulmamış olması” koşuluna yer verilmişti³⁸⁰.

TCK’nın 110. maddesinde ise etkin pişmanlık, fiil işlenirken veya işlendiği sırada “mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın” serbest bırakılmış olması koşuluyla kabul edilmektedir. Doktrindeki hâkim görüşe göre, bu koşul, kişinin vücut dokunulmazlığının her türlü ihlalini kapsamakta ve onun bu açıdan herhangi

³⁷⁶ Erem, II, s. 1191-1192; Önder, Özel Hükümler, s.38-39.

³⁷⁷ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.127-128.

³⁷⁸ Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.128; Çınar/Şahbaz, s.64.

³⁷⁹ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan: **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Barış, İzmir 2000, s.28.

³⁸⁰ “Mağdur, üzerinde, şehvî harekette bulunduktan sonra maddede açıklanan suretlerle serbest bırakılmış ise, fail 432. maddede gösterilen faal nedametinin sonuçlarından yararlanamaz” (Dönmezer, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, kn.224); “Sanık olay gecesi sözlüsü mağdurenin evine zorla girerek onu silah tehdidi ile kaçırmak istediği, mağdurenin gitmek istememesi ve direnmesi üzerine tabancası ile müteaddit el ateş ederek onu karnından, femur üst ve orta nahiyyelerinden olmak üzere 3 yerinden 25 günde iyileşir, 15 gün iş ve gücünden bırakır derecede yaraladığı, kendisini sürükleyerek yola çıkarıp olay yerinden uzaklaştığı anlaşıldığına göre, sanığın etkili mesafeden tabancası ile müteaddit el ateş ederek mağdureyi ikisi femur üst ve orta nahiyyelerden olmak üzere 3 yerinden, özellikle hayati önem taşıyan karın bölgesinden yaralaması kendisinde öldürme kastının varlığını açıkça göstermiş olduğu halde ve bu suçun zorla kaçırma suçunu kolaylaştırmak ve işlemek için işlemiş olması gözönünde tutularak eylemine uygun düşen TCK.nun 450/7 ve 62. maddeler yerine 456/1, 457/1. maddelerle tecziyesi suretiyle suç vasfında hataya düşülmesi; sanık kaçırdığı mağdureyi hiç bir şehvi harekette bulunmaksızın kendiliğinden, ailesi tarafından alınması mümkün olan hastaneye getirip bıraktığına göre 429. madde ile hükmedilen cezanın 432. maddeye göre indirilmesi gerekir” (1. CD. 6.3.1984, 778/941, YKD. 1984-7/1009) bkz. Önder, Özel Hükümler, s.575. Birbirinden bağımsız olarak düzenlenmiş olan 765 sayılı TCK’nın 432 ve 180/2. maddelerinin uyumsuzluğu, bu kararda, hakkaniyete uygun olmayan bir uygulamaya yol açmıştır.

bir zarar görmemiş olmasını ifade etmektedir. Buna göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun mağdurun bedensel bütünlüğüne zarar vermemiş ve cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırının olmaması koşuluyla TCK'nın 110. maddesinin uygulanması mümkündür³⁸¹. Mağdurun şahsına verilen zarar, fiziksel olabileceği gibi, psikolojik bir zarar da olabilir. Özgürlüğü kısıtlanan herkesin psikolojik açıdan zarar görmüş olacağı göz önünde tutulduğunda, basit bir rahatsızlık veya korku duygusu yerine patolojik bir bulgunun aranması hükmün amacına daha uygun bulunmaktadır³⁸². Yine, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi bakımından, mağdurun cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırıda bulunulmaması koşuluyla etkin pişmanlık kabul edilmektedir³⁸³.

Yargıtay, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin aç, susuz ya da uykusuz bırakılmasını mağdurun şahsına zarar veren fiiller kapsamında değerlendirmesine rağmen, TCK'nın 109. maddesinin 2 ve 6. fıkralarına dayanarak, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun unsurunu oluşturan ve kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine ulaşmayan yaralanmanın etkin pişmanlığın uygulanmasına engel olmayacağını kabul etmektedir³⁸⁴. Buna karşılık

³⁸¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.373; Donay, s.178; Tezcan/Erdem/Önok, s.528; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.461.

³⁸² Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.435; Soyaslan, Özel Hükümler, s.270.

³⁸³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.373; Tezcan/Erdem/Önok, s.528; Donay, s.178; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.461.

³⁸⁴ "109. maddenin altıncı fıkrasının "bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır" hükmü göz önünde bulundurulduğunda, bu suçun işlenmesi amacıyla, işlendiği süreyle sınırlı bir zaman dilimi içerisinde ve eylemin gerçekleştirilmesi sırasında mağdurun, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurunu oluşturacak ve kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine ulaşmayacak şekilde yaralanması halinde, diğer şartların da varolması kaydıyla etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilecektir. ... Sanıkların cebir kullanarak, hürriyetinden yoksun kıldıkları mağdureyi henüz olay soruşturma makamlarına intikal etmeden kendiliklerinden evinin yakınına bıraktıkları, mağdurede meydana gelen basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekildeki yaralanmanın, suçun işlenmesi sırasında ve işlenen suçun doğal sonucu olarak oluştuğu, dolayısıyla sanıkların suçu işlerken ayrı bir eylemle mağdurenin şahsına zarar vermediklerinin anlaşılması karşısında, sanıklar hakkında TCK 110. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün uygulanma şartlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir" (YCGK, 24.11.2015, 2014/14-799, 2015/419); "Sanıkların hile ve cebir kullanarak, hürriyetinden yoksun kıldıkları mağdureyi henüz olay soruşturma makamlarına intikal etmeden, kendiliklerinden evine bıraktıkları, mağdurede meydana gelen basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekildeki yaralanmanın, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurunu oluşturacak nitelikte olması, dolayısıyla sanıkların suçu işlerken ayrı bir eylemle mağdurenin

diğer bir görüş, TCK'nın 86/2. maddesi kapsamında, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde etkili olan fiillerin etkin pişmanlıktan yararlanmaya engel olacağını kabul etmekle birlikte, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun zorunlu olarak belli bir miktar cebri gerekli kıldığını ve dolayısıyla TCK'nın 110. maddesinde öngörülen koşulun bu derecedeki cebirle sınırlanabileceğini öne sürmektedir³⁸⁵.

Kanımızca, etkin pişmanlık için öngörülen, failin “mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın” serbest bırakmış olması koşulu, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma ile kasten yaralama suçlarının içtima ilişkisini düzenleyen TCK'nın 109/6. maddesinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca Yargıtay'ın, kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak (m.86/2) derecede yaralanmayı, çok daha hafif sayılabilecek bedensel zararların aksine, mağdurun şahsına zarar verme kapsamında değerlendirmemiş olmasını çelişkili buluyoruz. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun gerek temel şekli gerekse -suçun cebirle işlenmesi dışındaki- nitelikli hallerinin, kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen herhangi bir hareketle (örneğin bulunulan yerin kapısı kilitlenerek veya hile, tehdit, silah ya da kamu görevinin sağladığı nüfuz ile) işlenebileceği açıktır. Dolayısıyla, suçun nitelikli halleri açısından etkin pişmanlığın, ancak TCK'nın 110. maddesindeki koşullarla bağdaştığı ölçüde uygulanabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun cebirle işlenmesi (m.109/2) durumunda, “cebir” unsuru, fiziksel şiddetin kullanımı (m.108) olarak anlaşıldığı için, kanımızca, bu nitelikli unsurun gerçekleşmesi halinde etkin pişmanlıktan söz edilemez.

şahsına zarar vermediklerinin anlaşılması karşısında, sanıklar hakkında TCK'nun 110. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün uygulama şartlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir” (YCGK, 08.12.2015, 2014/14-466, 2015/500).

³⁸⁵ “... suçun cebir kullanılarak işlenmesi durumunda basit müessir fiil oluşmakla birlikte vücutta bir yaralanma oluşmamışsa mağdurun şahsında bir zarar doğup doğmadığı tartışılmalıdır. Örneğin mağdurun kolundan ve ensesinden tutarak zorla otomobile bindirmek suretiyle kaçırılması fiilinde kullanılan cebir yaralama suçunu (m. 86) oluşturur boyutta ise de, mağdurun vücudunda bir yaralanma (darp cebir izi) oluşmadığına göre ‘şahsına zarar’ verilmediği düşünülmelidir. Buna karşın, mağdurun vücudunda fiilen bir yaralanma oluşmuş ve bu yaralanmanın derecesi basit tıbbi tedaviyle giderilebilir durumda ise artık şahsa zarar ögesi gerçekleşmiş sayılmalıdır” (Gökcan, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s.48); aynı yönde Baba, s.80.

Bu nedenlerle katıldığımız görüşe göre, etkin pişmanlık için, mağdurun şahsına zarar verilmemiş olması koşulunun aranması, kişinin vücut dokunulmazlığının “herhangi bir zarar görmemiş olmasını” ifade etmektedir³⁸⁶. Buna göre, mağdurun şahsına zarar verilmemiş olması koşulunun sınırını, yalnızca kişinin “hareket serbestisinin ortadan kaldırılmış olmasından” kaynaklanan zarar oluşturmaktadır. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun temel ve doğal sonucu (netice unsuru) olan bu zarar, etkin pişmanlığın uygulanmasına engel değildir. Bunun dışında kalan, etkin pişmanlığın uygulanma alanını genişleten diğer eğilimlerin, mağdurun vücut dokunulmazlığının korunmasını amaçlayan kanunun açık hükmü ile bağdaşmadığı kanısındayız.

Doktrinde, 765 sayılı TCK’da etkin pişmanlık için yer alan, “suçtan elde edilmek istenen amaca ulaşılmamış olması” koşulunun, yeni TCK’nın 110. maddesinde aranmamış olması eksiklik olarak değerlendirilmiş; buna göre, mağdura herhangi bir zarar vermemiş olan failin, amacına ulaştıktan sonra mağduru serbest bırakması durumunda da etkin pişmanlıktan yararlanabileceği belirtilmiştir³⁸⁷. Karşılaştırmalı hukukta, İspanyol CK.’nın 163/2. maddesinde, tasarladığı amaca ulaşmaksızın ilk üç gün içinde mağduru serbest bırakan failin cezanın alt sınırıyla cezalandırılması kabul edilmiştir. Fransız CK.’da, hapsedme ve alıkoyma suçları bakımından, yedinci günden önce etkin pişmanlık kabul edilirken; özgürlüğü kısıtlanan kişide, iradi olarak yol açılan veya alıkoyma koşullarından ya da tedaviden veya gıdadan yoksunluktan kaynaklanan fiziksel bütünlüğe zarar verilmesi (m.224-1, 224-2) veya mağdurun yaşının küçük olması (m.224-5) hükmün uygulanamayacağı haller olarak öngörülmüştür³⁸⁸. Ayrıca, suçun işlenmesini veya failin ya da suç ortağının kaçmasını kolaylaştırmak için, özellikle fidye ödenmesi gibi bir amaçla işlenmesi hallerinde söz konusu amaç ya da koşulun gerçekleşmemiş olması (m.224-4) gerekmektedir³⁸⁹. Alman CK’da “şantaj

³⁸⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s.373; Tezcan/Erdem/Önok, s.528; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.461; Yargıtay’ın bu yöndeki kararlarını doğru buluyoruz. Bkz. YCGK 26.04.2011, 2011/6-208, 2011/64; YCGK 05.06.2012, 2011/6-419, 2012/216.

³⁸⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s.528.

³⁸⁸ Mistretta, kn.42.

³⁸⁹ Bkz. Nouveau Code pénal, Paris, Dalloz, 2005, s. 414 vd.

amacıyla insan kaçırma” (§239a) ve “rehine alma” (§239b) suçları bakımından etkin pişmanlık, “istenen bedelden vazgeçme” koşuluna bağlı tutulmaktadır (§239a/4)³⁹⁰.

Katıldığımız görüşe göre, failin amacına ulaşamayacağını anlayarak mağduru serbest bırakması “kendiliğinden” olmadığı³⁹¹ gibi, nihai amacını gerçekleştirmiş olması nedeniyle serbest bırakması da etkin pişmanlığın subjektif koşulunu yerine getirmemektedir³⁹². Gerçekten, amacına ulaşmış olan ve artık yapacağı bir şey kalmayan failin çıkar sağlayarak ya da koşula bağlı olarak etkin pişmanlıktan yararlanması kabul edilemez³⁹³. TCK’nın 110. maddesinde, etkin pişmanlık için öngörülen subjektif koşul oluşmayacağı için, kanun koyucunun, ayrıca “failin tasarladığı amaca ulaşmamış” olması koşuluna bilinçli bir tercihle yer vermediği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, TCK’nın 110. maddesinin açık hükmü karşısında, mala verilen zarar etkin pişmanlığın uygulanmasına engel oluşturmamaktadır³⁹⁴. Bununla birlikte, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun, çoğunlukla araç suç olarak, başka suçları gerçekleştirmek amacıyla işlenmesi dolayısıyla, somut olayda (örneğin, bir taksi sürücüsünün yağmalamak amacıyla özgürlüğünden yoksun bırakılması durumunda) suçtan elde edilmek istenen amaca ulaşılmış ise, artık etkin pişmanlığın “kendiliğinden” olma koşulunun varlığından söz edilemez³⁹⁵.

TCK’nın 110. maddesinde, mağdurun şahsına zarar “dokunmaksızın” ifadesinin tercih edilmiş olması, zararın hem niteliği hem de ortaya çıkış biçimi açısından kapsamını belirlemektedir. Kanun, bu zararın kasten veya taksirle ortaya

³⁹⁰ Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu**, (Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük), 1. Bs., Beta, İstanbul 2009, s.314, 328.

³⁹¹ Önder, s.39; Artuk, Hüriyeti Tahdit, s.77.

³⁹² Tezcan/Erdem/Önok, (2007), s.359.

³⁹³ Günay, s.41; Malkoç, Genel Adap, s.437.

³⁹⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s.528; Donay, s.178; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.435.

³⁹⁵ “mağduru senedi imzalattıktan, diğer bir anlatımla amaçlarına ulaştıktan sonra serbest bırakan sanıkların, eylemlerinden dolayı pişmanlık duyduklarını gösterir bir kanıtın bulunmadığının dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, haklarında TCY’nın “etkin pişmanlık” başlığı altında düzenlenen 110. maddesinin uygulanması Yasanın ruhu ve amacına, suçla korunan hukuki değerlere, adalet ve hakkaniyet kurallarına da uygun düşmeyecektir” (YCGK 05.06.2012, YCGK 05.06.2012, 2011/6-419, 2012/216).

çıkması bakımından herhangi bir ayırım yapmamıştır³⁹⁶. Buna göre, suçun işlenmesi amacıyla veya işlendiği sırada, taksirle mağdurun yaralanmasına sebebiyet verilmesi, etkin pişmanlığa engel olmaktadır. Kanımızca, mağdurun özgürlükten yoksunluk koşullarından (örneğin, karanlık, nemli bir hücrede tutulma, elektrik kaçağından yangın çıkması, alıkonulma süresinin uzunluğu nedeniyle) ya da suça direnirken zarara uğraması da bu kapsamdadır³⁹⁷.

3.3.2.5. Mağduru Güvenli Bir Yerde Serbest Bırakma

765 sayılı TCK'nın 432. maddesine göre, *şehvet hissi veya evlenme maksadıyla* işlenen kaçırma ve alıkoyma suçları açısından etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için, “mağdurun kaçırıldığı eve veya ailesinin evine iade edilmesi ya da ailesi tarafından alınması mümkün olan güvenli bir yere getirilip serbest bırakılması” koşulunun gerçekleşmiş olması gerekiyordu. Kanun, bir yandan kaçırılan veya alıkonulan kişinin belirtilen yerlere getirilerek serbest bırakılmış olmasını aramış, diğer yandan mağdurun ailesi tarafından alınması mümkün olan güvenli diğer bir yere getirilip serbest bırakılmasını yeterli görmüştür³⁹⁸. 765 sayılı TCK'nın 180/2. maddesinde bu konuda açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, mağdurun serbest bırakıldığı yerin güvenli bir yer olması koşulu bu suç açısından da aranıyordu³⁹⁹.

Yeni TCK'nın 110. maddesinde, etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için mağdurun “güvenli bir yerde serbest bırakılmış olması” koşulu, sadeleşmiş ve aynı

³⁹⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s.528; Soyaslan, Özel Hükümler, s.270.

³⁹⁷ Yargıtay'ın yerinde bulmadığımız bir kararında “Sanık K. ile mağdurenin uzun süredir evli oldukları, mağdurenin aralarındaki anlaşmazlık nedeniyle babasının evine döndüğü, sanığın olay tarihinde amcasının oğulları olan diğer sanıklar ile birlikte mağdurenin babasının evine geldiği, o sırada evin önünde olan mağdureyi ortak yaşadıkları eve dönmesi için ikna etmeye çalıştığı, ikna olmaması üzerine onu kucaklayarak zorla arabaya bindirdiği, sanıkların mağdurenin araçtan inmesine engel oldukları, bu sırada mağdurenin kızgınlıkla eli ile vurarak aracın sağ arka camını kırdığı, ... sağ el beşinci parmağından yaralandığı ... yaralanmanın sanıkların eylemi sonucu olmadığı, mağdurenin kendi davranışından kaynaklandığı, nitekim mağdurenin açıkça sanıklar tarafından darp edilmediğini beyan ettiği, dolayısıyla sanıkların suçu işlerken mağdureye herhangi bir zarar vermediklerinin anlaşılması karşısında, haklarında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma şartlarının gerçekleştiği” (YCGK, 15.12.2015, 2014/14-629, 2015/515) sonucuna ulaşmıştır.

³⁹⁸ Dönmezer, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, kn.224, 225; Önder, Özel Hükümler, s.575.

³⁹⁹ Çınar/Şahbaz, s.63; Gülşen, Hürriyeti Tahdit, s.125.

zamanda kapsamlı olarak formüle edilmiştir. Bu koşul açısından failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için, mağduru bıraktığı yerin objektif bakımdan güvenli bir yer olması yeterlidir⁴⁰⁰. Mağdurun fiziksel ya da manevi olarak zarar görme olasılığının bulunmadığı bir yere bırakılmış olması, güvenli bir yerde olduğu anlamına gelir⁴⁰¹. Buna karşılık, mağdurun serbest bırakıldığı yer, onu yeni tehlikelere maruz bırakacak bir yer ise bu koşul yerine getirilmemiştir⁴⁰². Mağdurun ailesinin, yakın akrabalarının yanına veya köy muhtarına, karakola, hastaneye ya da benzeri yerlere bırakılmasının “güvenli”; öte yandan, kaçırılan mağdurun تنها bir yerde (yolda, ormanda) tek başına bırakılmasının ya da bir çocuğun genellikle kötü hayat süren kimselerin bulundukları yerlere bırakılmasının “güvenilir olmayan” yerler olduğu söylenebilir. Somut olayın ve tarafların kişisel özelliklerine göre, bu koşulun hâkim tarafından değerlendirilmesi gerekir⁴⁰³.

Mağdurun serbest bırakıldığı yer, örf âdete göre mağdur için güvenli bulunması gereken bir yer (örneğin dayısının evi) olduğu halde, burada mağdurun zarar görmesi (örneğin cinsel saldırıya uğraması), failin etkin pişmanlıktan yararlanmasına engel oluşturmaz. Ancak fail, mağdurun bırakıldığı yerde yaşayanlar ile ilişkileri bakımından, örf âdete göre güvenli olması gereken bu yerin mağdur için güvenli olmadığını biliyorsa, 110. madde uygulanmaz⁴⁰⁴.

Failin pişmanlığının hukuk düzenine (legalite'ye) dönüş iradesini ortaya koyması⁴⁰⁵, mağdurun “güvenli bir yerde serbest bırakılmış olması” koşulunun (failden beklenen pozitif edimin⁴⁰⁶) yerine getirilmesiyle gerçekleşmektedir. Zira failin pişmanlığının dış dünyaya yansıyan “etkin” bir yönü olmalı; suça aktif bir şekilde son verilmiş olmalıdır⁴⁰⁷. Mağdurun bizzat fail tarafından serbest bırakılması zorunlu değildir, onun adına ve ondan alınan yetkiyle başkaları

⁴⁰⁰ Dönmezer, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, kn.225; Erem, II, s.1901.

⁴⁰¹ Soyaslan, Özel Hükümler, s.270; Hafizoğulları/Özen, Hürriyete Karşı Suçlar, s.2727.

⁴⁰² Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.461.

⁴⁰³ Önder, Özel Hükümler, s.575; Tezcan/Erdem/Önok, s.529; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.461; Hafizoğulları/Özen, Hürriyete Karşı Suçlar, s.2727; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s.435.

⁴⁰⁴ Dönmezer, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, kn.225.

⁴⁰⁵ Sözüer, Suça Teşebbüs, s.249.

⁴⁰⁶ Baba, s.49.

⁴⁰⁷ Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, s.468.

tarafından da bu koşul yerine getirilebilir⁴⁰⁸. Bununla birlikte, mağdurun kaçmasına, serbest kalmasına veya başka bir kimse tarafından serbest bırakılmasına engel olmama biçimindeki “pasif” bir fiille suça devam etmekten kaçınma durumunda etkin pişmanlıktan yararlanılamaz⁴⁰⁹. Bu koşul, ancak failin bizzat kendi çabasıyla veya failin iradesine uygun olmak kaydıyla, üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilebilir⁴¹⁰. Failin iradesi dışındaki nedenlerle mağdurun serbest kalması halinde, mağdurun zaten 110. maddedeki koşullara uygun olarak serbest bırakılmak üzere olduğundan söz edilerek etkin pişmanlığın uygulanması kabul edilemez⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Bkz. Erem, II, s.1901.

⁴⁰⁹ Baba, s.49.

⁴¹⁰ Bkz. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.441; Toroslu H., Gönüllü Vazgeçme, s.1191.

⁴¹¹ Gödekli, s.329; “mağduru kavgaya karışmaması ve kimseye haber vermemesi için kapısını kilitlemeden bir odaya kapatıp “sesini çıkartma, buradan çıkarsan seni döverim” diyerek tehdit ettiği, ... mağdura herhangi bir zarar verme niyetinde olmadığı ve ... şahsına zarar vermeksizin serbest bırakacağı anlaşılan sanığın abisinin sonradan olay yerine gelip kavgayı ayırması üzerine ona engel de olmayarak mağdurun serbest kalmasını sağladığı, bu nedenle hakkında TCK’nun 110. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün uygulanma şartlarının gerçekleştiği” (YCGK, 08.12.2015, 2014/14-632, 2015/501); mağdureyi sanık B.’nin evine götürdükleri, ertesi gün mağdurenin yanına gelen kızkardeşi ile birlikte tutulduğu evden ayrıldığı, sanıkların engelleyici bir tavır sergilemedikleri, ... etkin pişmanlığı oluşturan davranışın bizzat fail tarafından gerçekleştirilmiş olması şart olmayıp, failin iradesine dayanan üçüncü kişinin hareketinin de bu hareketin yapılmasına fail tarafından neden olduğu sürece yeterli kabul edilmesi gerektiği” (YCGK, 15.12.2015, 2014/14-629, 2015/515) sonucuna ulaşılmıştır. Kanımızca, yukarıda belirtilen nedenlerle anılan kararlarda failerin “aktif” bir fiille ve “kendiliğinden” suça son verdiklerini söylemek mümkün değildir.

SONUÇ

İnsan hakları belgelerinden anayasalarımıza geçen evrensel ilkeye göre “herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahiptir”. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, insan haklarının sınıflandırılması açısından devletin ihlalden kaçınması gereken, bireyin dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizen, birinci kuşak haklardan (klasik insan haklarından) biridir. İnsan haklarının “yatay etkisi”, devletin, kişileri üçüncü kişilerden gelecek saldırıları önlemek ve yaptırıma bağlamak yükümlülüğünü de öngörmektedir.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu 5237 sayılı TCK'da “*bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma*” ifadesiyle tanımlanmıştır (m.109/1). Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu ile korunmak istenen hukuksal değer, kişinin iradesine göre, o anda kullanıp kullanmadığına bakılmaksızın sahip olduğu yer değiştirme ya da değiştirmeme özgürlüğüdür. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının doğuştan kazanılmış olma özelliğinin bir sonucu olarak, bu suçla bireyin hem güncel (aktüel) hem de gelecekteki (potansiyel) hareket serbestisi korunmaktadır. Bu bağlamda fiilin işlendiği sırada mağdurun hareket serbestisini kullanma imkânına sahip olup olmaması veya onu kullanmak isteyip istememesi önemli taşımaz. Suçun tanımında, mağdur olan kişide insan olmanın dışında herhangi bir özel nitelik aranmadığı için, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun temel şekli, mağdur bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin herkese karşı işlenebilen bir suçtur. Buna göre, yeni doğmuş bebeğin, akıl hastasının veya herhangi bir nedenle bilinci yerinde olmayan (uyku, alkol, uyuşturucu madde etkisindeki, kazaya uğramış veya bitkisel yaşamdaki) kişinin “hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak özgürlüğünden yoksun bırakılması” durumunda suçun tamamlanacağı kanısındayız.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun oluşması için kişinin hareket serbestisinin tamamen ortadan kaldırılması zorunlu değildir, bir kimsenin hareket serbestisinin sınırlanması yeterlidir. Bununla birlikte, kişinin hareket serbestisi kesintisizlik (temadi) oluşturabilecek -önemli sayılabilecek- (az ya da çok) bir süre kısıtlanmış olmalıdır. Zira zorunlu mütemadi suçlardan olan kişiyi özgürlüğünden

yoksun kılma suçu, süreklilik göstermeyen, anlık sayılabilecek hareketlerle oluşmaz. Hareket serbestîsinin kısıtlandığı sürenin suçun oluşması bakımından yeterli olup olmadığı konusu, somut olayın özelliklerine göre hakim tarafından değerlendirilmelidir.

TCK ile benimsenen amaçsal (final) hareket teorisine göre, insan davranışının belli bir amaca yönelik olarak gerçekleşmesi, ona fiil niteliğini kazandırır. Böylece neticenin ifade ettiği haksızlık üzerine kurulu suç teorisi yerine, hareketin ifade ettiği haksızlığa dayalı bir suç teorisi kabul edilmiş ve her suçta mutlaka bir netice vardır şeklindeki anlayış terk edilmiştir. Benimsediğimiz görüşe göre, mütemadi suçta devam eden netice değil, suçun yasal tanımında gösterilen harekettir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun tanımında gösterilen hareketin az da olsa bir süre devam etmesiyle suç tamamlanmakta ve böylece netice meydana gelmektedir. Suçun kesintisizlik özelliği, hem suçun tamamlanması aşamasında, hem de bu aşamadan sonra suçun sona ermesine (bitmesine) kadar devam etmektedir. Buna göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu, mağdurun iradesine uygun olarak hareket etmesinin *önemli sayılabilecek* bir süre kısıtlanmasıyla *tamamlanır*; mağdurun hareket serbestîsini tamamen kazandığı anda *biter*.

765 sayılı TCK döneminde kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun *neticesi harekete bitişik* bir suç olduğunu kabul eden baskın görüş, yeni TCK dönemindeki ayırım bakımından aynı doğrultuda *sırf hareket suçu* olarak nitelendirmektedir. Oysa kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun yasal tanımında, “kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakılması” suretiyle, suçla korunan hukuksal değer bir insan hareketiyle somut olarak sınırlandırılması biçiminde bir zararın ortaya çıkması aranmıştır. Katıldığımız görüşe göre, kişinin hareket etme özgürlüğünün ortadan kaldırılması sonuçsuz sayılamaz. Bu nedenlerle görüşümüz, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun *neticeli suç* olduğu yönündedir.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu, serbest hareketli, tek hareketli, icrai ya da ihmali hareketle işlenebilen, mütemadi (kesintisiz) suç özelliklerini taşımaktadır. Hukukumuzda kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun ihmali hareketle işlenebileceği kabul edilmekle birlikte, suçun yasal tanımında açıkça ihmali hareketin icrai harekete eş değer görüldüğü belirtilmemiştir. Buna karşılık,

kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunun sürekliliği icrai ve ihmali hareketlerden oluşan çeşitli karma hareketlerle gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun neticesini oluşturan fiilin hem icrai hem de ihmali hareketi kapsadığı kabul edilmektedir.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun manevi unsuru olarak, suçun yalnızca kasten işlenebileceği kabul edilmiştir. TCK'nın 109. maddesinde kastın türü açısından bir sınırlama bulunmadığından suçun olası kastla işlenmesi de mümkündür. Buna karşın katıldığımız görüşe göre, olası kast belirli bir sonuca yönelmiş olmadığından ve sorumluluk ancak ortaya çıkan netice ile belirlenebildiğinden, teorik olarak olası kastla kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuna teşebbüsün mümkün olmadığı kanısındayız.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun tanımında “hukuka aykırı olarak” ifadesinin özellikle vurgulanmış olması, suç tipindeki bir unsura değil suç tipinin bütününe ilişkin bir nitelendirme olduğundan, somut olayda failin bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı ve haksızlık bilincine sahip olup olmadığının araştırılmasına yöneliktir. Karşılaştırmalı hukuktaki değişimlerden hareketle, suçun tanımında yer alan “hukuka aykırı olarak” ifadesinin TCK'nın 109. maddesinden çıkartılmasının kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu bakımından yerinde olacağını düşünmekteyiz.

Hukuka uygunluk sebeplerinden biri olan ilgilinin rızası açısından rıza ehliyetinin belirlenmesi önem taşımaktadır. Ceza hukukunda rıza ehliyetinin belirlenmesi bakımından, kişinin her bir somut olayda, hukuki korumadan vazgeçtiği hakkına yönelen müdahalenin kapsamını, neticelerini, kendisi için taşıdığı riskleri, ruhen ve ahlaken anlama ve algılama yeteneğine sahip olup olmadığı değerlendirilmelidir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi halinde, kanun koyucunun cinsel suçlarda rıza ehliyeti açısından öngördüğü yaş sınırlamalarının burada uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle, kanun koyucunun yasal düzenleme yapmadığı bir konuda, yorum sınırlarının kıyasa yol açacak şekilde zorlanması yerine, TCK'nın 109. maddesine açık bir hüküm konulmasına ilişkin doktrindeki öneri bizce de yerindedir.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu oluşturan bir fiil Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen usul ve koşullarda bir koruma tedbiri olarak

icra edildiği takdirde, bir hukuka uygunluk sebebi olan görevin ifası söz konusu olmaktadır. AİHS'nin 5/1 maddesine göre özgürlükten yoksun bırakmanın “hukuka uygunluğu” için, özgürlüğün sınırlanması 5. maddesinin (a)-(f) bentleri arasında sayılan sebeplerden birine dayanmalıdır. AİHS'nin 5. maddesinde sıkça kullanılan *yakalama* ve *alıkoyma* terimleri Sözleşmede, temelde kişiyi özgürlüğünden yoksun kılmaya yönelik her tür tedbir olarak değerlendirilmektedir. AİHM kararlarına göre, özgürlükten yoksunluk kapalı bir yere hapsedilerek gerçekleştirilebileceği gibi, kişinin kapalı ya da açık bir alandan ayrılmasının engellenmesi biçiminde de olabilir.

Türk Ceza Kanunu'nda yaptırım olarak zorunlu tıbbi müdahalelere yer verilmektedir (TCK m.32/1, 32/2, 57/1-7, 191/2, 195). Bu durumda kişi özgürlüğünün kısıtlanması, kamu sağlığının korunmasına ilişkin bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadır. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'na göre, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle “toplum için tehlike oluşturan” ergin kişi, hâkim (vesayet makamı) kararıyla özgürlüğünden yoksun bırakılarak zorla tedavi altına alınabilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5/1-e. maddesinin uygulamasına ilişkin kararlar göz önünde tutulduğunda, TMK'nın 432-437. maddelerinde düzenlenen hukuka uygunluk sebepleri AİHS ile uyumlu bulunmaktadır.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunda “filin belli bir süreden daha kısa veya uzun bir süre devam etmesi” birçok ülke kanununda suçun cezasının indirilmesini ya da artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlendiği halde, hukukumuzda özgürlüğü sınırlama süresinin kısa ya da uzun olmasına önem verilmediği gözlemlenmektedir. 2000 TCKT'da (m.159/1) ve 2003 TCKT'da (m.161/1) özgürlükten yoksun kalınan sürenin bir haftayı aşması durumunda cezanın üçte bir oranında artırılması önerilmiş; ancak kanunlaşmamıştır. Özgürlükten yoksunluk süresinin uzaması mağduriyetin artmasında son derece etkili olduğu için, buna bağlı olarak cezanın azaltılması ya da artırılmasına yönelik bir yasal düzenleme yapılmasının hem suçla korunan hukuksal değerle hem de etkin pişmanlık kurumunun amacı ile uygunluk göstereceği kanısındayız.

TCK'daki cebir (m.108) ve tehdit (m.106) suçları, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu nitelikli hale getiren unsurlar olarak düzenlenmiş ve bileşik suç oluşturulmuştur. TCK'nın 86. maddesine göre kişiye acı veren veya kişinin sağlığını bozan ya da algılama yeteneğini etkileyen hareketler 108. madde kapsamında cebir olarak kabul edilmiştir. Böylece bu nitelikli unsurun kapsamının genişletilmesini sınırlandıracak biçimde açıklanması amaçlanmıştır. 109/6. maddesinde, “bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun TCK'nın 87. maddesindeki ağır neticelere yol açması durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır” düzenlemesine (gerçek içtima) yer verilerek, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunun nitelikli unsurunun gerçekleşebilmesi için zorunlu olan cebrin düzeyinin hangi durumda aşılmış sayılacağı konusu belirginleştirilmiştir.

TCK'nın 109/3-b. maddesinde, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, bu nitelikli unsurun ancak “suçun icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından birlikte” gerçekleştirilmesi (müşterek failliğin varlığı) halinde oluşacağı belirtilmiştir. Müşterek faillikte sorumluluğun esaslı bağıllık kuralına değil, fiil üzerinde müşterek katkı/hâkimiyet kurulmasına dayanmaktadır. Suçun icra hareketlerinin bir kişi tarafından gerçekleştirilmesine karşılık, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması hâlinde, bu failler açısından 109/3-b. maddesinde düzenlenen nitelikli unsurun uygulanamayacağı açıklanmıştır. Böylece, 765 sayılı TCK'nın aksine, faillerin iştirak statüleri bakımından ayırım yapılmıştır.

TCK'nın 109/3-f. maddesinde çocuğun fiilden daha çok etkilenebilecek olması ve onun korumasızlığı nedeniyle fiili işlemdeki kolaylık göz önünde tutularak kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun çocuğa karşı işlenmesi, cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık, çocuğun çocuğa karşı işlediği suç bakımından bu gerekçenin geçerli olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle TCK 109/3-f maddesinde, fiilin yalnızca “beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı” işlenmesine yer verilerek, her somut olayda mağdur çocuğun savunmasızlık durumunun mevcut olup olmadığının ayrıca araştırılmasını sağlayacak biçimde kanunun revize edilmesi gerekmektedir.

TCK'nın 109. maddesinin 5. fıkrasında, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun “cinsel amaçla” gerçekleştirilmesi cezada artırım yapılmasını gerektiren bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun “cinsel amaçla işlenmesi”, failin fiili ile ulaşmayı planladığı nihai hedefin, mağdurun cinsel özgürlüğüne ve dokunulmazlığına yönelmiş olmasını ifade etmektedir. Bize göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun evlenmek amacıyla işlenmesi halinde, mağdurun hem güncel hem de geleceğe yönelik cinsel özgürlüğünün ve dokunulmazlığının ihlali amaçlanmaktadır. Yine, eşler arasında da suçun “cinsel amaçla işlenmesi” mümkündür. TCK'nın 102/2 maddesinde eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunun düzenlenmiş olması, eşe karşı kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun da cinsel amaçla işlenebileceğini göstermektedir. Zira, evlenmek bir eşe diğer eşin cinsel özgürlüğü üzerinde sınırsız bir şekilde tasarruf etmek hakkı vermemektedir.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu ile ıçtima ilişkisi bulunan çeşitli suçların özellikleri dikkate alınarak TCK'da özel ıçtima hükümlerine yer verilmiştir. TCK'nın 109/5. maddesinde kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun “cinsel amaçla” işlenmiş olması suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş, ancak bu nitelikli unsur cinsel suçlarla ilişkilendirilmemiştir. Bu nedenle, cinsel suç ile kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma fiillerinin birbirinden ayrılabilirdiği (örneğin, kaçırılan kişiye cinsel saldırıda bulunulması gibi) olaylarda, gerçek ıçtima kuralı uyarınca, fail, hem TCK'nın 109/5. maddesinden hem de cinsel suçtan sorumlu tutulmaktadır. Oysa bu durumda failin hem cinsel amaca yönelik “tehlikeden” hem de ortaya çıkan “zarardan” ayrı ayrı sorumlu tutulması gereksizdir. Kanımızca, cinsel suç u gerçekleştirten failin “cinsel amaç” nedeniyle ikinci kez cezalandırılmasına yol açan bu normun -TCK'nın 109. maddesinin 5. fıkrası ile bazı cinsel suçlar arasında görünüşte ıçtima ilişkisi kurulması suretiyle- revize edilmesi yerinde olacaktır.

Mütemadi suçlarda, haksız tahrikin koşullarının varlığının “temadi” boyunca devam etmesine pek ender rastlanmakla birlikte, kural olarak haksız tahrikin kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu açısından uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır. Ancak, mütemadi suç TCK'nın 29. maddesindeki koşullarda başlamış olsa bile, bu koşullar kalkmış olmasına rağmen suça devam edilmesi

halinde failin haksız tahrikten yararlanması mümkün değildir. Kanunda, tahrik oluşturan fiiller açısından bir sınırlama bulunmamakla birlikte, bu suçun “alacağın tahsili amacıyla işlenmesi” halinde haksız tahrikin koşullarının varlığı açısından uygulamada çelişkili kararlara rastlanmaktadır. Yeni TCK’da, kendiliğinden hak alma suçuna yer verilmemiş; ancak bazı suçların (m.144/1-b, 150/1, 159/1, 211/1) “hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacı” ile işlenmesi, cezayı azaltan bir neden olarak öngörülmüştür. Kanımızca, yeni TCK’daki bu sınırlı düzenlemeler karşısında, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun “hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacı” ile işlenmesi, haksız tahrikin uygulanması için bir gerekçe olamaz. Tarihsel süreçte borç nedeniyle köleliğe karşı verilen mücadele sonucunda kabul edilmiş olan “borç için hapis yasağı ilkesi” günümüzde ulusalüstü belgelerde yerini almıştır. Devleti “*ihlal etmeme*” yükümlülüğü altına sokan bu ilkenin -insan haklarının “*yatay etkisinin*” bir sonucu olarak- bireyler arasındaki ilişkilerde ihlaline göz yumulması düşünülemez.

Hukukumuzda hakim görüş, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunu *sırf hareket suçu* ya da *neticesi harekete bitişik suç* olarak nitelendirmekte ve dolayısıyla, ancak suçun icra hareketlerinin kısımlara bölünebildiği istisnai durumlarda suça teşebbüs edilebileceği kabul edilmektedir. Benimsediğimiz görüşe göre, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu *neticeli bir suçtur*. Bu suç mağdurun iradesine uygun olarak hareket etmesinin *önemli sayılabilecek* (az ya da çok) bir süre kısıtlanmasıyla tamamlanır; mağdurun hareket serbestisini tamamen kazandığı anda biter. Suçun doğrudan doğruya icrasına başlanmış olmasından mütemadi suçun tamamlanmasına kadar geçen süre içerisinde, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçuna teşebbüs mümkündür. Ayrıca bizce, fiilin işlendiği sırada mağdurun hareket serbestisini kullanma imkânına sahip olup olmaması veya onu kullanmak isteyip istememesi önem taşımamaktadır. Bu nedenlerle, herhangi bir nedenle bilinci yerinde olmayan kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması durumunda -bilinci yerinde olmayan kişi uyanarak veya kendine gelerek fiili hissetmese bile- suçun tamamlanacağı kanısındayız.

Suçun tamamlanamaması failin elinde olmayan nedenlerden kaynaklanmışsa teşebbüs; aksine failin iradesiyle gerçekleşmişse gönüllü vazgeçme söz konusu olmaktadır. Yeni TCK’da, suça eksik teşebbüs - tam teşebbüs ayrımı kaldırılmış

(m.35) ve bu düzenleme doğrultusunda, gönüllü vazgeçme suçun icrası sürecindeki bütün aşamalarda mümkün hale getirilmiştir (m.36). Böylece, suça teşebbüs aşamasında gönüllü vazgeçme; suçun tamamlanmasından sonra ise etkin pişmanlık söz konusu olmaktadır.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun tamamlanmasından sonra ve henüz sona ermemiş olması koşuluyla etkin pişmanlık söz konusu olabilir. Suçun mütemadi olma niteliği, failin, fiilin icrasını hem iradi olarak devam ettirmek hem de sona erdirmek hususunda iktidarının bulunmasını gerektirmektedir. TCK'nın 110. maddesi uyarınca, suçun sona ermesi (bitmesi), etkin pişmanlık gösteren failin mağduru serbest bırakmasıyla gerçekleşmelidir. Kanun koyucunun “suç politikası” gerekçesiyle kabul ettiği etkin pişmanlık kurumu ile mağdurun serbest bırakılmasına suçlunun özendirilmesi amaçlanmıştır. Buna karşılık, yasal koşulların gerçekleştiği her halde etkin pişmanlığın zorunlu olarak uygulanması -örneğin özgürlükten yoksunluk ne kadar ağır koşullarda ve uzunlukta olursa olsun etkin pişmanlık gösterenin ödüllendirilmesi- mağdurun zararının artmasına (ikincil mağduriyete) yol açabilecektir. Kanımızca, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunda etkin pişmanlığın, belirli bir süre koşulu ile sınırlandırılması, hükmün konuluş amacına daha uygun olacaktır. Diğer çözüm yolu olarak TCK'nın 110. maddesindeki “indirilir” ifadesinin “indirilebilir” şeklinde revize edilmesi ve böylece somut olayın özelliklerine göre, fail hakkında etkin pişmanlığın uygulanıp uygulanmayacağı konusunda hâkime takdir yetkisi tanınması düşünülebilir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, İlhan : İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar, **AÜHFD**, C:52, 2003, S: 1.
- Akgündüz, Ahmed : **İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı**, C:1, Kamu Hukuku, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011.
- Akıllıoğlu, Tekin : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 4 Nolu Protokol 1. maddeye göre borç için hapis yasağı kuralı, **AİHS ve Anayasa m.38 f.8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu**, Aralık 2001. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2002.
- Akıllıoğlu, Tekin : **İnsan Hakları, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, 2. Bs., İmaj, Ankara 2010.
- Akın, İlhan F. : **Temel Hak ve Özgürlükler**, Fakülteler Matbaası, 3. Bs., İstanbul, 1971.
- Akyürek, Güçlü : İhmali Suçlar, **Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan**, 2014.
- Alacakaptan, Uğur : **Suçun Unsurları**, AÜHF, Sevinç, Ankara 1970.
- Alacakaptan, Uğur : **İşlenemez Suç**, Ankara (tarihsiz), (çevrimiçi) <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/800.pdf> (Erişim: 20.01.2019).

- Alp, Sedat : Hitit Kanunları Hakkında, **AÜDTCFD**, C: 5, S: 5, 1947.
- Armağan, Servet : **İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler**, 3.Bs., Ankara 1996.
- Arık, Feda Şamil : Eski Türk Ceza Hukukuna Dair Notlar– I. **AÜDTCFD**, C:17, S: 28, 1995.
- Arsal, Sadri Maksudi : **Hukukun Umumi Esasları- Hukukun Pozitif Felsefesi**, Ankara Hukuk Fakültesi, Ankara 1937.
- Arsal, Sadri Maksudi : **Umumi Hukuk Tarihi**, İstanbul Üniversitesi, Üçüncü Tabı, İstanbul 1948.
- Arslan, Çetin : **İhaleye Fesat Karıştırma Suçu**, Adalet, Ankara 2012.
- Arslan, Rıza : **Demokratik Yönetim Sistemleri, Parlamenter, Başkanlık, Yarı-Başkanlık ve Konkordanz Yönetim Sistemleri**, Dora, Bursa 2013.
- Artuk, M. Emin : Hürriyeti Tahdit Cürmü, in: **Halid Kemal Elbir’e Armağan**, İstanbul 1996.
- Artuk, M. Emin : Küçükleri Kaçırma veya Alıkoyma Cürmü (TCK m.182), in: **Prof.Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul 1998.
- Artuk, Mehmet Emin;
Gökçen,Ahmet; Yenidünya,
A.Caner : **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. Bs. Adalet, Ankara 2013.

- Artuk, Mehmet Emin;
Gökçen, Ahmet; Alşahin,
M. Emin; Çakır, Kerim : **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 17. Bs. Adalet, Ankara 2018.
- Artuk, Mehmet Emin;
Gökçen, Ahmet; Alşahin,
M. Emin; Çakır, Kerim : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bs. Adalet, Ankara 2017.
- Aydın, Devrim : **Türk Ceza Hukukunda İştirak**, Yetkin, Ankara 2009.
- Aydın, M.Akif : **Türk Hukuk Tarihi**, 8. Baskı, Beta, İstanbul 2010.
- Aydın, Öykü Didem : Ceza Hukuku'nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu, **TBBD**, S:53, 2004.
- Avcı, Mustafa : **Hukuk Tarihimizde Hapis**, TAAY, Ankara 2014.
- Baba, Yasemin : **Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık**, On iki Levha İstanbul 2013.
- Bakıcı, Sedat : **Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, Adalet, Ankara 1994.
- Bayraktar, Köksal : Faal Nedamet, **İÜHFM**, C: 33, S: 3-4, İstanbul 1968.
- Beccaria Cesare (Çev. Sami Selçuk) : **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, 3. Baskı, İmge, Ankara 2013.

- Bekar, Elif : **Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali**, Seçkin Ankara 2013.
- Bekar, Elif : **Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar**, İstanbul Arşivi, On İki Levha, İstanbul 2017.
- Bozdoğan-Akbulut, Berrin : Kaçırma ve Alıkoyma Suçları, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milenyum Armağanı**, C. 8, S. 1-2, Konya 2000.
- Cin, Halil; Akgündüz, Ahmet : **Türk İslâm Hukuk Tarihi**, C.2, İstanbul, 1990.
- Cihan, Erol : **Cebir Kullanma Cürmü** (TCK m. 188), İstanbul 1978.
- Cihan, Erol : Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit)”, **İÜHFM**, C.XLI, S. 1-2, 1975, s. 47 vd.
- Cihan, Erol : Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Açısından Kişi ve Mala Karşı Cürümlerin 50 Yılı ve Geleceği, **İHÜFM** 42. 1-4, 2011.
- Centel, Nur : Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın, **Polis Dergisi**, S.44, 2005.
- Centel, Nur : İhmali Davranışla Kasten Öldürme ve Yaralama Suçları, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.III, **Prof.Dr.Köksal Bayraktar’a Armağan**, (Ed. Prof. Dr. Dr. Eric Higendorf/Prof. Dr. Yener Ünver), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2010.

- Centel, Nur : 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Şantaj Suçu, YÜHFD, **Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan**, C.IX, S.2, Y.2012.
- Centel, Nur : 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, **TBBD**, S: 99, 2012.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide; Çakmut, Özlem : **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10.Bs. Beta, İstanbul 2017.
- Clapham, Andrew, (Çev: Hakan Gür) : **İnsan Hakları**, Dost, Ankara 2010.
- Çağlayan, M. Muhtar : **Türk Ceza Kanunu**, 3. Bs., C.II, Yetkin, Ankara (tarihsiz).
- Çakmut, Özlem Yenerer : **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, İstanbul 2003.
- Çınar, Ali Rıza; Şahbaz, İbrahim : Memurlar Tarafından İşlenen Özgürlükten Yoksun Bırakma Suç, **ABD**, S:1, 1996.
- Çınar, Ali Rıza : **Tehdit Suçu**, Ankara 2002.
- Değirmenci, Olgun : Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa, **TAAD**, Temmuz 2012.
- Değirmenci, Olgun : Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, **TBBD**, 2014/110.

- Demir, Esra : İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm, **MÜHF-HAD**, C.14, S: 3, 2008.
- Demirbaş, Timur : **Türk Ceza Kanununda Özel Haksız Tahrik Halleri**, İstanbul 1985.
- Demirbaş, Timur : **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1992.
- Demirbaş, Timur : Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması, in:**Hayri Domaniç’e Armağan**, İstanbul 1995.
- Demirbaş, Timur : **İnfaz Hukuku**, 2.Baskı, Seçkin, Ankara 2008.
- Demirbaş, Timur : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin, Ankara 2018.
- Demirbaş, Timur : **Haksız Tahrik**, Seçkin, Ankara 2016.
- Demirel, Muhammed : **Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, İstanbul Arşivi, On İki Levha, İstanbul 2014.
- Demirel, Muhammed : **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, İstanbul Arşivi, On İki Levha, İstanbul 2017.
- Demren Dönmez, Burcu : Türk Ceza Kanununda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı, **TBBD**, S: 94, 2011.

- Demren Dönmez, Burcu : Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik, **Prof.Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan**, C: I, İÜHFM, C: LXXI, 2013/1, İstanbul 2013.
- Devrim, Aydın : **Türk Ceza Hukukunda İştirak**, Yetkin, Ankara 2009.
- Doğan, Koray : Doğan, Tehlike Suçu İle Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimai Sorunu, **TAAD**, Y: 5, S: 16, Ocak 2014.
- Doğan, Koray : Elverişsiz Teşebbüs ve Ters Tipiklik Hatası, **Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan C.I**, Beta, İstanbul 2014.
- Doğan, Koray : **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, Adalet, Ankara 2015.
- Süheyl Donay, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Beta, İstanbul 2007.
- Donnelly, Jack (Çev.
Mustafa Erdoğan; Levent
Korkut) : **Teoride ve Uygulamada Evrensel insan Hakları**, Yetkin, Ankara 1995.
- Dönmezer, Sulhi : **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar**, 4. Bası, İstanbul 1975.
- Dönmezer, Sulhi : **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.I, 11. Bs, Beta İstanbul 1999.

- Dönmezer, Sulhi : **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 16. Bası, Beta, İstanbul 2001.
- Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir : Siyasal İklim, Bilimlerin Durumu ve Ceza Hukuku, **İÜSBFD** Y: 3, S: 3-5, 2012.
- Dursun, İsmail : Hürriyeti Tahdit Suçu, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1999.
- Dursun, Selman : Mağdurun Suça Yol Açması, **İÜHFM**, C: LXI, 2003.
- Dursun, Selman : Türk Ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, **GÜHFD**, C: XVIII, S: 2, 2014.
- Dursun, Selman : Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış, **CHD**, Y: 9, S: 24, Nisan 2014.
- Dursun, Selman; Bozbayındır, Ali Emrah : Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi, **İÜHFM**, C: LXXIII, S: 1, 2015.
- Ekici Şahin, Meral : **Ceza Hukukunda Rıza**, On İki Levha, 1.Bs. İstanbul 2012.
- Erdem, Mustafa Ruhan : Türk Ceza Kanunu'nda Silah, **GÜHFD**, c.VIII, S:1-2, 2003.

- Erdem, Mustafa Ruhan : Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar, **Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu** (Editör: Bahri Öztürk), Seçkin, 2009.
- Erdoğan, Mustafa : **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion, Ankara 2012.
- Erem, Faruk : **Hürriyet ve Suç**, Ankara 1952.
- Erem, Faruk : **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, C.2, Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara 1985.
- Erem, Faruk : Etkili Pişmanlık, **Ankara Barosu Dergisi**, 1990
- Erem, Faruk : Suç Faillerinin Sayısı, **YD**, S: 1-2, Ocak-Nisan 1991.
- Erem, Faruk : **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, C.II, Ankara 1993.
- Erem, Faruk; Danışman, Ahmet; Artuk, Mehmet Emin : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 14.Baskı, 1997.
- Erkan, Vehbi Umut; Yüceer, İpek : Ayırt Etme Gücü, **AÜHFD**, C: 60, S: 3, y.2012, s.485-522.
- Erman, Barış : **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu**, Ankara 2003.

- Erman, Barış : Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, İstanbul 2006.
- Erman, Sahir : Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur, **Siyasal Bilimler Okulu Dergisi**, C. 2, Ankara 1947.
- Erra Carlo (Çev. Sahir Erman) : Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme, **İÜHFM**, C: X, S: 3-4, İstanbul 1944.
- Erol, Haydar : **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, C.II, t.y.
- Ersan, Aykut : **Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması**, On İki Levha, İstanbul 2013.
- Evik,Vesile Sonay : **Suçta İştirakte Yardım Edenin Sorumluluğu**, 2.Bs. On iki Levha, İstanbul 2011.
- Feyzioğlu, Metin : Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu, **AÜHFD**, C: 44, S:1-4, 1995.
- Frisch, Wolfgang (Çev. Hakan Hakeri) :Hukuk Devleti Ceza Hukukunda Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, Konya 1998.

- Gemalmaz, H. Burak : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, Legal, İstanbul 2005.
- Gemalmaz, M. Semih : Ulusal Yüksek Yargı Yerleri Kararlarında Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgelerinin Kavranış ve Kullanılışı, **Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı**, İmaj, Ankara 2006.
- Gemalmaz, M. Semih : **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. Baskı, Legal, İstanbul 2010.
- Gropp, Walter (Çev.: Faruk Turhan) : Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Öntasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, Konya 1998.
- Gödekli, Mehmet : Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık, **TAAD**, S: 29, Ocak 2017.
- Gökcan, Hasan Tahsin : Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, **Yargıtay Dergisi**, C.39, S.3, Ankara 2013.
- Gökcan, Hasan Tahsin : **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2014.
- Gökcan, H.Tahsin; Artuç, Mustafa : **Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri**, Adalet, 4. Baskı, Ankara 2016.

- Gökçen, Ahmet : **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul 1989.
- Gökçen, Ahmet : Hürriyete Karşı Suçlar, (Çevrimiçi) www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc s.8 (Erişim: 20.01.2019)
- Göktürk, Neslihan : **Fikri İctima (Suçların İctimai)**, Adalet, Ankara 2013.
- Göktürk, Neslihan : Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği, **CHD**, S: 26, 2014.
- Göktürk, Neslihan : Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte Midir?, **CHD**, S: 27, 2015.
- Göktürk, Neslihan : Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon, **İnönü ÜHFD**, C.7, S:1, 2016.
- Göktürk, Neslihan : **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Seçkin, Ankara 2016.
- Gölcüklü, Feyyaz : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, **AÜSBFD**, C.49, S.3, 1994.
- Gözler, Kemal : **Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş**, 6.bs., Ekin, Bursa 2013.
- Bozkurt, Gülnihal : **Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik**, AÜHFD, C.38, S.1-4, 1983.
- Gülşen, Recep : **Hürriyeti Tahdit Suçları (TCK. m.179-187)**, Adalet, Ankara 2002.

- Gülşen Recep : Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m.234), İÜHFM, C: LXX1, S: 1, (**Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan**), C:1, 2013.
- Günay Erhan : **Yeni Türk Ceza Kanunundaki Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme**, Seçkin, Ankara 2006.
- Gündel, Ahmet : **5237 sayılı TCK'da Cinsel Saldırı Cinsel İstismar**, Seçkin, Ankara 2009.
- Güriz, Adnan : İrade Hürriyeti, **AÜHFD**, Y.965-66, C.22-23
- Hafizoğulları, Zeki : Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma, **AÜHFD**, C: XXVIII, S.1-4, 1971.
- Hafizoğulları, Zeki : Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu, (Çevrimiçi) <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/cinsel-suclar.html>, (Erişim: 20.01.2019).
- Hafizoğulları, Zeki; Özen, Muharrem : Hürriyete Karşı Suçlar, **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan**, C. II, Turhan, Ankara 2010.
- Hafizoğulları, Zeki; Özen, Muharrem : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11.Baskı, US-A, Ankara 2018.
- Hafizoğulları, Zeki; Özen, Muharrem : **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3.Baskı, US-A, Ankara 2013.
- Hakeri, Hakan : **Kasten Öldürme Suçları**, Ankara, 2006.

- Hakeri, Hakan : İhmali Suçlar, **CHD**, C.2, S.4, Ağustos 2007.
- Hakeri, Hakan : **Tıp Hukuku**, Ankara 2012.
- Hakeri, Hakan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17.Bs, Adalet, Ankara 2014.
- Harris, David; O'Boyle,
Michael; Bates, Ed;
Buckley, Carla; Warbrick,
Colin; Kilkelly, Ursula;
Cumper, Peter; Arai,
Yutaka; Lardy, Heather : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, (Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, 2009) Avrupa Konseyi, 2013.
- Heinrich, Bernd : (Editör:
Ünver, Yener); (Çev:
Hakeri, Hakan; Ünver,
Yener; Özbek, Veli Özer;
Çakmut, Özlem Yenerer;
Erman, Barış; Doğan,
Koray; Atladı, Ramazan
Barış; Bacaksız, Pınar; İlker
Tepe : **Ceza Hukuku Genel Kısım**, C. I-II, 1.bs., Adalet, Ankara 2014.
- Hirş, Ernest : **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi** (Güncel Dile Uyarlayan: Selçuk, (Baran) Veziroğlu), BTHAE, 2. Bs., Ankara 1996.

Hirsch, Hans Joachim; Köln
ve Halle (Çev. Yener
Ünver)

: Kusur İlkesi ve Ceza Hukukundaki Fonksiyonu,
Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler,
Konya 1998.

Honig, Richard (Çev.
Şemseddin Talip)

: **Roma Hukuku**, İstanbul Üniversitesi İkinci Tabı,
İstanbul 1938.

İçel, Kayıhan

: **Suçların İçtimalı**, İstanbul 1972.

İçel, Kayıhan; Yenisey,
Feridun:

: **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, 4.
Bs, Beta, İstanbul 1994.

İçel Kayıhan; Sokullu –
Akıncı Füsün; Özgenç
İzzet/ Sözüer Âdem;
Mahmutoğlu Fatih Selami;
Ünver Yener

: **Suç Teorisi. (Suç Kavramına İlişkin Genel
Bilgiler, Suçun Yapısal Unsurları, Suçun Özel
Oluşum Biçimleri**, 2. Kitap), 3. Bs, İstanbul, 2004.

İçel, Kayıhan

: Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk
Ceza Kanunu, **İTÜSBD**, Y: 7, S: 14, 2008.

İçel, Kayıhan

: **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bs., Beta,
İstanbul 2014.

İlal, Ersan

: Magna Carta, (Çevrimiçi) <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmecnua/article/viewFile/4330/3924> (Erişim: 20.01.2019).

İnceoğlu, Sibel; Boyar,
Oya; Karan Ulaş; Akbulut,
Olgun; Arslan Öncü, Gülay;
Tokuzlu, Lami Bertan

: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Editör Sibel İnceoğlu), Avrupa Konseyi, 1.Bs, Şen Matbaa, Ankara 2013.

İzveren, Adil

: **Hukuk Felsefesi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, 1988.

Jenks, Edward (Çev. Mukbil Özyörük) :

İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/245/2175.pdf> (Erişim: 20.01.2019).

Jescheck, Hans-Hieinrich
(Çev. Adem Sözüer)

: 1989 TCK Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, Konya 1998.

Jeze, Gaston (Çev. Mukbil Özyörük)

: Ferdi Hürriyetler, **AÜHFM**, C: III, S: 1, 1946.

Kaboğlu, İbrahim Ö.

: **Kollektif Özgürlükler**, Diyarbakır 1989.

Kaboğlu, İbrahim, Ö.

: **Özgürlükler Hukuku**, İstanbul 1999.

Kaboğlu, İbrahim, Ö.

: **Özgürlükler Hukuku 1, İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, 7. bs., İmge, Ankara 2013.

Kafes, Veli

: Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi, **AÜHFD**, 60 (1) 2011.

- Kanbur, Mehmet Nihat : Türk Ceza Kanununda Mevcut Hükümler Çerçevesinde İhmal Suretiyle İcra Suçlarına İlişkin Sorunlar Üzerine Değerlendirmeler, **CHD**, Y:7, S:18, Nisan 2012.
- Kanbur, Mehmet Nihat : Kendiliğinden Hak Alma Fiillerinin Yeni Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi, **CHD**, Y.1, S.2, Aralık 2016.
- Kangal, Zeynel T. : **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Seçkin, Ankara 2010.
- Kangal, Zeynel T. : Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, **EÜHFD**, C.XIV, S.3-4, 2010.
- Kalabalık, Halil : **İnsan Hakları Hukuku**, Seçkin, Ankara 2009.
- Kapani, Münici : **Kamu Hürriyetleri**, 7. bs., Yetkin, Ankara 1993.
- Karakehya Hakan : **İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast**, Savaş, Ankara 2010.
- Katoğlu, Tuğrul : Mütemadi Suç, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara Üniversitesi Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, 1996.
- Katoğlu, Tuğrul : Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs, **Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan**, C.I, Ankara 2015.

Keyman, Selahattin : Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket, **AÜHFD**, C: XL, 1988/1-4.

King, Edward; Hawley, Joseph (Çev. İlhan Lütem) : İngiliz (Common Law)'unun Gelişmesi, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1959-16-01-04/AUHF-1959-16-01-04-King-awley.pdf> (Erişim: 20.01.2019).

Koca, Mahmut : **Yağma Cürümleri**, Seçkin, Ankara 2003.

Koca, Mahmut : 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu, **Legal Hukuk Dergisi**, Y: 3, Ağustos 2005/32.

Koca, Mahmut : Fikrî İhtima, **CHD**, Y: 2, S.4, Ağustos 2007.

Koca, Mahmut; Üzülmaz, İlhan : Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması (TCK. m.27), **EÜHFD**, C.11, S.1-2, 2007.

Koca, Mahmut : Ceza Hukukunda Hata, **3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi**, (Editör: Bahri Öztürk), Ankara 2009.

Koca, Mahmut : Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi, **CHKD**, C: 3, S: 2, 2015.

Koca, Mahmut; Üzülmaz, İlhan : **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5.Baskı, Adalet, Ankara 2018.

Koca, Mahmut; Üzülmaz, İlhan : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11.Baskı, Seçkin, Ankara 2018.

- Kunter, Nurullah : **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İstanbul 1949.
- Kunter, Nurullah : **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi** (Hareket-Netice-Sebebiyet Alâkası), İstanbul 1954.
- Kunter, Nurullah; Yenisey, Feridun : **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta, İstanbul 1998.
- Kunter, Nurullah; Yenisey, Feridun; Nuhoglu, Ayşe : **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta, 15. Bs, İstanbul 2010.
- Kuzu, Burhan : **Ülkemizde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği**, Filiz, İstanbul 1997.
- Macovei, Monica : **Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Birinci Baskı, Council of Europe, 2002.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami : 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, **Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi**, Y: 2, S: 5, 2005.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami; Karadeniz, Serra : **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, 1.Bs, Beta, İstanbul 2017.
- Majno : **Ceza Kanunu Şerhi**, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C.II, Yargıtay, Ankara 1974.

- Maliki, Abdurrahman : **İslâm Hukukunda Ceza**, 1.bs., 2002.
- Malkoç, İsmail : **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, Turhan, Ankara 2001.
- Marwald, Manfred (Çev. Cumhuriyet Şahin) : **İcraî ve İhmalî Davranış - Bir Başkası İçin Hareket Etmek, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, Konya 1998.
- Mistretta, Patrick : Enlèvement et séquestration, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, http://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/PEN/RUB000122&FromId=ENCYCLOPEDIES_PEN. (Erişim: 20.01.2019).
- Montesquieu (Çev. Fehmi Baldaş) : **Kanunların Ruhu Üzerine (De l'Esprit des Lois)**, Hiper Link, İstanbul (tarihsiz).
- Mumcu, Ahmet; Küzeci, Elif : **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, 6.Bs., Turhan, Ankara 2012.
- Nouveau Code pénal, Paris, **Dalloz**, 2005.
- Nuhoğlu, Ayşe : **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, Beta, İstanbul 2009.
- Oğuzman, Kemal; Seliçi, Özer; Oktay- Özdemir, Saibe : **Kişiler Hukuku**, 10. bs., İstanbul, Filiz, 2010.
- Okandan, Recai Galip : **Umumi Hukuk Tarihi Dersleri**, İstanbul 1951.

- Okandan, Recai Galip : **Umumi Amme Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968.
- Okandan, Recai Galip : Hamurabi Mecellesi, **İÜHFM**, C.17, S.1-2, 1951.
- Okuyucu-Ergün, Güneş : **Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu**, Çakmak, Ankara 2008.
- Ozansü, Mehmet Cemil : **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk**, 1.Bs, Seçkin, Ankara 2007.
- Öğütçü, Muhlis : Doğal Hukuk Ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar, **Prof.Dr.İrfan Baştuğ Anısına Armağan**, DEÜHFD, c.7, Özel Sayı 2005.
- Öktem, M. Niyazi : **Özgürlük Sorunu ve Hukuk**, S. Garan Matbaası, İstanbul 1977.
- Önder, Ayhan : Mütemadi Suç, **İHFM**, C: XXIX, S: 1-2, İstanbul 1963.
- Önder, Ayhan : **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, İstanbul, 1994.
- Önder, Ayhan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. II-III, İstanbul 1992.
- Önder, Ayhan : **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz, İstanbul 1992.
- Önder, Ayhan : **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4.Bs. Filiz, İstanbul 1994.

- Özbek, Veli Özer : Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, **CHD**, Y: 2, S: 4, 2007.
- Özbek, Veli Özer : Türk Ceza Kanununda Hata (m.30), **CHD**, Y: 3 S: 7, 2008
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray : Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği, **DEÜHFD**, C.9, S.2, 2007.
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; Tepe, İlker : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9.Bs, Seçkin, Ankara 2018.
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; Tepe, İlker : **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13.Bs, Seçkin, Ankara 2018.
- Özek, Çetin : Türk Ceza Kanununa göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri, **İÜHFM**, C: XXIX, S: 4, 1963.
- Özek, Çetin : Siyasi Hürriyet Aleyhinde Cürümler, **İÜHFM**, C: 41, S: 1-2, 1975.
- Özen, Muharrem : **Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma**, Seçkin, Ankara 1995.
- Özen, Muharrem; Tozman, Önder : Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, **AİD**, C: 42, S: 4, Aralık 2009.

- Özenbaş, Nazmiye : **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası**, Ankara 2012.
- Özgenç, İzzet : Tüzel Kişinin Sorumluluk Ehliyeti, Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Düşünceler, **Reha Poroy'a Armağan**, 1995.
- Özgenç, İzzet : **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İstanbul 1996.
- Özgenç, İzzet : Kast-Taksir Kombinasyonları, SÜHFD, **Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan**, C: 6, S: 1-2, 1998.
- Özgenç, İzzet : **Zimmet Suçu**, Ankara 2009.
- Özgenç, İzzet : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bs, Seçkin, Ankara 2018.
- Öztan, Bilge : **Medeni Hukuk'un Temel Kavramları**, 35. Bs. Turhan, Ankara 2011.
- Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa Ruhan : **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 18. Bs. Seçkin, Ankara 2018.
- Pisapia, Gian Domenico (Çev. Atıf Akgüç) : **İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım**, Padova 1965, Adalet Bakanlığı, Ankara 1971.
- Selçuk, Sami : **Dolandırıcılık** (Evrimi- Suç Genel Kuramı İçindeki Yeri), İstanbul 1982.

- Selçuk, Sami : İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı, **Y.D.**, C: 23, S:1-2, Ocak-Nisan 1997.
- Savaş, Vural;
- Mollamahmutoğlu, Sadık : Türk Ceza Kanunun Yorumu, C.II, Ankara 1995.
- Schroeder, Friedrich -
Christian (Çev. İzzet
Özgenç) : Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, Konya 1998.
- Sokullu-Akıncı, Füsün : **Viktimoloji (Mağdurbilim)**, 3.Bs., Beta, İstanbul 2016.
- Soyaslan, Doğan : **Teşebbüs Suçu**, Kazancı, Ankara, 1994.
- Soyaslan, Doğan : **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 11.Bs. Yetkin, Ankara 2016.
- Soyaslan, Doğan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7.Bs. Yetkin, Ankara 2016.
- Soysal, Mümtaz : **Anayasaya Giriş**, AÜSBF, Ankara 1968.
- Sözüer, Adem : Tehdit Suçu, **İÜHFM**, C. LIV, S. 1-4, 1991-1994.
- Sözüer, Adem : **Suçta Teşebbüs**, Kazancı Hukuk, İstanbul 1994.
- Sözüer, Adem : Hukuki Hata, **YD**, C: 21, S.1-2, 1995.

Sözüer, Adem : Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu, **AYD**, 2001.

Sözüer, Adem : Suç Politikası İlkeleri Bağlamında Türk Ceza Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, **Türk Ceza Kanunu Reformu 1: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004.

Sözüer, Adem : Türk Ceza Hukuku'nda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S: 6, Mayıs 2006.

Sözüer, Adem : Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş Ve Pratik Çalışma Notu, (Çevrimiçi) file:///F:/SÖZÜER%20CEZA%20HUKUKU%20UYGULAMA%20REHBERİ.pdf (Erişim: 20.01.2019).

Strauss, Leo (Çev. Murat Erşen - Petek Onur) : **Doğal Hak ve Tarih**, Doğal Hak ve Tarih, 1. Bs, Say, İstanbul 2011.

Şenel, Alaeddin : **Siyasal Düşünceler Tarihi**, Tarihöncesinde İlkçağda Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş, 3. Basım, Bilim ve Sanat, Ankara 2011.

Tahiroğlu, Bülent : **Roma Hukukunda Iniuria**, İstanbul 1969.

- Taner, Fahri Gökçen : Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu, **TBBD**, S: 92, 2011.
- Taner, Fahri Gökçen : **Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar**, Seçkin, Ankara 2013.
- Taner, M. Tahir : **Ceza Hukuku, Umumi Kısım**, 3.Bs., İstanbul 1953.
- Tanör, Bülent : **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, Yapı Kredi, 5. Baskı, İstanbul 2000.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Sancakdar, Oğuz; Önok, Rifat Murat : **İnsan Hakları El Kitabı**, 7. Bs. Seçkin, Ankara 2018.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan : **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Barış, İzmir 2000.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Önok, Murat : **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 11. Bs, Seçkin, Ankara 2014.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Önok, Murat : **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 16. Bs, Seçkin, Ankara 2018.
- Tezcan, Ercüment : **Avrupa Birliği Hukuku'nda Birey**, İletişim, İstanbul 2002.

- Toroslul, Haluk : Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme, **Hâluk Konuralp Anısına Armağan**, Yetkin, Ankara 2009.
- Toroslul, Nevzat : **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, AÜHF, Sevinç, Ankara 1970.
- Toroslul, Nevzat : **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş, 17. Bs., Ankara 2012.
- Toroslul, Nevzat : **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 9. Bs., Savaş, Ankara 2018.
- Tozman Önder : **Suçla Teşebbüs**, Adalet, Ankara, 2015.
- Tunaya, Tarık Zafer : **Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, 3. bs., S. Garan Matbaası, İstanbul 1975.
- Umur, Ziya : **Roma Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974.
- Üçok, Coşkun; Mumcu, Ahmet; Bozkurt, Gülnihal : **Türk Hukuk Tarihi**, 11. Bası, Turhan, Ankara 2006.
- Ünver, Yener : **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, 2003.
- Ünver, Yener : Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız, **CHD**, Y: 3, S: 7, 2008.
- Ünver, Yener : **Adliyyeye Karşı İşlenen Suçlar**, 2. Bs, Seçkin, Ankara 2010.

- Ünver, Yener; Hakeri, Hakan : **Ceza Muhakemesi Hukuku**, C. 2, 6. bs, Adalet, Ankara 2012.
- Üzülmez, İlhan : Memurların Mahkûm ve Tutuklular Hakkında Keyfi Muamele Yapmaları veya Şiddet Kullanmaları Cürmü (TCK m. 186), **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, C: II, İstanbul 2002.
- Üzülmez, İlhan : Şantaj Suçu (TCK. M. 192) **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: VIII, S: 1-2, Erzincan 2004.
- Üzülmez, İlhan : 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar, **Kazancı Hukuk, İşletme Ve Maliye Bilimleri**, S:5, 2005.
- Üzülmez, İlhan : Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XI, S: 1, 2, 2007.
- Üzülmez, İlhan : **Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları**, Turhan, Ankara, 2007.
- Wiseman, H.V. (Çev. Münci Kapanı) : The Myth of Magna Carta, **Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı**, AÜHF, Ankara 1966.
- Yaşar, Osman : **Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar**, Seçkin, Ankara 2001.

Yaşar, Osman; Gökcan,
Hasan Tahsin; Artuç,
Mustafa

: **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C.I-III,
2.Baskı, Adalet, Ankara 2014.

Yıldız, Ali Kemal

: Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları (TCK m.106, 107,
108), Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.III,
Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, (Ed. Prof.
Dr. Dr. Eric Higendorf/Prof. Dr. Yener Ünver),
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2010.

Yenisey, Feridun

: **Alman Ceza Kanunu**, (Almanca Metin, Türkçe
Çeviri ve Sözlük), 1. Bs., İstanbul, 2009, Beta,
İstanbul 2009.

Yenisey, Feridun; Nuhoglu,
Ayşe :

: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Bs., Seçkin, Ankara
2015.

ÖZGEÇMİŞ

1970 yılında doğan Veli Kafes, ilkokulu Kütahya'nın Altıntaş ilçesinde Zafer İlköğretim Okulu'nda, orta öğrenimini İzmir Buca Ortaokulu ve Lisesi'nde tamamlamıştır. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1991 yılında mezun olduktan sonra İzmir Barosu'nda avukatlık stajını yapmıştır. Askerlik yükümlülüğünü Tekirdağ'ın Çerkezköy ilçesinde on iki ay asteğmen, beş ay teğmen olarak yerine getirmiştir. Bu süreçte Adli Yargı hâkimlik mesleğine kabul edilmiş ve askerliğini tamamladıktan sonra 1994 yılında İzmir Adliyesinde hâkimlik stajına başlamıştır. Aynı yıl Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans programına başlamış ve 1997 yılında “Türk Hukukunda Şartla Salıverme” adlı Yüksek Lisans tez çalışmasıyla mezun olmuştur. “Hukukumuzda Şartla Salıverme ve Uygulamadaki Sorunlar” adlı eser 1998 yılında yayımlanmıştır. Kastamonu'nun İhsangazi ilçesinde, Siirt'in Baykan ilçesinde, Denizli'nin Tavas ilçesinde, Çanakkale'de hâkim olarak çalışmış ve 2011 yılında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına, Cumhuriyet savcısı olarak atanmıştır. 2009 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Programına kabul edilmiştir. Halen Yargıtay Cumhuriyet savcılığı görevine devam etmektedir.