

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA USUL HUKUKU)
ANABİLİM DALI

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan

Ayşe Duygu ÖZGÜVEN

07911831

Ankara – 2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA USUL HUKUKU)
ANABİLİM DALI

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan

Ayşe Duygu ÖZGÜVEN

07911831

Tez Danışmanı

Yrd. Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR

Ankara – 2011

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR CETVELİ	iv
GİRİŞ	1
I- KONUNUN TAKDİMİ.....	1
II- ÇALIŞMA METODU VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	5

BİRİNCİ BÖLÜM

HÜRRİYET KAVRAMI VE HÜRRİYET ALEYHİNDE İŞLENEN SUÇLARIN KAVRAMSAL GELİŞİMİ

I- HÜRRİYET KAVRAMI	8
A- GENEL OLARAK.....	8
B- KAVRAMSAL GELİŞİMİ	14
1- GENEL OLARAK.....	14
2- TÜRKİYE'DE GELİŞİMİ.....	17
II- HÜRRİYET ALEYHİNDE İŞLENEN SUÇLAR.....	19
A- GENEL OLARAK.....	19
B- KAVRAMSAL GELİŞİMİ	22
1- GENEL OLARAK.....	22
2- TÜRK HUKUKUNDA	24
a- 765 sayılı Türk Ceza Kanununa Kadar Olan Dönem	24
b- 765 sayılı Türk Ceza Kanun Dönemi	25
ba- Genel Olarak	25
bb- Hürriyetten Mahrum Etme Suçu Yönünden	28

İKİNCİ BÖLÜM

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN HUKUKİ KONUSU, FAİLİ, MAĞDURU VE UNSURLARI

I- SUÇUN HUKUKİ KONUSU	31
II- FAİL VE MAĞDUR.....	36
A- FAİL	36

B- MAĞDUR	39
III- MADDİ UNSUR	42
A- GENEL OLARAK	42
B- MÜTEMADİ SUÇ VASFI.....	51
C- HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ.....	58
1- GENEL OLARAK.....	58
2- KANUNUN HÜKMÜNÜ VE AMİRİN EMRİNİ İFA	59
3- MEŞRU SAVUNMA VE ZORUNLULUK HALİ	62
4- HAKKIN KULLANILMASI	64
5- İLGİLİNİN RIZASI	66
IV- HUKUKA AYKIRLIK	78
V- MANEVİ UNSUR	83
A- KUSURLULUK ŞEKLİ	83
B- KUSURLULUĞA ETKİ EDEN SEBEPLER.....	89

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, SUÇA ETKİ EDEN SEBEPLER, YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA

I- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ.....	93
A- TEŞEBBÜS	93
B- İŞTİRAK.....	96
C- İÇTİMA.....	99
II- SUÇA ETKİ EDEN SEBEPLER.....	106
A- AĞIRLAŞTIRICI SEBEPLER	106
1- GENEL OLARAK.....	106
2- 109. MADDENİN 2. FIKRASINDAKİ AĞIRLAŞTIRICI SEBEP	108
3- 109. MADDENİN 3. FIKRASINDAKİ AĞIRLAŞTIRICI SEBEPLER	114

a- Suçun Silahla İşlenmesi.....	114
b- Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi.....	117
c- Suçun Yerine Getirilen Kamu Görevi Nedeniyle İşlenmesi ..	119
d- Suçun Kamu Görevinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi.....	122
e- Suçun Üstsoy, Altsoy veya Eşe Karşı İşlenmesi	126
f- Suçun Çocuğa ya da Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiyeye Karşı İşlenmesi	128
4- SUÇUN CİNSEL AMAÇLA İŞLENMESİ.....	131
5- EKONOMİK BAKIMDAN ÖNEMLİ KAYBA NEDEN OLMA	134
6- KASTEN YARALAMA SUÇUNUN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLERİNİN GERÇEKLEŞMESİ	135
B- HAFİFLETİCİ SEBEP.....	137
1- GENEL OLARAK.....	137
2- ŞARTLARI.....	139
a- Soruşturmaya Başlanmamış Olması	139
b- Mağdurun Şahsına Zarar Gelmemesi	141
c- Failin, Mağduru Kendiliğinden Güvenli Bir Yerde Serbest Bırakması	142
III- YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA	143
A- YAPTIRIM.....	143
B- KOVUŞTURMA	147
SONUÇ VE DEĞERLENDİRME	149
KAYNAKÇA	155
ÖZET.....	168
ABSTRACT	169

KISALTMALAR CETVELİ

AD	: Adalet Dergisi
Akt.	: Aktaran
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜ	: Ankara Üniversitesi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
B.	: Baskı
Bkz –bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
D.	: Daire
Der	: Derleyen
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dp.	: Dipnot
E.	: Esas
Enst.	: Enstitüsü
HPD	: Hukuki Perspektif Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBGK.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İD	: İdare Dergisi
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜ	: İstanbul Üniversitesi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBFD	: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
KOÜHF	: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Mat.	: Matbaa
Md	: Madde
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
S.	: Sayı

s.	: Sayfa
SBF	: Siyasal Bilgiler Fakóltesi
SBFD	: Siyasal Bilgiler Fakóltesi Dergisi
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TCY	: Türk Ceza Yasası
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl
Yar.	: Yargıtay
Yay.	: Yayınları
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YD	: Yargıtay Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGKK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı

GİRİŞ

I- KONUNUN TAKDİMİ

Hürriyet, sözlükte “özgürlük”¹, “serbestlik, hür oluş”, “adalet kanununda ve te’dibte, başka hiç kimsenin, kimseye taarruz ve tahakküm etmemesi ve herkesin hukukunun meşru olarak korunması, herkesin meşru hareketlerinde tam serbest olması”² biçimlerinde tanımlanmaktadır.

Hürriyet, her ne kadar bugün için doğuştan insanın sahip olduğu bir mefhum, var oluşun özü³ olarak kabul görse de, bu noktaya kolay gelinmemiştir. Eski çağlarda kişilerin herhangi bir hak ve hürriyeti kabul edilmediği gibi, kölelik genel kabul gören bir olguydu ve kişilerin varlıkları üzerinde otoritenin mutlak bir hakimiyeti söz konusuydu. Tarihin ilerleyen dönemlerinde hürriyet, ihlal içeren fiillere karşı yapılan mücadeleler neticesinde bazı yazılı metinlerde yer bulmaya başlamış; bu durum çeşitli hürriyet anlayışlarını içeren öğretilerin ortaya çıkmasına, öğretiler de karşılıklı bir biçimde hürriyetin yaygınlaşması, ulusal ve uluslararası metinlerde yer bulmasına yol açmıştır. Bugün için hürriyetler, anayasa ve ilgili metinlerde yer bulmuş olup; hürriyetin varlığı ve tartışılması gerektiği yönünde bir şüphe mevzu bahis değildir. Ancak hürriyetlerin uluslararası metinlerde düzenlenmiş, dahası anayasal metinlerde tanınmış olması tek başına yeterli olmayacak ve hatta hürriyetlerin korunması yönünde bir anlam ifade etmeyecektir. Anayasal düzenlemelerin varlığı, hürriyet ihlallerinin olmayacağı anlamına gelmeyecektir. Hürriyet ihlallerini tümüyle ortadan

¹ **Türkçe Sözlük**, 10. B. , Ankara 2009, s. 909.

² <http://www.osmanlicaturkce.com/?k=h%FCrriyet&t=@>, E.T: 29.10.2010.

³ ÖKTEM, M. Niyazi, **Özgürlük Sorunu ve Hukuk**, İÜHF Yay. , İstanbul 1977, s. 6.

kaldırmak mümkün olmasa da, en asgari düzeye indirmek, hürriyet ihlallerinin karşısına caydırıcı yaptırımlar düzenlenmesi ve uygulamasına bağlıdır.

Hürriyet, çok yönlü oluşundan ötürü birbirinden farklı birçok şekilde tanımlanan, kişilerin en büyük önemi haiz varlığıdır. Hürriyet mefhumuna dayanılarak, hürriyet yozlaştırılarak, araç olarak kullanılarak, tarih boyunca pek çok hürriyet ihlalleri gerçekleştirilmiştir.⁴ Yakın tarihimizde hürriyet kelimesinin kötü yerlerde, kötü amaçlar için kullanımı o denli yaygındır ki, “*hürriyet*” kelimesi gerçek anlamıyla kullanıldığında dahi, anlamı kirleteceği hususunda korku uyandırmaktadır.⁵

Hürriyet, yönetici erkin veya otorite sahibi herhangi bir gücün tanınmasına bağlı olmaksızın kişinin var oluşuyla eş zamanlı olarak sahip olduğu, yaşam hakkından sonra gelen ve yaşam hakkının anlam kazanabilmesini sağlayan irade ve hareket serbestisidir. Kişinin tabiatını veren devlet olmadığı gibi, kişinin tabiatında var olan hürriyetler de devletin ihsanı değil, kişinin varlığının bir gereğidir.⁶ Hürriyet, kişinin doğuştan sahibi olduğu bir nitelik olsa da, sözde kalmaması ve toplum içerisinde vücut bulabilmesi için yazılı kurallarla korunmaya alınması elzemdir. Hukuk kuralları, hürriyeti güvence altına almak suretiyle, kişinin benliğini oluşturması ve geliştirmesi için gerekli olanakları sağlamakla yükümlüdür.⁷ Hürriyet, tarih süreci içerisinde birçok mücadele neticesinde elde edilebilmiş bir mefhum olma

⁴ Fransız Devrimi sırasında idam edilen Madame Roland’ın, idam sehpasına çıkarken “*Ey hürriyet senin adına ne cinayetle işleniyor*” dediği iddia edilir. Bkz: **Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedi**, C. 9, Sabah Gazetesi Yay. , İstanbul, 1992, s. 258.

⁵ Oğuz ATAY, Tutunamayanlar adlı eserinde Selim’e şöyle dedirtir: “...*Kelimeleri daha önce öyle kötü yerlerde kullanmış oluyoruz ki, kirletir diye korkuyoruz duygularımıza dokunursa...*” ATAY, Oğuz, **Tutunamayanlar**, Oğuz Atay Bütün Eserleri Dizisi 1, İletişim Yay. , 28. B. , İstanbul 2002, s. 110. Ancak çalışmamızda, kötü kullanımlara inat, hürriyet kavramını gerçek anlamıyla pek çok kez kullanmayı sürdüreceğiz.

⁶ YÜCE, Turhan Tufan, “*Temel Hakların Özü Kavramı ve Sınırlanması Problemi*”, **Dr. Recai Seçkin’e Armağan**, AÜHF Yay. No:351, Ankara 1974, s. 640.

⁷ GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, İkinci B. , Ankara, 1987, s. 406.

niteliğiyle de vazgeçilmesi mümkün olmayan bir değer taşır. Hürriyetin salt belgelerde, Anayasalarda düzenlenmiş ve tanınmış olması, tek başına bir anlam ifade etmeyeceğinden, ilgili düzenlemelerde tanımlanan hürriyet, cezai yönden de kanunlarla koruma altına alınmıştır. Bu itibarla, hukuk düzenlerinde hürriyet aleyhine işlenen suçlar düzenleme altına alınarak, kişi hürriyetleri ceza tehdidiyle himaye altına alınmaya çalışılmıştır.

Hürriyete karşı işlenen suçlar arasında kişinin bir nevi hareket hürriyetini koruma amacı taşıyan Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, yaşam hakkından sonra gelen ve yaşam hakkını anlamlı kılan hareket edebilme hakkını koruma altına almaktadır. Kişilerin serbestçe hareket edebilme hürriyeti, diğer insan haklarının işlevsellik kazanabilmesi için mevcudiyeti şart olan bir mefhumdur.⁸ Kişinin, kendi hür iradesine uygun olarak hareket edebilmesi kişiliğinin ve değerlerinin sürdürülebilmesi için olmazsa olmaz bir koşuldur. Kişinin hareket hürriyeti, diğer tüm kişi hak ve hürriyetlerinin temelini oluşturmaktadır. Kişinin hareket hürriyeti mevcut olmadığı müddetçe diğer tüm hak ve hürriyetlerin varlığı sadece moral bir değer taşır, hayata geçirilmesi söz konusu olamaz. Bu itibarla, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu'nun kişi temel hak ve özgürlükleri ve ceza hukuku açısından özel bir önemi vardır. Suça ilişkin düzenleme, kişilerin hareket serbestisini koruma altına almak suretiyle, başkalarının kişinin iradesi ve hareket hakkı üzerinde tahakkümde bulunmasını önlemeyi amaçlar. Bu surette, hapis ve hatta hem hapis hem de adli para cezası ile yaptırıma bağlanan hürriyet ihlaline yönelik fiillerde nicelik olarak azalma sağlanabilecektir. Anayasal güvence altına alınmış ve uluslararası metinlerle kabul edilmiş temel hak ve hürriyetlerin işlerlik

⁸ KUZU, Burhan, “*Kişi Özgürlüğü Ve Güvenliği Bağlamında Keyfi Tutuklamaya Karşı Korunma*”, **Vecdi ARAL’a Armağan**, KOÜHF Yay. , 2001, s. 183.

kazanabilmesi, ihlal edilmeleri durumuna ilişkin cezai sorumluluk doğuran hükümlerin ihdasına bağlıdır. Kişiler de, sahip oldukları hareket hürriyetinin, ihlallere karşı hürriyeti bağlayıcı ceza ile gerçek anlamda bir koruma altına alındığı bilincine sahip kılınmalıdır.

Anayasamızın Temel Hak ve Ödevler başlıklı İkinci Kısımının Kişinin Hakları ve Ödevleri başlıklı İkinci Bölümünde yer alan 19. maddesinde Kişi Hürriyeti ve Güvenliği, 23. maddesinde Yerleşme ve Seyahat Hürriyeti düzenleme altına alınmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun İkinci Kitap İkinci Kısımında Kişilere Karşı Suçlar düzenleme altına alınmıştır. Hayata Karşı Suçlar, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, İşkence ve Eziyet, Koruma Gözetim Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali, Çocuk Düşürtme, Düşürme veya Kısırlaştırma, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan sonra gelmek üzere, Hürriyete Karşı Suçlar başlıklı Yedinci Bölüm altında Tehdit, Şantaj ve Cebir suçlarının ardından 109 ve 110. maddelerde Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma suçuна yer verilmiş bulunmaktadır. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, 765 sayılı Türk Ceza Kanunda 2. Kitabın Hürriyet Aleyhinde İşlenen Cürümler başlıklı 2. Babının 3. Faslında Şahıs Hürriyeti Aleyhinde İşlenen Cürümler başlığı altında, diğer hürriyetlerden farklı fasılda, yer almakta ve Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler başlıklı 8. Babın İkinci faslında Kız ve Kadın ve Erkek Kaçırarak ve hatta Mal Aleyhinde Cürümler başlıklı Onuncu Babın 2. Faslında doktrinde adam kaldırmak suçu olarak nitelendirilen suç ile dağınık bir biçimde

düzenlenme altına alınmış iken, 5237 sayılı TCK ile tüm Hürriyete Karşı Suçlar fasıl değil, bölüm sistemine göre⁹, aynı başlık altında ve düzenli bir biçimde yer almıştır.¹⁰

II- ÇALIŞMA METODU VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Kişilerin hürriyetleri aleyhinde gerçekleştirilen fiillerin büyük önemi haiz olması sebebiyle ve ayrıca güncel bir konu olmasını göz önünde bulundurarak çalışmamızda bu suç tipi inceleme altına alınacaktır. Çalışma konusunun seçiminde suç konusunun özel öneme haiz olması dışında, 5237 sayılı TCK'daki düzenlemelerin 765 sayılı Mülga Kanun'daki hükümlerle farklılıklar ihtiva etmesi ve 765 sayılı TCK döneminde Mülga Kanun esas alınarak hazırlanmış iki adet monografi dışında konuya ilişkin bir çalışma bulunmaması etkin olmuştur. Ancak elbette inceleme konumuzu oluşturan suç tipine ilişkin olarak Yürürlükteki Kanun esas alınarak yapılmış birçok inceleme mevcuttur. Kaynakçada görüleceği üzere, çok değerli hukukçularımızın muhtelif kitap ve makalelerinde de konuya değinilmiş ve konu hakkında çok değerli görüşler ihdas edilmiştir. Bu nedenle, tezimin asıl amacı; söz konusu eserlerin özümzenmesi neticesinde, kişisel görüş ve yorumlarımızı da harmanlamak suretiyle çok önemli olan bu suç tipi hakkında, çeşitli problemlere çözüm önerileri bularak, konuya açıklık getiren bir çalışma oluşturulmasıdır.

⁹ SOYER, Sesim, “İş Ve Çalışma Hürriyetinin İhlali İle Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçlarına İlişkin Bazı Düşünceler”, **HPD**, S. 07, Temmuz 2006, s. 99.

¹⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 765 sayılı TCK'nın hürriyete karşı suçları, kişi ile içselleştirmeden, liberal-demokratik Devlet düşüncesine uygun olarak, bağımsız bir kimlik altında tasnif ettiğini, 5237 sayılı TCK'nın ise tasnifin yoruma kolaylık sağlaması gerekliliğini göz ardı ederek, hürriyete karşı suçları kişi ile bütünleştirip, kişinin bir niteliği haline getirmiş olduğunu ifade etmektedir. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, US-A Yay. , Ankara 2010, s. 161.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, hukuk (pozitif hukuk) açısından incelenirken, olması gereken hukuk açısından da değerdendirmeler yapılacak, kural olarak tündengelim yöntemi izlenecek; ancak kimi zaman bazı spesifik konularda tümevarım yönteminden de yararlanılacaktır. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu'na dair yargı kararları ve ilişkili mevzuat hükümleri taranarak, konu kuramsal planda derinlemesine analiz edilerek değerdendirmeler yapılacaktır. Konumuz, anayasa hukuku ile de ilgili olduğu için bu dalın konuya ilişkin yaklaşımlarından da yararlanılacaktır. Ancak ceza hukukunun gerekleri ve temel ilkeleri ön planda tutulmak suretiyle bir senteze ulaşılmaya çalışılacaktır.

Çalışma bir karşılaştırılmalı hukuk çalışması değildir. Ancak yeri geldikçe ilgili hukuk sistemleri yazınına ve yargı kararlarına değinilecektir. Ayrıca, suç tipinin ülkemiz açısından gelişimini görebilmek için Türk Hukukundaki gelişimi ve 765 sayılı Kanundaki ilgili düzenlemeler incelenecektir.

Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma suçu esasen kişiler arasında gerçekleştirilse de, hukuka aykırı gözaltı ve tutuklamalarla olduğu gibi devlet organları eliyle gerçekleştirilmesi de gündeme gelebilecektir. Bu itibarla, kişi hürriyetini ortadan kaldıran yahut sınırlayan her türlü uygulama çalışma konumuzu oluşturan suç tipi yönünden incelenecektir.

Çalışmamızda genel olarak 5237 sayılı TCK dönemine ilişkin yargı kararlarına değinilecektir. Ancak gerektiği yerlerde 765 sayılı TCK dönemine ilişkin yargı kararlarına da yer verilecektir. Ve hatta konumuza ışık tutan yabancı hukuk sistemlerinin yargı kararları da çalışmada göz önünde bulundurulacaktır.

Çalışma konumuzu oluşturan Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu üç bölüm halinde incelenecektir. Birinci bölümde hürriyet aleyhinde işlenen bir suç olması ve koruma altına aldığı hürriyet dışında diğer tüm hürriyetlerin temel taşı mahiyetinde oluşu sebebiyle de öncelikle hürriyet kavramı üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda, hürriyet aleyhinde işlenen suçların kavramsal dönüşümü ve Türk hukukundaki durum 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK çerçevesinde karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde Yürürlükteki Kanun muvacehesinde suçun hukuki konusu, fail ve mağduruna ilişkin bilgiler verilecek, suçun unsurları, ikili ayırım¹¹ gözetilerek maddi ve manevi unsur başlıkları altında incelenecek, hukuka uygunluk nedenleri, suçun özel görünüş biçimleri ayrıntılı bir biçimde Yargıtay içtihatları da göz önünde bulundurulmak suretiyle anlatılacaktır.

Çalışmanın son bölümünde ise, çalışma konumuzu oluşturan suç tipine ilişkin suça etki eden nedenler cebir, tehdit, hile ve cinsel amaç ağırlaştırıcı sebepleri üzerinde hassasiyetle durulmak suretiyle ele alınacaktır. Ayrıca suçun soruşturma ve kovuşturulması ve yaptırımına ilişkin bilgilere de yer verilecektir.

Nihayet sonuç ve değerlendirme bölümünde ise, çalışmanın kısa bir özeti ve çalışma sonunda ulaşılan bir kısım değerlendirmelere yer verilecektir.

¹¹ Doktrinde, farklı ayrımlara rastlanmakla birlikte, suçun unsurlarının genel olarak ikili yahut üçlü bir ayrıma tabi tutularak inceleme altına alındığı görülmektedir. Üçlü ayırmada suçun unsurları; hukuka aykırılık, maddi unsur(maddi fiil) ve manevi unsur (kusurluluk) olarak kabul edilmekte iken, ikili ayırmada suçun unsurları; maddi unsur ve manevi unsurdur. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yay. , Gözden Geçirilmiş, İşlenmiş ve Yenilenmiş 2. B. , Ankara 2010, s. 188–189. Hukuka aykırılığın, suçun bir unsuru olmaktan öte suçun özünü teşkil ettiği düşüncesiyle çalışmamızda suçun unsurları ikili ayrıma tabi tutularak inceleme altına alınacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HÜRRİYET KAVRAMI VE HÜRRİYET ALEYHİNDE İŞLENEN SUÇLARIN KAVRAMSAL GELİŞİMİ

*“Hiçbir kelime yoktur ki, hürriyet kelimesi kadar kendisine değişik anlamlar verilmiş ve düşüncelere çeşitli şekillerde yansımış olsun.”**

MONTESQUIEU

I- HÜRRİYET KAVRAMI

A- GENEL OLARAK

Arapça’dan türeyen hürriyet kelimesi, çoğu kez “özgürlük”, “bağımsızlık”, “eşitlik”, “hak” kavramlarıyla birlikte yahut eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.¹² Hürriyet kelimesi sözlükte “engel, baskı, zorlama yokluğu”, “tutsak olmayan, birinin hakimiyeti altında bulunmayan bir kimsenin durumu”, “yasak edilmeyen her şeyi yapma, engellenmeden hareket etme gücü”, “herhangi bir dış sebep ve maksat dışında, kendi kendimize karar verebilme yetisi”, “yasaklayıcı ve kısıtlayıcı kurallar dışında, kendi kararına göre davranma gücü”, “kişilere belli bir alanda hareket

* Bkz: KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yay. , 7. B. (Tıpkı Basım), Ankara 1993, s. 3.

¹² Ancak aslında “özgürlük” dışında söz konusu kavramlar, hürriyet ile yakın ilişki içerisinde bulunup, birbirlerini tamamlamalarına karşın, birbirinden farklı anlamlar içermektedir.

*serbestliği tanınmasını ifade eden haklar veya bunların tümü” biçimlerinde*¹³
tanımlanmaktadır.¹⁴

Hürriyet kavramı, çok yönlülüğu, kişiden kişiye değişen bakış açısı farklılıkları sebebiyle üzerinde uzlaşılmış yeknesak bir tanıma sahip değildir.¹⁵ Hürriyet; çok geniş, izafi, gayri muayyen bir kavramdır.¹⁶ Soyut bir kavram olan hürriyet, yorumlanmak suretiyle, çeşitli anlamlar yüklenebilmektedir.

Hürriyet, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nin 4. maddesinde *“başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmek”* olarak¹⁷ ifade edilmiştir.¹⁸ Hürriyetin tanımlanmasından ziyade sınırlandırılmasına dair olan bu ifade, sınırlandırılması yönüyle hürriyeti tarif etmeye çalışmaktaysa da; kişinin, hürriyeti kapsamında, hukukun cevaz verdiği ölçüde başkasına zarar verebilmesi de mümkün olduğundan, bu yönden de yetersizdir. Ancak elbette, toplum içinde yaşamının bir sonucu olarak mutlak ve sınırsız bir hürriyetten söz edilmesi mümkün değildir.¹⁹ Nitekim, hürriyet,

¹³ **Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedi**, s. 258.

¹⁴ Süheyl DONAY, hürriyeti, kişinin toplumda, gerek Devlet, gerekse diğer kişiler tarafından bir müdahaleye maruz kalmadan hareketlerini serbestçe düzenleyebilmesi olarak tanımlamaktadır. DONAY, Süheyl, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İÜHF Yay. , No:2378, İstanbul 1978, s. 68.

¹⁵ KAPANİ, s. 3.

¹⁶ EREM, Faruk, *“Siyasi Haklara Karşı İşlenen Suçlar”*, **AÜHFD**, C. VIII S. 1–2, Y. 1951, s. 73.

¹⁷ 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nin 1. maddesinde, kişilerin hukuk bakımından hür ve eşit doğdukları ve yaşadıkları, 2. maddesinde tüm siyasi toplulukların amacının kişinin doğal ve zamanaşımına uğramaz haklarının korunması olduğu, 4. maddesinde hürriyetin başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmek olduğu, kişi hürriyetinin diğer kişilerin hürriyetlerinden yararlanmasını sağlayan sınırlarla ve ancak yasa ile sınırlandırılacağı belirtilmiştir. SEZER, Abdullah, **1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası & İlgili Mevzuat**, Beta Yay. , 1. B. , İstanbul Şubat 2004, s. 918.

¹⁸ Ejder YILMAZ da, Hukuk Sözlüğü’nde, hürriyeti, özgürlük kelimesine atıf yaparak, Bildirgedeki tanım çerçevesinde *“bireyin başkasına zarar vermeden istediği gibi davranması”* biçiminde tanımlamıştır. YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Genişletilmiş Beşinci B. , Yetkin Yay. , Ankara 1996, s. 650.

¹⁹ MUMCU, Ahmet, **İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri**, Savaş Yay. , Yenilenmiş 2. B. , Ankara 1994, s. 17.

bir yönüyle de, bireyin toplum içerisinde sahip olduğu bağımsızlık alanı olarak nitelendirilebilmektedir.²⁰

Montesquieu, hürriyeti “*kanunların müsaade ettiği her şeyi yapabilmek hakkıdır*”, biçiminde tanımlamıştır. Montesquieu’nün tanımı, kişilerin meşru olan hareketlerinde serbest olabilmesi yönünden hürriyet kavramının bir yönünü açıklamakta ise de, çok yönlü bu kavramın diğer yönlerini ortaya koyamamaktadır. Nitekim, hürriyetlerin özüne dokunulmaksızın yasalarla sınırlanacağı bir realitedir. Ancak unutulmamalıdır ki, hürriyetin kaynağı kanunlar değil, bizzat kişilerdir.²¹

Hobbes, hürriyeti, “*engelleme olmaması*” biçiminde tanımlamakta ve kişilerin, yasalarca müsaade edilen bütün eylemlerde, kendileri için yararlı olacak şekilde, kendi akıllarının önereceği şeyleri yapma hürriyetine sahip olduğunu ifade etmektedir. Ancak Hobbes, devletin kökenine ilişkin toplumsal sözleşme görüşü doğrultusunda, kişi hürriyetinin, devletin sınırsız gücüyle tutarlı olduğunu, yasanın sessizliğine dayandığını ileri sürmüştür.²²

Jellinek, genel kabul görmüş ve benimsenmiş sınıflandırması ile hürriyetleri negatif, pozitif ve aktif statü hakları olarak üçe ayırmıştır. Pozitif statü hakları, devletin kişilere karşı hizmet, yardım niteliğinde olumlu bir davranışını içeren haklardır. Aktif statü hakları, kişilerin yönetimde söz sahibi olabilmesini, kararlara katılabilmesini sağlayan siyasal haklardır. Negatif statü hakları ise, kişilerin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulmayacak özel alanının sınırlarını çizen hürriyetler olup, bunlar devlete sadece negatif bir tutum, karışmama (gölge etmeme)

²⁰ KABOĞLU, İbrahim Ö. , **Özgürlükler Hukuku**, İmge Kitabevi, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 6. B. , İstanbul Kasım 2002, s. 14.

²¹ ÜZÜLMEZ, İlhan, **Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 8.

²² HOBBS, Thomas, **Leviathan**, Çev: LİM, Semih, Kazım Taşkent Klasik Yapıtlar Dizisi, Yapı Kredi Yay. , 8. B. , İstanbul Ocak 2010, s. 162, 164–165, 170.

ödevini yükler.²³ Aslında, negatif statü hakları sınıflandırılması içinde belirtilen hürriyetler, bu doğrultuda hareket hürriyeti kişinin var oluşu ile birlikte sahip olduğu hürriyetlerdir. Ancak negatif statü hakları ile kişilerin soyut olarak sahip olduğu hürriyetler, tanınmaya gerek olmaksızın, devletin olumsuz bir görev yüklenmesi ile somutlaştırılmaktadır.

Hürriyetler, bir başka yönden medeni haklar, siyasi haklar ve kamu hakları olarak üçe ayrılmaktadır.²⁴ Medeni haklar, özel hükümlerce yararlanma şartları ve içerikleri belirlenen haklardır. Siyasi haklar, kişilerin seçme, seçilme ve siyasi katılma haklarını ifade etmektedir. Kamu hakları ise, kişi hürriyetleri olarak da tabir edilebilen, herhangi bir koşul bulunmaksızın tüm vatandaşların haiz olduğu temel hak ve hürriyetleridir. Kamu hakları, kişilere, tabi oldukları hukuk kuralları tarafından tanınmış ve düzenlenmiş hareket alanını ortaya koymaktadır.²⁵

Hürriyet kavramı, ceza hukukunda, salt kişiye ait olan ve ihlali yaptırıma bağlanan bir hukuki menfaat olarak telaki edilmektedir.²⁶ Hürriyetlerin, ceza hukuku bakımından yapılan tasnifinde ise, ceza sorumluluğu esas alınarak, metafizik hürriyet, tabii hürriyet ve siyasi hürriyet biçiminde üçlü bir ayrıma gidilmektedir. Metafizik hürriyet, irade hürriyetini, kişinin serbest bir biçimde karar alabilmesini ifade etmektedir. Tabii hürriyet, kişinin irade hürriyeti çerçevesinde almış olduğu kararlar doğrultusunda hareket edebilmesidir. Siyasi hürriyet ise, vatandaşların seçme, seçilme ve siyasete katılma haklarını içermektedir.²⁷

²³ KAPANİ, s. 6.

²⁴ EREM, Faruk, **Hürriyet Ve Suç**, AÜHF Yay. , Ankara 1952, s. 3–4.

²⁵ ÖZEK, Çetin, “*Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri*”, **İÜHF**, C. XXIX, S. 4, 1964 İstanbul, s. 934.

²⁶ CİHAN, Erol, **Cebir Kullanma Cürmü (TCK m. 188)**, İÜHF Yay. , No:573, İstanbul 1978, s. 16.

²⁷ ÜZÜLMEZ, **Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları**, s. 13–14.

Hürriyet, bu surette çeşitli tasniflerle açıklanmaya çalışılsa da, sınıflandırmalar içeriğindeki hürriyetler tek başlarına yeterlilik arz etmezler. Hürriyetin gerçek anlamda vücut bulabilmesi Jellinek'in sınıflandırmasında yer alan negatif, pozitif ve aktif statü haklarının bir arada olmasına bağlıdır. Bu durum, çok yönlü olan hürriyetin özünde bir bütün olduğunun göstergesidir.²⁸

Hürriyetin kanıtlanması, her insanda bulunan canlı bir iç duygunun doğrulanması meselesidir.²⁹ Nitekim hürriyet, kişiler tarafından çoğu kez günlük yaşamlarında farkına varmadan kullanılagelmektedir.³⁰ Hürriyet, kişilerin doğuştan sahip olduğu bir mefhum olup; benliklerinin birer parçası niteliğindedir, hürriyetin tümüyle yok edilmesi mümkün değildir. Hürriyet, kişinin kendi hayatı üzerinde hakimiyet sahibi olabilmesi noktasında, özerkliğin özü olarak nitelendirilebilmektedir.³¹ Bu itibarla, modern devletin birincil varlık sebebi, olumsuz bir davranışla, kişi hürriyetlerine dokunulmamasını teminat altına almak, hürriyetlerin varlığını sürdürmesini sağlamaktır³²

Kişi hürriyeti, *“kişinin kendi bedeni üstünde sahip olduğu hakkı, can güvenliği ve vücut bütünlüğünün masun olması ile, güven içinde serbestçe hareket edebilmesi”* olarak tanımlanmaktadır.³³ Kişi hürriyeti, doktrinde kişinin hukuk kuralları çerçevesinde melekelerini istediği gibi kullanabilmesi, faaliyetlerini istediği gibi ve istediği her doğrultuda icra etmesi³⁴, faaliyet ve hareketlerinde kendi iradesi

²⁸ KAPANİ, s. 7.

²⁹ **Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedi**, C. 9, s. 258.

³⁰ ÜNAL, Şeref, **Temel Hak Ve Özgürlükler Ve İnsan Hakları Hukuku**, Yetkin Yay. , Ankara 1997, s. 19.

³¹ ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasa Ve Özgürlük**, Yetkin Yay. , Ankara 2002, s. 139.

³² MUMCU, s. 22.

³³ **Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedi**, s. 258.

³⁴ JEZE, Gaston, *“Ferdî Hürriyetler”*, Çev: ÖZYÖRÜK, Mukbil, **AÜHFD**, C. III, S. 1, Y. 1946, s. 216.

dışında bir başka iradeye tabi olmaması biçiminde ifade edilmektedir.³⁵ Bu doğrultuda, dar anlamda kişi hürriyeti, kişinin istediği gibi hareket edebilme hürriyeti olup; kişinin diğer tüm hürriyetlerinin esasıdır. Geniş anlamda kişi hürriyeti ise, bütün kamu hürriyetleri olarak³⁶ nitelendirilmektedir.³⁷ Kişi hürriyetinin geniş anlamda ele alınmasıyla ilk unsurun yaşam hakkı, ikinci unsurun ise, kişinin, fiziki olarak güvenlik içinde bulunması, serbest hareketine engel olunmaması olduğu söylenebilecektir.³⁸

Hürriyet, kişinin iradi eylemlerinde serbestiye sahip olabilmesi, hür olabilmesini gerektirir. İradi eylemin; istişare, karar ve icra olmak üzere üç ayrı safhada gerçekleşebileceği belirtilmektedir.³⁹ Ancak özünde iradi eylemin kişiye bağlı, kişinin içinde oluşan iç evresi ile uygulamayı içeren dış evre olmak üzere iki ana evre olarak açıklanması mümkündür. Bu doğrultuda, iradi eylem üzerinden hürriyet de, iç hürriyet ve dış hürriyet biçiminde ikiye ayrılabilir.⁴⁰

³⁵ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, **Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti (Muvakkat Yakalama-Tevkif) (Türk Hukukunda)**, AÜSBF Yay. , No:81-63, Ankara 1958, s. 1.

³⁶ EREM, **Hürriyet Ve Suç**, s. 61.

³⁷ TOROSLU, Kişinin ihtiyaçlarını tatmin için, serbestçe istemek ve iradesini açığa vurmak yetkisi olarak tanımladığı ferdi hürriyetleri; şahıs, cinsel, din, mesken, sır ve çalışma hürriyeti olmak üzere altı sınıfa ayırmaktadır. TOROSLU, Nevzat, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, AÜHF Yay. , No:273, Ankara 1970, s. 323-4.

³⁸ **Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedi**, s. 262.

³⁹ GÜRİZ, Adnan, *“İrade Hürriyeti”*, AÜHFD, Y. 1965-1966, C. 22-23, S. 1-4, s. 637.

⁴⁰ ÖKTEM, s. 14.

B- KAVRAMSAL GELİŞİMİ

1- GENEL OLARAK

Hürriyet kavramının, günümüzdeki anlamıyla algılanışı ve uygulanması uzun mücadeleler ve tarihsel süreçler geçirilmesini gerektirmiştir. Eski Yunan ve Roma’da devlet, kişiler üzerinde her yönden kuşatılmış yoğun bir hakimiyete sahip olup; gerektiğinde kişilerin varlığına kadar her şeyin sahibidir.⁴¹ Eski Yunan ve Roma’da hürriyet adına var olan tek şey, kısıtlı bir zümrenin siyasal haklara sahip olmasıdır. Bunun dışında, söz konusu kısıtlı zümre de dahil hiç kimseye herhangi bir hürriyet tanınmamış; devlet erki hiçbir surette sınırlandırılmamıştır.⁴²

Ortaçağda da Eski çağa kıyasla hürriyet alanında önemli bir gelişme gözlemlendiği söylenemeyecektir. Ortaçağda da Eski çağdaki kölelik isim değiştirmek suretiyle varlığını sürdürmüştür. Ortaçağda Hristiyanlığın doğuşu ile birlikte insanın devlet karşısında bir “hiç” olduğuna ilişkin inanın bir ölçüde yıkılmasına, insanların kişiliklerine bağlı haklara sahip olabileceği düşüncesinin doğmasına yol açılmıştır.⁴³ Ancak Hristiyanlığın söz konusu etkisi devletin resmi din olarak Hristiyanlığı kabul etmesine kadar sürebilmiştir. Feodalitenin ortaya çıkması ise, devlet otoritesinin zayıflamasına, dar bir zümre için de olsa bir kısım hürriyetlerin tanınmasına yol açmıştır.⁴⁴ Bununla birlikte, kişinin topluma bağımlı

⁴¹ Yunanlılarda hürriyet, sikkelerin üzerinde vahşi bir at olarak, Roma’da ise yuvarlak başlıklı bir kadın olarak temsil edilirdi. Bkz: **Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedi**, s. 263.

⁴² KAPANİ, s. 20-21.

⁴³ ERSOY, Yüksel, **Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar (TCK. M. 201 ve 275 sayılı Kanunun İlgili Hükümleri)**, AÜSBF Yay. , No:345, Ankara 1973, s. 11.

⁴⁴ KAPANİ, s. 22-23.

olduğu, devlete ve topluma karşı saygı değer bir varlığı olmadığı yönündeki kabul değişmemiştir.⁴⁵

Ortaçağ sonlarında, tabiat halinde tam ve mutlak hürriyete sahip bulunan insanların, aralarında bir sözleşme yapmak suretiyle, hürriyetlerinin bir kısmından vazgeçerek, esas hürriyetleri dışındakileri devrederek siyasal topluluğu oluşturdukları tezini içeren, tabi hukuk doktrini geliştirilmiştir.⁴⁶ Hususiyetle LOCKE ve ROUSSEAU tarafından savunulan doktrin, kişilerin devletten önce ve üstün olarak bazı tabii haklara sahip olduğu ve devletin bunlara saygı göstermek zorunda olduğunu ortaya koyarak, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesine düşünsel zemin hazırlamıştır. Fransız İhtilali sonrasında gelişen düşünce akımları neticesinde ise, kişinin doğuştan hürriyetlere sahip olduğu, devletin kişi hürriyetlerini korumak için oluşturulmuş olduğuna yönelik ferdiyetçi doktrin doğmuştur. Bu surette, kişi, hayatının her alanında topluma bağımlı yapısından sıyrılmış; hak ve menfaat sahibi, kişiliği olan bağımsız bir varlık haline gelmiştir.⁴⁷

Hürriyet kavramının düşünsel anlamdaki gelişimi yukarıda açıklandığı biçimde bir seyir izlemiş olmasına karşın, kavrama ilişkin belgelerin tarihsel gelişimi özellikle İngiltere’de 1215 yılında kabul edilen Magna Carta Libertatum* ile farklı bir kronolojik seyir takip etmiştir. Fermanda kişinin can ve mal güvenliğine sahip olduğu belirtilmiş; keyfi yakalama ve cezalara karşı korunma hakkı tanınmışsa da, korumayı gerçekteştirebilecek mekanizmaların geliştirilmemesi sebebiyle etkin

⁴⁵ YÜCE, s. 638.

⁴⁶ KAPANİ, s. 30–31.

⁴⁷ YÜCE, s. 638.

* “Büyük Hürriyet Fermanı”

olarak hayata geçirilememiştir. Ancak Ferman, hürriyet kavramının tanınması yolunda ilk adım olma niteliğiyle önem taşımaktadır.⁴⁸

İngiltere’de 1679 yılında kabul edilen Habeas Corpus Act⁴⁹ ile kişi hürriyetinin keyfi bir biçimde kısıtlanmasını engellemeye yönelik ayrıcalıklar tanınmıştır. 1776 Amerikan Haklar Bildirgesi ve bu bildirgenin de etkisiyle hazırlanmış olan hürriyet kavramının gelişiminde büyük öneme sahip 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, tabii hukuk doktrinini uygulama alanına geçirmiş; hürriyet kavramının, birçok anayasaya öncülük eden, tanımını yapmıştır. 1948 yılında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 1950 yılında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kabul edilmiştir. Temel hak ve hürriyetler yönünden büyük bir üne sahip İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, hukuki niteliği bakımından “bağlayıcı olmayan” bir Birleşmiş Milletler “tavsiye” kararıdır. Ancak “teknik hukuk” yönünden olmasa da manevi yönden bağlayıcılığı büyüktür.⁵⁰ AİHS’nin 5. maddesinde hürriyetin herkesin hakkı olduğu ifade edildikten başka tahdidi olarak sayılmış haller dışında hiç kimsenin hürriyetinden mahrum edilemeyeceği belirtilmiştir.

⁴⁸ ÜNAL, s. 27.

⁴⁹ Doktrinde, “*Vücuda sahip ol*” yahut da “*kişinin huzura çıkmasına müsaade et*” biçiminde çevrilebilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: FEYZİOĞLU, Metin “*Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlemelerinde Habeas Corpus Kurumu*”, AÜHFD, C. XXXIV, S. 1–4, Y. 1995, s. 665–688.

⁵⁰ AYBAY, Rona, “*İnsan Hakları’nda Birinci Öncelik: ‘Koruma’ Ve ‘Önleyicilik’*”, Mehmet Ali Aybar Sempozyumları 1997–2002 Özgürleşmenin Sorunları, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yay. , İstanbul Ekim 2003, s. 160.

2- TÜRKİYE'DE GELİŞİMİ

Hürriyet kavramının Türkiye'deki gelişim süreci Avrupa'daki süreçten daha farklı bir biçimde gerçekleşmiştir. Avrupa'da yaşanan Aydınlanma hareketi çerçevesinde aydınların görüşleriyle, hürriyet kavramı gelişim süreci geçirmiş; kavramın metinlerde yer alması ve devlet tarafından tanınması alttan gelen tepki ve taleplerin etkisiyle olmuştur. Osmanlılarda ise, Batıdaki gelişmeler ancak bir asır kadar geriden, üstten gelen bir hareketle, devletin kötü gidişine engel olmak, Batının baskılarına karşı durmak amacıyla takip edilebilmiştir.

Osmanlı Devletinde Devlet şariat hükümlere göre yönetildiğinden, İslam hukukundaki hürriyet kavramına bakış önem arz etmektedir. İslam hukukunda kişi hürriyeti, başkalarına ve kişinin kendisine zarar vermemek sınırıyla kabul görmekte olup, mutlak hürriyetten bahsedilemeyecektir.⁵¹ Ancak İslam hukuku hakim olan Osmanlı Devletinde pratik oldukça farklıdır. Osmanlı Devletinde hürriyet kavramı, 19. yüzyıla değin herhangi bir belgede yer almadığı gibi, kişilere herhangi bir hürriyet de tanınmamıştır. 1808 yılında Devlet yetkilileri ile yerel güç sahipleri ayanlar arasında imzalanmış olan Sened-i İttifak adlı belge, hürriyet kavramına ilişkin olmamasına karşın, devlet otoritesi ile yetkilerinin sınırlanması yönünde imzalanmış ilk belge olma niteliğini taşır.⁵²

Tanzimat döneminde 1789 Fransız İhtilalinin yarattığı akımların zorunlu etkisiyle 1839 yılında Gülhane Hattı Hümayunu, 1856 yılında Islahat Fermanı ilan

⁵¹ ARMAĞAN Servet, **İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler**, Baştan Sonuna Kadar Okunarak Gözden Geçirilmiş ve İlaveler Yapılmış 4. B. , Diyanet İşleri Başkanlığı Yay. , Ankara 2001, s. 74.

⁵² Belge metni için bkz: SEZER, s. 607–616.

edilmiştir. Gülhane Hattı Hümayununda; can, mal, ırz ve namus güvenliğine, Islahat Fermanında, aynı kavramlar genişletilerek belirtilmekle birlikte gayrimüslimlere ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Söz konusu belgeler halktan gelen isteklerin etkisiyle oluşmamış, üstten gelen hareketler neticesinde tanzim edilmiş olup, hürriyet kavramının gelişimine yol açmakla birlikte, etkisi sınırlı düzeyde olmuştur. Tanzimat Döneminde, 1876 Anayasasında kişi hürriyeti, kişi güvenliği kavramlarına yer verilmiş⁵³; muhtelif maddelerde çeşitli kişi hak ve hürriyetleri düzenlenmiştir. 1909 yılı Anayasa değişikliğiyle ise, padişahın yetkileri sınırlanırken, hürriyetler genişletilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Devletinde 1924 Anayasasında 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesindeki hürriyet tanımına aynı şekilde yer verilmiştir.⁵⁴ 1964 Anayasasında hürriyetler geniş bir biçimde düzenlenmiş; sosyal ve ekonomik haklara da yer verilmiştir.⁵⁵

⁵³ Anayasanın 9. maddesinde “Osmanlıların tümü kişi özgürlüğüne sahip ve diğer bireylerin özgürlüğüne zarar vermemekle yükümlüdür.” 10. maddede ise, “kişi özgürlüğü, her türlü saldırı karşısında dokunulmazdır. Hiç kimse şeriat kuralları ve yasaların belirlediği nedenler ve durumlar dışında bir gerekçe ile cezalandırılmaz.” hükümleri yer almaktadır. Bkz: SEZER, s. 683.

⁵⁴ Anayasanın 68. maddesinde “Her Türk hür doğar, hür yaşar. Hürriyet, başkasına muzır olmayacak her türlü tasarrufta bulunmaktır. Hukuk-ı tabiiyeden olan hürriyetin herkes için hududu başkalarının hürriyetidir. Bu hudut ancak kanun marifetiyle tespit ve tayin edilir.” ifadelerine yer verilmiştir. Bkz: SEZER, s. 757.

⁵⁵ Anayasanın 10. maddesinde “Herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi, iktisadi, ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar.” denilmektedir. Bkz: SEZER, s. 840.

II- HÜRRİYET ALEYHİNDE İŞLENEN SUÇLAR

A- GENEL OLARAK

Uzun ve zorlu mücadeleler neticesinde tanınan ve düzenleme altına alınan hürriyetlerin fiili olarak kullanılabilmesi ve hayata geçirilebilmesi için korunması oldukça önemlidir. Anayasalarda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bakımından öngörülen sistemler, çeşitli biçimlerde kişi hürriyetlerini yasama, yürütme ve yargı organlarına karşı koruyabilse de⁵⁶, devletlerin hürriyetleri tanınması, anayasal metinlerde düzenlemesi, hürriyetlerin korunması hususunda yeterli olmayacaktır. Zordan ve korkudan ari kılınmak suretiyle kişi hürriyetinin sağlanması, devletin en temel görevidir.⁵⁷ Bu itibarla, hürriyet kavramının gelişmesi ceza kanunlarına yansıdığı, hürriyet ihlalleri devlet veya kişiler tarafından gerçekleştirilmesine bakılmaksızın yaptırıma bağlandığı takdirde, gerçek anlamda hürriyetlerin korunmaya çalışıldığından bahsedilebilecektir.⁵⁸ Hürriyet kısıtlamalarının bağımsız ve tarafsız bir makamın denetimine tabi tutulması da hürriyetin korunmasının bir gereğidir.⁵⁹ Hürriyetlerin gerçek anlamda korunması, hürriyet ihlallerine karşı caydırıcı ve etkili yaptırımların bağlanması suretiyle ihlallerin asgari düzeye indirilmesi ile mümkün olabilecektir. Bu doğrultuda etkin bir koruma, hürriyet ihlallerini önleyici bir nitelik de içerecektir.

⁵⁶ ERSOY, s. 19.

⁵⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, “Hürriyet Karşı Suçlar”, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’A Armağan, C. II, Turhan Kitabevi Yay. , Ankara Şubat 2010, s. 2714.

⁵⁸ ALACAKAPTAN, Uğur, “Haksız Tutma Ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti”, AÜHFD, C. XVIII, S. 1–4, Ayrı B., Y. 1961, s. 206.

⁵⁹ SAVTOK, Bülent, “Kişi Güvenliği”, YD, C. 35, S. 1–2, Ocak-Nisan 2009, s. 136–137.

Ceza Hukukunun, ceza normlarının amacı suç içeren fiillere karşı hukuki değerleri korumaktır. Hürriyet mefhumu da, anayasalar tarafından düzenlenmekle yetinilen soyut bir kavram olmayıp; ceza kanunları tarafından korunan bir hukuksal değerdir.⁶⁰ Ceza hukukunda hürriyet bir hak sayılmış ve bu itibarla ihlali suç konusu olarak belirlenmiştir.⁶¹ Esasen suçların büyük bir çoğunluğu kişinin hürriyetini ihlal edici mahiyettedir. Ancak suçun dolaylı olarak hürriyeti ihlal etmesi, suçun hürriyet aleyhinde işlenen suçlardan sayılmasına yol açmayacaktır. Hürriyetin ihlali, sadece bir kısım suçlarda doğrudan ihlal edici fiilin amacını oluşturur ve bu halde fiil hürriyet aleyhinde işlenen suçu oluşturmaktadır.⁶² Hürriyet aleyhinde işlenen fiiller, doğrudan kişinin şahsiyetinin geliştirilmesi için tanınan serbest alanı ihlal etmek suretiyle suç teşkil eden fiillerdir.⁶³

Mutlak bir hürriyetten söz edilemeyeceği gibi, hürriyetlerin mutlak olarak korunmasından da bahsedilemez. Hürriyet, toplum içinde yaşamının bir sonucu olarak hukuk tarafından belirlenmiş sınırlara tabidir. Bu itibarla, hürriyetin korunması da sınırlamalara uygun hürriyet kullanımları için söz konusudur. Diğer bir anlatımla, hukuk tarafından çizilmiş sınırlar dahilinde kişinin başka bir kişinin hürriyetini ihlal edici nitelikteki fiili yaptırıma bağlanmayacaktır.

Hürriyet aleyhinde işlenen suçlar; çeşitli yönlerden sınıflandırmalara tabi tutulabilecektir. Hürriyetlerin kaynağı yönünden hürriyet aleyhinde işlenen suçları;

⁶⁰ ÖZEK, “*Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri*”, s. 949.

⁶¹ EREM, **Hürriyet Ve Suç**, s. 1; EREM/TOROSLU, hak ve hürriyet kavramları arasındaki farklılığı ortaya koyarak hürriyetin umumi ve mücerret bir durumu ifade ettiğini, hürriyetin değil hakların suç mevzuu olabileceğini belirtmiştir. EREM/TOROSLU, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Savaş Yay. , 6. B. , Ankara 1994, s. 80.

⁶² ERSOY, s. 21; ÜZÜLMEZ, dolaylı olarak hürriyeti ihlal eden, hürriyetin ihlalinin araç olduğu suçlar kapsama alındığı takdirde “*geniş anlamda hürriyet karşı suçlar*”dan, sadece doğrudan kişi hürriyetinin korunduğu suçlar dikkate alındığında ise “*dar anlamda hürriyete karşı suçlar*”dan bahsedilebileceğini ifade etmektedir. ÜZÜLMEZ, **Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları**, s. 25.

⁶³ ÜZÜLMEZ, **Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları**, s. 19.

klasik hürriyetler aleyhinde işlenen suçlar ve kolektif hürriyetler aleyhinde işlenen suçlar olarak iki ana başlık altına toplamak mümkündür. Klasik hürriyetler, herhangi bir surette sonradan oluşturulmamış bilakis insanın insan olması sebebiyle sahip olduğu dokunulmazlığı, güvenliği, düşünce, vicdan ve hareket hürriyetleridir. Kolektif hürriyetler ise, kişinin toplum içinde yaşaması neticesinde diğer kişilerle karşılıklı ilişkileri sonucu ortaya çıkan haberleşme, basın, toplantı, hak arama, eğitim, öğrenim, ekonomik ve sosyal, siyasi hürriyetleridir.⁶⁴

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, hürriyetlerin iradi eylem yönünden iç ve dış hürriyet olarak ikiye ayrıldığı kabul edildiğinden, doktrinde hürriyet aleyhinde işlenen suçlar; iç hürriyete karşı ve dış hürriyete karşı işlenmesi yönünden de bir ayrıma tabi tutulabilmektedir.⁶⁵ Bu itibarla, kişinin, iradi eyleminin karar alma süreci olan iç evresinde ve almış olduğu karara yönelik harekette bulunması süreci olan dış evresinde, hürriyetleri aleyhinde gerçekleştirilen fiiller ayrı ayrı değerlendirilebilecektir. Bu doğrultuda, kişinin kararlarını kendi hür iradesi ile almasının hukuka ayıkırı bir biçimde engellenmesi iç hürriyet aleyhinde işlenen suçları, kişinin almış olduğu kararlara uygun hareket edebilmesinin hukuka ayıkırı bir biçimde engellenmesi ise dış hürriyet aleyhinde işlenen suçları oluşturacaktır.

⁶⁴ EREM ise, hürriyetleri kamu hürriyetleri ve siyasi hürriyetler olarak iki başlık altında incelemekte; kamu haklarının tabii hukuk fikriyle izah edildiğini, diğer hakların ise “*tabii*” değil, münhasıran siyasi hak olduğunu ifade etmektedir. EREM, **Hürriyet Ve Suç**, s. 4.

⁶⁵ EREM, Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, C. II, Seçkin Yay. , Ankara 1993, s. 1178.

B- KAVRAMSAL GELİŞİMİ

1- GENEL OLARAK

Hürriyet aleyhinde işlenen suçların bir kısmı daha önceden çeşitli biçimlerde düzenlenmiş olsa da, hürriyete karşı fiillerin ayrı bir kategori biçiminde, suç olarak kabul edilmesi ancak 18. yüzyıl sonrasına dayanmaktadır.⁶⁶ Hürriyet aleyhinde işlenen suçların kanunlarda ayrı bir sınıflandırma halinde kabul edilmesi, kişinin doğuştan hürriyetlere sahip olduğunu savunan tabii hukuk doktrininin ve tabii hukuk doktrininin oluşturduğu düşünce akımlarının etkisiyle düzenlenen insan hakları bildirgelerinin yaratmış olduğu ahval ile mümkün olabilmektedir.⁶⁷

Roma Hukukunda suçlar, teorik ve sistemli bir sınıflandırmaya tabi tutulmamasına karşın, çeşitli suç kategorileri mevcuttu. Ayrı bir kategori içerisinde yer verilmemesine karşın hürriyet aleyhinde işlenen suçlar; *crimen vis*⁶⁸, *plagium*⁶⁹, *de ambitu*⁷⁰, dine karşı suçlar ve kısmen *iniuria* suçları⁷¹ arasında düzenleme altına alınmıştır.⁷² Ancak söz konusu suçlar, dolaylı bir biçimde hürriyetleri koruma altına

⁶⁶ BECCARIA, Suçlar ve Cezalar Hakkında (Dei delitti e delle pene) adlı eserinde, kişinin güvenliğinin yasalarla sağlam ve dokunulmaz bir biçimde korunmasının her meşru topluluğun temel amacı ve toplum sözleşmelerini yaparken kişilerin gösterdiği özverinin haklı ödülü ve adil karşılığı olduğunu, kişi güvenlik ve hürriyetlerine karşı yapılan saldırıların en ağır suçlardan olduğunu ifade etmiştir. BECCARIA, Cesare, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev. SELÇUK, Sami, İmge Kitabevi, 1. B. , Haziran 2004, s. 56–57.

⁶⁷ Bkz: ERSOY, s. 22.

⁶⁸ Kişinin hürriyetini sınırlamak veya iradesini kısıtlamak suretiyle, maddi veya manevi olarak kişiyi iradesine aykırı bir şey yapmaya, yapmamaya veya bir şeye katlanmaya zorlama suçları anlamına gelmektedir. *Crimen vis* tipi içerisinde cebir suçları, cinsel suçlar, kız kaçırma, siyasi hürriyet aleyhinde suçlar yer almaktadır. Bkz: ÖZEK, “*Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri*”, s. 956.

⁶⁹ *Plagium*, hür olan kişinin hürriyetinden mahrum edilmesi veya bir köleye sahip çıkılması suçudur. ERSOY, s. 22, dp. 32.

⁷⁰ *De ambitu*, seçimlere fesat karıştırılmasına ilişkin suç tipidir. Bkz: ÖZEK, “*Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri*”, s. 956.

⁷¹ *Iniuria* suçu, hukuka aykırı maddi tecavüz içeren fiilleri ve müessir fiilleri ifade etmektedir. Bkz: ARTUK, Mehmet Emin, “*Hürriyeti Tahdit Cürmü*”, **Halid Kemal Elbir’e Armağan**, İstanbul 1996, s. 49, dp. 7.

⁷² ERSOY, s. 22.

almaktaysa da; asıl olarak söz konusu fiiller, devlet egemenliğine aykırılık teşkil ettiğinden düzenleme altına alınmıştır. Kişilerin hürriyetleri üzerinde egemen güç devlet olduğundan, devlete ait yetkilerin kişiler tarafından gasp edilmesi⁷³, devlet egemenliğine karşı bir suç olarak kabul edilmiştir.⁷⁴ Bu itibarla, Roma Hukukunda hürriyet aleyhinde işlenen fiiller ancak devlet egemenliğini ihlal ettiği ölçüde suç olarak kabul görmüştür.

Cermen Hukukunda kişi hürriyeti aleyhinde işlenen suçlar; hür bir kişiyi satmak, kişiyi kaçırmak, hürriyetinden mahrum etmek, konut dokunulmazlığını ihlal etmek gibi çeşitli biçimlerde kişiye karşı suçlar arasında yer almaktaydı.⁷⁵ Hürriyet aleyhinde işlenen suçlar, bu başlık altında kişiyi hürriyetinden mahrum etme ve cebir kullanma suçları olarak ilk kez 17. yüzyıl Cermen Hukukunda düzenleme altına alınmıştır.⁷⁶

Tabii hukuk doktrininin etkisiyle oluşan klasik liberal hürriyet anlayışının sistemli bir biçimde ileri sürülmesi ve insan hakları bildirgelerinin hukuki muhteva kazanması neticesinde hürriyet aleyhinde işlenen suçlar, çeşitli kanunlarda bu başlık altında yahut farklı sınıflandırmalar içerisinde yer bulmaya başlamıştır. Kişi hürriyetine karşı suçlar, öncelikle anayasal hükümlere aykırı olarak görüldüğünden, anayasaya karşı suçlar başlığı altında, sonrasında anayasaya karşı suçlar başlığı altında ayrı bir bölümde ve nihai olarak ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir.⁷⁷ Ancak zaman içerisinde, sosyal ve siyasal değişimlerin etkisiyle hususiyetle

⁷³ GÜLŞEN, Recep, **Hürriyeti Tahdit Suçları (TCK m. 179–187)**, Adalet Yay. , Ankara 2002, s. 29.

⁷⁴ Bkz: ARTUK, “*Hürriyeti Tahdit Cürmü*”, s. 49.

⁷⁵ ÖZEK, “*Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri*”, s. 956.

⁷⁶ ERSOY, s. 23.

⁷⁷ ERSOY, s. 23–24.

marksist⁷⁸ ve faşist⁷⁹ ideolojinin hakim olduğu rejimlerde hürriyet aleyhinde işlenen suçlara ilişkin düzenlemelerde ilgili ideolojilerin doğrultusunda farklılıklar gerçekleşmiştir. Buna karşın, hürriyet aleyhinde işlenen suçların düzenlenmesinde klasik liberal hürriyet anlayışı halen etkisini sürdürmektedir. Bireyi ön plana alan bu anlayış doğrultusunda, hürriyet, kişiler arasındaki ilişkiler yönünden ele alınmaktadır.⁸⁰

2- TÜRK HUKUKUNDA

a- 765 sayılı Türk Ceza Kanununa Kadar Olan Dönem

Osmanlı Devleti'nde İslam hukuku cari olup; sistemli bir ceza hukuku söz konusu değildi. Ancak ceza gerektiren suçların üç başlık altında incelenebilmesi mümkündür. Birinci kategoride zina, içki içme, hırsızlık, yol kesme gibi sabit ceza (hadd) gerektiren suçlar, ikinci kategoride kısas cezası gerektiren öldürme ve müessir fiil suçları, üçüncü kategoride ise, diğer kategoriler içerisinde yer almayan takdirli ceza (tazir) gerektiren suçlar yer almaktadır. Şeriat hükümleri tarafından düzenlenmiş suç tipleri oldukça sınırlı düzeyde olduğundan, İslam ceza hukukunda hükümdar yahut kadı tarafından yaptırımı belirlenen tazir gerektiren suçlar kabul

⁷⁸ Marksist hürriyet anlayışı, liberal hürriyet görüşüne karşı çıkmakta; sınıflar arasındaki farklılıklar giderilinceye kadar kişilerin hürriyetleri bulunmamakta; hürriyetler devlet ve toplum açısından ele alınmaktadır.

⁷⁹ Faşist hürriyet anlayışı, liberal hürriyet anlayışının bireyi esas alan hürriyet görüşüne karşı çıkmakta; hürriyetler kişilere ait kabul edilmeyerek, devlet menfaatleri yönünden değerlendirilmektedir.

⁸⁰ Mülga 765 sayılı TCK'da ve yürürlükteki 5237 sayılı TCK'da da klasik liberal hürriyet anlayışı benimsenmek suretiyle, birey esas alınarak, hürriyet aleyhinde işlenen suçlar düzenleme altına alınmıştır. ÜZÜLMEZ, **Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları**, s. 18.

edilmiştir.⁸¹ Bu itibarla, ilk iki kategoride yer almayan hürriyet aleyhinde işlenen suçlar üçüncü kategoriye dahil edilebildiği ölçüde tazir cezası ile cezalandırılmaktaydı.

Osmanlı Devleti'nde hürriyet aleyhinde işlenen suçların düzenleme altına alınması, insan hakları bildirgelerinin hukuki muhteva kazanması neticesinde tanzim edilmiş ceza kanunlarının etkisiyle gerçekleşmiştir. Osmanlı Devleti'nde sarıh bir biçimde ilk kez 1858 tarihli Ceza Kanunnamei Hümayunu'nda usule aykırı hapis ve tutuklama, kız ve çocuk kaçırma gibi hürriyet aleyhinde işlenen bir kısım suçlar düzenleme altına alınmıştır.⁸²

b- 765 sayılı Türk Ceza Kanun Dönemi

ba- Genel Olarak

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kurulmasından sonra, dönemin yürürlükteki düzenlemeleri dikkate alınmak suretiyle ceza kanunu oluşturma çabasına girilmiştir. Bu doğrultuda, düzenlenişinden önceki sistemlerden farklı bir biçimde hürriyete karşı suçları bir araya getirerek tek bir kategori altında toplayan, ferdiyetçi liberal hürriyet anlayışının hakim olduğu 1889 İtalyan Zanardelli Ceza Kanunu mehzaz alınmak suretiyle 1926 tarihli, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu hazırlanmıştır.⁸³ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, Mehaz Kanunun genel sistemini aynı şekilde korumak

⁸¹ IMBER, Colin, **Şeriattan Kanuna Ebussuud Ve Osmanlı'da İslami Hukuk**, Çev: BEDİR, Murteza Tarih Vakfı Yurt Yay. , No:145, İstanbul Eylül 2004, s. 219; AKMAN, Mehmet, **Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması**, Eren Yay. , İstanbul Mart 2004, s. 24–25.

⁸² ARTUK, “*Hürriyeti Tahdit Cürmü*”, s. 50.

⁸³ CİHAN, **Cebir Kullanma Cürmü**, s. 24.

suretiyle, suçların tasnifini suçun hukuki konusuna göre belirleyerek⁸⁴, hürriyet aleyhinde işlenen suçları tek bir başlık altında toplamış ve belirli bir tasnif içinde alt ayrımlara tabi tutmuştur. Bu bağlamda; devletin şahsiyetine karşı suçlardan sonra gelmek üzere hürriyet aleyhinde işlenen suçlar başlığı altında; siyasi hürriyet, din hürriyeti, şahıs hürriyeti, mesken masuniyeti, sırrın masuniyeti, iş ve çalışma hürriyeti aleyhinde suçlar düzenleme altına alınmıştır.⁸⁵ Kanun, hürriyeti hukuki bir konu olarak değil, müstakil bir mevzu kabul ederek kişi hakları yönünden koruma altına almıştır.⁸⁶

Şahıs hürriyeti aleyhinde suçlar, Kanunda sarıh bir ayrım bulunmamasına karşın, cebir ve tehdit suçları olarak iç hürriyete, hürriyetten mahrum etme, usulsüz arama, mahkumlara kötü muamele, usulsüz tutuklama suçları olarak dış hürriyete karşı suçlar olarak ikiye ayrılabilir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihine değin, dönemin faşist hürriyet anlayışı ile hazırlanmış kanunlarının etkisinde kalınmasına karşın, hürriyet aleyhinde işlenen suçlar yönünden önemsiz bir takım değişikliklerle uygulanmaya devam etmiştir.

Liberal hürriyet anlayışının klasik hürriyetlerinin yetersiz kalmasıyla, hürriyetlerin sözde kalmaması, gerçekten bireylere birtakım güvenceler sağlayabilmesi için kanunlar tarafından tanınması ve ihlallerinin yaptırıma bağlanması gerektiğini savunan pozitivist akımın etkisiyle⁸⁷ hususiyetle İkinci Dünya

⁸⁴ HAFIZOĞULLARI/GÜNGÖR, “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, **TBBD**, S. 69, Mart-Nisan 2007, s. 28.

⁸⁵ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, Mehaz Kanundan farklı olarak hürriyet aleyhinde işlenen suçlar arasında “köle haline getirme” suçunu düzenlememiştir. CİHAN, **Cebir Kullanma Cürmü**, s. 29.

⁸⁶ ÖZEK, Çetin, “Siyasi Hürriyet Aleyhinde Cürümler”, **İÜHF**, C. XLI, S. 1–2, İstanbul 1975, s. 25.

⁸⁷ GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Ekin Kitabevi, Bursa 2004, s. 149.

Savaşından sonra⁸⁸ liberal hürriyet anlayışıyla hazırlanmış olan kanunlara kişinin devletten talep edebileceği sosyal ve ekonomik hakların eklenmesi gerekmiştir. Buna karşın, 765 sayılı TCK, söz konusu değişiklikleri takip edememiş; Mülga Kanun döneminde sosyal ve ekonomik hürriyetlerin düzenlenerek koruma altına alınması ihtiyacı giderilmemiştir.

765 sayılı TCK’da hürriyet aleyhinde işlenen suçların, birey esas alınmak suretiyle, liberal hürriyet anlayışı doğrultusunda hazırlanmış olmasına karşın, şahıslara karşı suçlar arasında yer almak yerine devlete karşı suçlardan sonra gelmek üzere ayrı bir başlık altında düzenlenmiş olması eleştirilmiştir.⁸⁹ Nitekim, 765 sayılı Kanun, hazırlanışında hakim olan hürriyet anlayışı ile çelişkili bir biçimde, hürriyetlerin salt kişi yönünden ele alınmasına karşın, sistematik açısından devlete karşı işlenen suçlar arasındaki bir bapta düzenlenmesi uygun bulunmamaktaydı.⁹⁰ Öte yandan, hürriyetlerin ihlalinin anayasal hükmün de ihlali anlamını taşıdığı ve devlet düzenine aykırılık teşkil ettiğinden, devlet aleyhine suçlar arasında düzenlenmesi gerektiği de ileri sürülmekteydi.⁹¹

765 sayılı TCK’da hürriyet aleyhinde işlenen suçların, tek bir başlık altında toplanmakla birlikte, hürriyetlerin çeşitli sınıflandırmalara tabi tutularak alt gruplara ayrılması, hürriyetin tekliği prensibine aykırı bulunmaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, hürriyetler çeşitli yönlerden sınıflandırmalara tabi tutulsa da, özünde bir bütündür. Bu itibarla, hürriyet aleyhinde işlenen suçların da bireyi esas alan bir

⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: KAPANİ, s. 56 vd.

⁸⁹ ÖZEK, “*Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri*”, s. 967; EREM, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, s. 1133; TOROSLU, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, s. 360; CİHAN, *Cebir Kullanma Cürmü*, s. 22–23.

⁹⁰ ERMAN/ÖZEK, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar (TCK 448–490)*, İstanbul 1994, s. 2.

⁹¹ ÖZEK, “*Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri*”, s. 950; TOROSLU, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, s. 317, 360.

kanun sistematüğinde kişi hürriyeti aleyhinde suçlar olarak alt ayrımlara gidilmeden tek bir başlık altında düzenlenmesi daha tutarlı olacaktı. Ancak bu halde ise, sınıflandırmanın yorumu zorlaştırması, hürriyete karşı suçların kişi ile bütünleştirilmesi sorunu gündeme gelebilecekti.⁹²

bb- Hürriyetten Mahrum Etme Suçu Yönünden

765 sayılı TCK'nın ikinci kitabının hürriyet aleyhinde işlenen cürümler başlıklı ikinci babının şahıs hürriyeti aleyhinde cürümler başlıklı üçüncü faslında 179 ila 187. maddeler arasında kişi hürriyetinden mahrum etme suçu, ağırlaştırıcı, hafifletici sebepleri ve farklı biçimleri ile birlikte düzenlenmiştir. Ayrıca hürriyet aleyhinde işlenen cürümler babında yer almamakla birlikte, hürriyetten mahrum etme suçu ile ilişkili bulunan Kız ve Kadın ve Erkek Kaçırarak Suçu, Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler başlıklı 8. Babın İkinci Faslında ve adam kaldırmak suçu, Mal Aleyhinde Cürümler başlıklı Onuncu Babın İkinci Faslında hüküm altına alınmıştır.

765 sayılı TCK'nın 179. maddesinde kişiyi hürriyetinden mahrum etme suçu ve ağırlaştırıcı sebepleri⁹³, 180. maddesinde suçun diğerk ağırlaştırıcı sebepleri⁹⁴ ve

⁹² HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 161.

⁹³ Fiili işlemek için yahut işlediğı zamanda tehdit veya kötü muamele edilmesi veya hile kullanılması yahut fiilin öç alma kastıyla veya dini veya milli bir maksatla yahut (499 uncu maddedeki haller dışında) maddi çıkar sağlama kastıyla (veya siyasi veya ideolojik veya sosyal görüş ayrılıklarından kaynaklanan) herhangi bir amaçla işlenmesi yahut mağdurun askerlikte kullanılmak üzere yabancı bir ülkeye teslim edilmesi hapis cezasının alt ve üst sınırlarını ve para cezasını arttıracak bir sebep olarak belirlenmiştir. Ayrıca suçun (silâhla veya birden çok kişi tarafından birlikte işlenmesi) halinin cezayı arttıracak kabul edilmiştir. Parantez içerisinde belirtmiş olduğumuz kısımlar Kanununa daha sonra yapılan değişikliklerle eklenmiştir.

⁹⁴ Suçun usûl ve fûruya yahut karıya veya kocaya karşı yahut Büyük Millet Meclisi âzasından biri yahut memuriyeti işlerinden dolayı bir memur aleyhine işlenmesi yahut suç sebebiyle mağdurun şahsına veya sıhhatine yahut malına bir zarar gelmesi halleri hapis cezasının alt ve üst sınırlarını arttıracak bir sebep olarak belirlenmiştir.

hafifletici nedeni⁹⁵, 181. maddesinde memur tarafından işlenen hürriyetten mahrum etme suçu, ağırlaştırıcı sebepleri ve hafifletici nedeni, 182. maddesinde şehvet hissi ve evlenme maksadı olmaksızın on iki yaşını bitirmiş, on beş yaşından küçük çocuğun rızasıyla kaçırılması veya alıkonulması suçu, 184. maddesinde yetkili memurun kişiyi haksız olarak hapis haneye, tutukevine kabul etmesi yahut tahliye emrini yerine getirmemesi suçu, 185. maddesinde yetkili memurun kanunsuz hapis olunan kişinin tahliyesi için gerekli işlemi yapmaması suçu, 187. maddesinde ise, memurların işlediği bu suçlara ilişkin ağırlaştırıcı neden⁹⁶ yer almaktadır. Ayrıca Kanunun 429. maddesinde şehvet hissi veya evlenme maksadıyla reşit veya reşit kılınan kadının kaçırılması yahut alıkonulması suçu ve ağırlaştırıcı sebebi⁹⁷, 430. maddesinde şehvet hissi veya evlenme maksadıyla reşit olmayan kişinin rızasız kaçırılması, rızayla kaçırılması yahut alıkonulması suçları, 499. maddesinde ise, para veya eşya veya senet almak amacıyla adam kaldırma suçu ve ağırlaştırıcı sebepleri⁹⁸ düzenlenmiştir.

Mülga TCK'da 179. maddede düzenlenen ve çalışma konumuzu oluşturan suç tipinin karşılığı olan hürriyetten mahrum etme suçu, doktrindeki deyiimiyle hürriyeti tahdit, düzenlenişinden yürürlükten kaldırılmasına değin sadece bir kez değışikliğe uğramıştır. 1979 yılında yapılan değışiklikle birinci fıkrada öngörülen hapis cezasının alt sınırı 1 yıla çıkartılmış, para cezası öngörölmüş ve metnin dili yalınlaştırılmıştır. İkinci fıkraya suçun siyasi veya ideolojik veya sosyal görüş

⁹⁵ Failin takibat icra olunmazdan evvel tasavvur ettiğı maksada nail olmaksızın ve hürriyetinden mahrum edilen şahsa bir gına zararı dokunmaksızın onu kendiliğinden serbest bırakması hali cezada indirim sebebidir.

⁹⁶ Memurun hususi bir maksada hizmet etmiş bulunması cezayı arttıran bir sebep olarak kabul edilmiştir.

⁹⁷ Kaçırılan kadının evli olması, cezanın alt sınırını arttıran bir sebep olarak düzenlenmiştir.

⁹⁸ Suçun siyasî veya sosyal maksatlarla veya resmî makamları bir işi yapmaya veya yapmamaya zorlamak için işlenmesi cezayı ağırlaştıran sebepleridir.

ayrılıklarından kaynaklanan bir amaçla işlenmesi ağırlaştırıcı sebep olarak eklenmiş, maddi çıkar sağlama kastıyla suçun işlenmesi ağırlaştırıcı sebebi 499 uncu maddedeki haller dışındaki durumlarla sınırlandırılmıştır. Söz konusu değişiklikle üçüncü bir fıkra da eklenmek suretiyle, suçun silahla veya birden çok kişi tarafından birlikte işlenmesi hali ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiştir.⁹⁹

⁹⁹ Bkz: ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, **5237 sayılı Kanuna göre hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler**, yeniden gözden geçirilmiş 7. B. , Ankara 2006, s. 238–239.

İKİNCİ BÖLÜM

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN HUKUKİ KONUSU, FAİLİ, MAĞDURU VE UNSURLARI

I- SUÇUN HUKUKİ KONUSU

Suçlar, mahiyetlerini ve vasıflarını ortaya koymak, orantılı yaptırımlara bağlanmak amacıyla çeşitli biçimlerde tasnif edilmektedir. Suçların tasnifinde esas alınan kriterlerden biri de objektif bir nitelik taşıyan suçun hukuki konusu kriteridir.¹⁰⁰ Söz konusu kritere ilk kez 18. yüzyılda sarıh bir biçimde olmasa da, BECCARIA tarafından değinilmiştir.¹⁰¹ Her suçun en azından bir hukuki konusu mevcut olup; hukuki konu suç ile ihlal edilen varlık¹⁰², değer¹⁰³ veya menfaattir.¹⁰⁴ Bir başka deyişle suç ile ihlal edilen, ceza ile korunan, bu surette hukuki nitelik kazanan insani değer veya menfaat suçun hukuki konusunu meydana getirmektedir.¹⁰⁵ Suça ilişkin norm ile suça konu hukuki değer veya değerler korunmaktadır.¹⁰⁶

¹⁰⁰ TOROSLU, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, s. 47.

¹⁰¹ BECCARIA, Suçlar ve Cezalar Hakkında (Dei delitti e delle pene) adlı başyapıtında, suçları yönelik oldukları varlığa göre; devletin kişiliğine karşı suçlar, kişi güvenliğine karşı suçlar olarak tasnif etmiştir. BECCARIA, s. 56–57.

¹⁰² Hukuki varlık, hukuken korunan “insanın ihtiyaçlarını tatmine elverişli her şey” olarak tanımlanmaktadır. TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku**, Savaş Yay. , 7. B., Ankara 2005, s. 65.

¹⁰³ Hukuki menfaat, hukuken korunan “kişi ile varlık arasında var olan ve kişinin bir ihtiyacını gidermek için varlığı kullanmasına imkan veren ilişki” olarak tanımlanmaktadır. TOROSLU, **Ceza Hukuku**, s. 65.

¹⁰⁴ TOROSLU, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, s. 72, 87 vd.

¹⁰⁵ HAFIZOĞULLARI/GÜNGÖR, s. 23.

¹⁰⁶ SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yay. , Ankara 1998, s. 215.

Hukuk sistemlerinde öncelikli olarak korunan hukuki yarara göre, suçun kanunun sistematığı içerisinde yeri belirlenmektedir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, suçun hukuki konusu kriteri göz önünde tutularak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun İkinci Kitabının Kişilere Karşı Suçlar başlıklı İkinci Kısımının Hürriyete Karşı Suçlar başlıklı Yedinci Bölümünde tehdit, şantaj ve cebir suçlarından sonra gelmek üzere 109 ve 110. maddelerde düzenleme altına alınmıştır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile korunmak istenen birincil amaç, Kanunun sistematığı ele alındığında, kişi hürriyetidir.

Kanunda suçun hukuki konusu kriteri dikkate alınmak suretiyle düzenlemeye gidilmiştir. 109. maddenin gerekçesinde de, suç ile korunan hukuki değerin kişilerin kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyeti olduğu, kişilerin bir yerde kalma ve bir yere gitme konusunda tercihte bulunma serbestisine sahip olduğu, suçun işlenmesinin bu serbestiyi ihlal ettiği ifade edilmiştir.¹⁰⁷ 5237 sayılı TCK, hürriyete karşı suçları ayrı bir başlık altında, hürriyetlerin korunması yönünden kişiyi esas almak suretiyle¹⁰⁸, kişilere karşı suçlar içerisinde, tanzim etmiştir.¹⁰⁹ Bu doğrultuda, kanun koyucunun hürriyete ilişkin hükümlerin düzenlenmesinde kişi hürriyetini en geniş şekilde korumak istediği¹¹⁰ düşünülmektedir.

¹⁰⁷ **TCK Tasarısı Ve Adalet Komisyonu Raporu**, TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, S. Sayısı:664, 2004, s. 518.

¹⁰⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, 5237 sayılı TCK'nın hürriyete karşı suçlara ilişkin düzenlemelerinde hürriyetin kişinin bir niteliği haline getirilmek suretiyle kişi ile bütünleştirilmesini eleştirmektedir. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, "*Hürriyet Karşı Suçlar*", s. 2711.

¹⁰⁹ 765 sayılı Kanun döneminde, tüm hürriyetten yoksun kılma fiilleri hürriyet aleyhinde cürümler başlığı altında düzenlenmemiştir. 765 sayılı Kanun, öncelikli korunan hukuki yarar olarak kız, kadın ve erkek kaçırma suçlarında umumi adap ve aile nizamını, adam kaldırma suçunda ise malvarlığını kabul etmiştir. Doktrinde kız, kadın ve erkek kaçırma suçlarının kişisel hürriyet bir tarafa bırakılarak, faildeki şehvet hissi ve evlenme amacından hareketle Genel Adap ve Aile Düzeni Aleyhinde Cürümler bölümünde düzenlenmesi eleştirilmiş; hürriyet aleyhinde işlenen suçlar arasında düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. AKBULUT BOZDOĞAN, Berrin "*Kaçırma ve Alıkoyma Suçları*", **SÜHFD**, Milenyum Armağanı, C. 8, Y. 2000 S. 1–2, s. 315.

¹¹⁰ EREM, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, s. 1179.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiili, kişinin bulunmak istediği yeri seçme hürriyetini kısıtladığından veya ortadan kaldırdığından¹¹¹; suçun hukuki konusu, kişinin hür irade içinde verdiği kararlara uygun olarak hareket serbestisini kullanması, bulunduğu yeri terk edebilme yahut bulunduğu yerde kalma imkan ve iktidarındır. Suça ilişkin düzenleme ile korunan hareket serbestisinden kasıt, kişinin aktüel değil, potansiyel hareket¹¹² serbestisidir.¹¹³ Kişi, hareket etmek yeteneğine bağlı olarak değil; objektif anlamda, zorlayıcı müdahalelerin kendisi üzerinde gerçekleştirilmemesiyle hür olabilir. Kişi hürriyetini, hareket kabiliyetine bağlı olmaksızın, herkese tanıyan Anayasal hükmün¹¹⁴ korunmasını sağlayan bu suç tipi, aktüel hareketin varlığını arayamaz. Suç ihdasıyla, kişinin iradesine göre o anda kullanıp kullanmadığı dikkate alınmaksızın sahip olduğu hareket serbestisi himaye edilmektedir.¹¹⁵

Belirtmek gerekir ki; bu düzenlemeyle kişinin hür irade içinde karar vermesi değil, bu çerçevede vermiş olduğu kararlarını uygulayabilmesi hukuki korumaya bağlanmıştır. Kişinin kararlarını hür bir biçimde oluşturabilmesi, iç hürriyetinin varlığına bağlı olup; kişinin iç hürriyeti tehdit, şantaj ve cebir suçları ile korunmaktadır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ise, kişinin iradi kararlarını

¹¹¹ JESCHECK/SIEBER, **Ceza Hukukuna Giriş, Alman Ceza Hukuku, Kusur İlkesi, Ceza Hukuku Sınırları**, Çev: YENİSEY, Feridun, Beta Yay. , 2. B., İstanbul Eylül 2007, s. 87.

¹¹² ÖNDER, Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Filiz Kitabevi, yenilenmiş ve genişletilmiş 4. B. , İstanbul 1994, s. 26-27.

¹¹³ ÜZÜLMEZ, 5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin düzenlenişinden aktüel hareket hürriyetini koruduğu sonucunu çıkarmanın daha kolay olduğunu ifade etmektedir. ÜZÜLMEZ, İlhan, “*Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 2007, C. XI, S. 1-2, **Yrd. Doç. Dr. İbrahim ONGÜN'e Armağan**, Ankara 2009, s. 1186.

¹¹⁴ GÜLŞEN, s. 40.

¹¹⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yay. , 5. B. , Ankara Şubat 2007, s. 342.

yerine getirmesini korumak suretiyle, dış hürriyetini, maddi hürriyetini¹¹⁶ konu edinmektedir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin düzenleme ile kişinin hareket etme hürriyeti korunduğu gibi, hareket etmeme, bulunduğu yerde kalma hürriyeti de himaye altına alınmaktadır.¹¹⁷ Bir başka ifadeyle, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kişinin hareket hürriyetinin hukuka aykırı bir biçimde anlık olmanın ötesinde bir süreliğine olsun sınırlanmasını yahut ortadan kaldırılmasını cezalandırmak amacıyla ihdas edilmiştir.¹¹⁸

Doktrinde, bu suç tipi ile kişinin vücut dokunulmazlığının da koruma altına alınmak istendiği, suçun işlenmesinde zorunlu olmasa da genellikle zor kullanıldığı, mağdurun uzun süre zor şartlarda yaşamak zorunda bırakıldığı ifade edilmiştir.¹¹⁹ Ancak suçun basit halinde zor kullanılmasının gerekmemesi, tehdit ve cebir ile işlenilmesinin suçun ağırlaştırıcı sebebi olması sebebiyle, korunan hukuki yararı tayinde dikkate alınması bizce hatalıdır. Kaldı ki, hürriyetten yoksun bırakılmanın uzun süreli olması yahut mağdurun zor şartlara maruz bırakılması suçun maddi unsuru içinde yer almamaktadır. Ayrıca kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleşmesi kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanmasını gerektirmektedir. Bununla beraber, kamu görevlisinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılması halinde öncelikli korunan hukuki yarar kişi hürriyeti

¹¹⁶ Doktrinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kişinin maddi hürriyetine zarar vermekte olduğu ifade edilmektedir. Bkz: TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 343.

¹¹⁷ ÖZBEK, Veli Özer, **TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C:II, Özel Hükümler (Madde 76-169), Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar**, Seçkin Yay. , Ankara 2008, s. 716.

¹¹⁸ CİHAN, Erol, “*Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit)*”, **İÜHFİM**, C. XLI, S. 1-2, 1975, s. 50, 58; GÖKÇEN, Ahmet, “*Hürriyete Karşı Suçlar (5237 Sayılı TCK. m. 106-122)*”, **www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc** , E.T:16.05.2009, s. 7.

¹¹⁹ ÖZBEK, s. 717.

olmakla birlikte kamu idaresinin güvenliğinin de koruma altına alındığı söylenebilecektir.

Doktrinde kişinin güvenliği ve seyahat hürriyetinin suç ile korunan hukuki yarar olduğu ifade edilmiştir.¹²⁰ Kişi güvenliği, dar anlamda kişinin haksız olarak göz altına alınmaması, tutuklanmaması ve hürriyetinden mahrum edilmemesi, geniş anlamda ise kişinin yaşam hakkına, özel hayatının gizliliğine ve konutuna dokunulmaması, maddi ve manevi varlığının korunması, onuruna yakışmayan muameleye, işkence ve eziyete tabi tutulmaması, haksız olarak ve hakim kararı olmaksızın göz altına alınmaması, tutuklanmaması ve hürriyetinden mahrum edilmemesi olarak tanımlanmaktadır.¹²¹ Görüleceği üzere, kişi güvenliği, kişinin haksız bir biçimde gözaltına alınmaması, tutuklanmaması suretiyle hürriyetini teminat altına almaktadır. Ancak kişi hürriyeti, sadece haksız göz altına alınma ve tutuklanma suretiyle sınırlanmadığından, kişinin çeşitli biçimlerde hürriyetinden yoksun kılınması söz konusu olabileceğinden kavramların tümüyle örtüştüğü söylenemeyecektir. Ayrıca kişi güvenliği, geniş anlamda ele alındığında kişi hürriyetinin ötesinde yaşam hakkını, onurunu içermekte olup; bu hakların korunması kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin düzenleme ile değil, farklı suçlar ile gerçekleştirilmektedir.

Seyahat hürriyeti ise, *“kişinin yurt içinde ve yurt dışında istediği zaman ve şekilde gezme, yer değiştirme özgürlüğü”*¹²² olarak tanımlanmakta olup; Anayasal hükümle herhangi bir ayırım yapılmadan bu hürriyete herkesin sahip olduğu kabul

¹²⁰ ŞEN, Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 438.

¹²¹ GÜNEŞ, Seyithan, **Teori Ve Uygulamada Kişi Özgürlüğü Ve Güvencesi**, Kazancı Hukuk Yay. , No:159, İstanbul 1998, s. 98, dp. 179.

¹²² **Resimli Ansiklopedik Büyük Sözlük İngilizce, Fransızca, Almanca karşılıklar, Terimler, Deyimler, Atasözleri**, Arkın Kitabevi, C. 3, s. 1847. Hukuk sözlüğünde de benzer mahiyette, *“Kişinin istediği yere gidip gelebilmesi özgürlüğü”* olarak tanımlanmıştır. YILMAZ, s. 723.

edilmiştir. Seyahat hürriyetinin, dolaşım, gezme hareket etme, yer değiştirme dışında, bulunduğu yerde kalma, alıkonulmama (tutuklanmama) ve ikametini seçme (yerleşme) özgürlüklerini de kapsadığı, bu hürriyetin fiziki hürriyet ve güvenlik ile de ilişkili olduğu belirtilmektedir.¹²³ Bu itibarla, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin düzenleme ile kişinin Anayasal bir hakkı olan seyahat hürriyetinin de koruma altına alındığı söylenebilecektir.

II- FAİL VE MAĞDUR

A- FAİL

Kanunda suç olarak belirlenmiş olan fiili gerçekleştiren veya gerçekleştirilmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi, suç failidir.¹²⁴ Her suçun asgari olarak bir faili bulunmaktadır. Anayasanın 38. maddesinin 7. fıkrasında ceza sorumluluğunun şahsi olduğu ifade edilmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 20. maddesinde de bu kural yinelenmiş, devamla tüzel kişiler hakkında ceza yaptırım uygulanamayacağı ancak Kanunda açıkça belirtildiği hallerde güvenlik tedbirine hükmolunabileceği düzenlenmiştir. Kanunun tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmedileceği yönündeki hükmü, tüzel kişilerin suç faili olup olamayacakları hususunda tartışma yaratmıştır.¹²⁵ Genel kabul, ceza sorumluluğunun

¹²³ KABOĞLU, s. 320.

¹²⁴ 5237 sayılı TCK'nın faillik başlıklı 37. maddesi; *“Suçun Kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur. Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.”* biçimindedir.

¹²⁵ DÖNMEZER, suç içeren fiili yapan dışında yaptırımın da suçun faili olabileceğinden yola çıkarak tüzel kişilerin de suç faili olabileceklerini ifade etmiştir. DÖNMEZER, Sulhi, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, Bahçeşehir Üniversitesi Yay. , İstanbul 2003, s. 249.

şahsiliği kuralı ve tüzel kişilerin ceza yaptırımına tabi tutulamayacağı hükmünün Kanunun tüzel kişileri suç faili olarak kabul etmediğini ortaya koyduğu yönündedir.¹²⁶ Buna karşın, Kanunun suç faili olarak kabul ettiği bazı kimselere¹²⁷ de ceza verilemediğinden güvenlik tedbirine hükmedileceğinin düzenlenmesi karşısında tüzel kişiler hakkındaki ilgili hüküm çelişki doğurmaktadır.¹²⁸ 5237 sayılı TCK'nın 111. maddesinde de, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi sonucunda yararına haksız menfaat sağlanması halinde tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedileceği düzenlenmiştir.

Kanunda suç faili yönünden belirli nitelikler arandığı belirtilmediği takdirde herhangi bir kişi suçun faili olabilir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun faili de Kanunda *“bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişi”* biçiminde belirtildiğinden, herkes olabilir. Suça ilişkin normda suçun oluşumu için failin sahip olması gereken herhangi bir nitelik belirlenmemiştir, suçun temel şekli için failin herhangi bir kişi olması yeterlidir. Suç failinin belirli niteliklere sahip olması suçun cezasını ağırlaştıran sebepler olarak ayrıca düzenleme altına alınmıştır. Bu doğrultuda, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kamu görevlisi tarafından görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle işlenmesi ve mağdurun üstsoy, altsoy veya eşi tarafından işlenilmesi cezayı arttıran birer sebep olarak Kanunda yer almıştır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu failinin birden fazla olması da cezayı arttıran bir sebep teşkil etmektedir. Suçun icra hareketlerinin iki veya daha fazla kişi

¹²⁶ TOROSLU, **Ceza Hukuku**, s. 241-242.

¹²⁷ 5237 sayılı Kanunun 31, 32 ve 33. maddelerinde sırasıyla suç faili olarak kabul edilen on beş yaşından küçük çocuk, akıl hastası ve 18 yaşından küçük sağır ve dilsiz olan kimse hakkında güvenlik tedbirine hükmolunabileceği veya hükmolunacağı düzenlenmiştir.

¹²⁸ HAFIZOĞULLARI, Zeki, *“5237 Sayılı Türk Ceza Kanunda Fail”*, <http://www.abchukuk.com/makale/makale308.html>, E.T: 13.11.2010.

tarafından birlikte gerçekleştirilmesi cezayı ağırlaştırıcı bir nitelik olarak Kanunda düzenlenmiştir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, Kanunda *“bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma”* biçiminde belirtilen fiilin işlenmesinde bir başkasının araç olarak kullanılması suretiyle de gerçekleştirilebilir. Bu itibarla, bu suç yönünden dolaylı faillik de mümkündür.¹²⁹ Bu suç yönünden dolaylı faillik, araç olarak kullanılan kişinin suç içeren fiili kasten işlememiş olması (örneğin kişinin dolaylı failin talimatı ile içeride kimse olduğunu bilmeden kapıyı mağdurun üzerine kilitlemesi) veya cebir, tehdit neticesinde işlemiş olması, suç içeren fiilin aynı zamanda mağduru olması (örneğin dolaylı failin kapının bozuk olduğunu bildiği halde kapıyı çekmesini söyleyerek kişinin kendisinin çıkışını engellemesine yol açması) biçimlerinde gerçekleşebilecektir. Kaldı ki, 5237 sayılı TCK’nın iftira suçunu düzenleyen 267. maddesinin 4. fıkrasında işlenmediğini bildiği halde ihbar veya şikayette bulunarak kişinin tutuklanması ve göz altına alınmasına sebep olan kimsenin, kişi hakkında kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin veya beraat yönünde karar verildiği takdirde iftira suçuna ilişkin ceza dışında ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolaylı fail olarak sorumlu tutulacağı hükme bağlanmıştır. Benzer hüküm, Kanunun 272. maddesinin 5. fıkrasında yalan tanıklık yapan kişi hakkında da söz konusudur.

¹²⁹ ÖNDER, *Özel Hükümler*, s. 28.

B- MAĞDUR

Suç içeren fiille ihlal edilen hak, varlık veya menfaatin sahibi suç mağduru diğer bir deyimle suçun pasif süjesidir. Her suçun bir mağdurunun bulunduğu ve suç mağduru ile suç faili sıfatlarının aynı kişi üzerinde birleşemeyeceği tartışmadan uzaktır.¹³⁰ Suçun maddi konusu ise, suç içeren fiilin üzerinde gerçekleştiği kişi veya şeydir. Suç mağduru ile suçun maddi konusu bazı suçlarda birleşebilmektedir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda da suç mağduru ile suçun maddi konusu hürriyetinden yoksun bırakılan kişi üzerinde birleşmektedir.¹³¹

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağduru, Kanunda “*hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden*” yoksun bırakılan *bir kimse* olarak belirtilmiş olup; mağdur yönünden herhangi nitelik gösterilememiştir. Kanunda mağdurun belirli niteliklere sahip olması cezayı ağırlaştıran bir sebep olarak düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle eski kamu görevlisinin veya halen kamu görevlisi olan kişinin, failin üstsoy, altsoy veya eşinin, çocuk, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması halinde ceza arttırılmaktadır.

Doktrinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu mağdurunun çeşitli araçlarla dahi olsa, iradi bir biçimde hareket serbestisine sahip olması gerektiği ifade edilmektedir.¹³² Ancak hareket serbestisine sahip olmayacak derecede akıl hastası, sarhoş, felçli, ağır hasta olan veya kendi kendisine hareket edebilme yeteneğine sahip

¹³⁰ TOROSLU, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, s. 174.

¹³¹ TOROSLU, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, s. 188.

¹³² CİHAN, “*Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü*”, s. 52; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 343; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 248.

olmayan küçük çocukların suçun mağduru olup olamayacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, akıl hastalığı, sarhoşluk, hastalık yönünden genel bir yargıya varmak mümkün olmayıp; kişinin bilinç ve irade serbestilerinin ne derecede azalmış olduğu göz önünde bulundurularak karar verilmelidir. Küçük yaştaki çocuklar için ise, yeni doğan bir bebeğin beşiğine bağlanmasının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna yol açmayacağı örneği verilmektedir.¹³³ Doktrinde ayrıca yeni doğmuş veya hareket serbestisine sahip olmayanlara karşı bulundukları yerde hürriyetten yoksun kılma suçu işlenemezse de, başka bir yerde tutularak, gizlenerek, başka bir yere veli, vasi veya kendisinin rızası olmaksızın götürülmeleri halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun vücut bulabileceği ifade edilmiştir.¹³⁴

Diğer bir görüşe göre ise, bu suç akıl hastasına, hastaya, felçliye veya sarhoş olan bir kimseye karşı işlenebilir.¹³⁵ Kanun, herkesin fiziki hürriyetini objektif olarak korumaktadır. Objektif olarak her ne surette olursa olsun hürriyetinden kısmen dahi olsa mahrum edilen herkesin bu suçun mağduru olabileceği kabul edilmelidir.¹³⁶ Bizce de kişinin sübjektif durumu dikkate alınarak, suçun oluşup oluşmadığına karar verilmesi hürriyetin hareket serbestisine bağlı olarak korunmasına yol açacak; objektif anlamda, zorlayıcı müdahalelerin kişi üzerinde gerçekleştirilmemesi gereği sağlanamayacaktır. Bu itibarla, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağdurunun temyiz kudretine sahip olması gerekmediği gibi, akıl hastası, sarhoş, felçli, ağır hasta, yahut küçük yaşta çocuk olması da mümkündür. Kendi kendisine hareket yeteneğine sahip olmayanların dahi çeşitli vasıtalarla, vasi veya velilerinin yardımıyla bir yerden başka bir yere gitme imkanları mevcut olup; bu imkanın

¹³³ EREM, **Hürriyet Ve Suç**, s. 63; CİHAN, “*Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü*”, s. 53.

¹³⁴ ŞEN, s. 446.

¹³⁵ ÖNDER, **Özel Hükümler**, s. 28.

¹³⁶ SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Savaş Yay. , gözden geçirilmiş III. B. , Ankara Haziran 1999, s. 589.

ortadan kaldırılması kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna vücut verebilecektir. Teknik araçlarla bulunduğu yeri değiştirebilen bir kimsenin söz konusu araçlarının ortadan kaldırılması suretiyle suç, bu kimselere karşı da işlenebilir.¹³⁷

Ancak mağdurun çocuk olduğu durumlarda suç içeren fiilin çocuğun kaçırılması ve alıkonulmasını düzenleyen 234. madde kapsamında olup olmadığının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bunun dışında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun bir yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakma biçiminde gerçekleştirilmesi halinde mağdurun akıl hastası, sarhoş, felçli olabilmesi hususunda tartışma bulunmamaktadır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile korunan hareket serbestisinin aktüel yahut potansiyel olmasına göre mağdur belirlenebilecektir. Aktüel hareket serbestisinin korunduğunu kabul eden görüşe göre, mağdurun hürriyetinden yoksun bırakılmasının öncesinde veya eş zamanlı olarak belli bir yerde kalma veya belli bir yere gitme hususunda iradi bir hareket oluşturması gerekmektedir. Ancak bu kabul, suçun oluşumunu fail tarafından gerçekleştirilen fiile değil, mağdurun iradesine bağlı kılması yönünden uygun bulunmamaktadır. Mağdurun hürriyetinden yoksun bırakılması ve hareket etmek isteyip bunu gerçekleştirememesi sonucunda suç meydana gelmiş olmaktadır.¹³⁸ Genel kabul gören ve bizim de iştirak ettiğimiz görüş, bu suçla potansiyel hareket serbestisinin korunmakta olduğu, mağdurun fiilin işlendiği sırada hareket serbestisini kullanma imkanı ve kullanmak isteyip istememesinin, hareket serbestisinin kısıtlandığını bilip bilmemesinin önemli

¹³⁷ ÖNDER, **Özel Hükümler**, s. 28.

¹³⁸ ÜZÜLMEZ, “*Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*”, s. 1188.

olmadığıdır.¹³⁹ Aksi kabul, bu hallere, mağdurun hürriyetinin kısıtlanması hususunda örtülü bir biçimde rıza gösterdiği anlamı yüklemek sonucunu doğurabilecektir.¹⁴⁰

Kişi hürriyetinden hukuka uygun olarak kısmen mahrum edilmiş olsa dahi, gerekli kısıtlamanın ötesindeki hürriyetten yoksun kılma fiilleri yönünden suçun mağduru olabilecektir.¹⁴¹ Ancak gözetim, tutukluluk, mahkumiyet hallerinde hürriyetinden kısmen mahrum edilmiş şüpheli veya sanık hakkında hürriyetinden daha fazla yoksun bırakacak nitelikteki fiillerin, oluşa göre işkence, eziyet ve benzeri suçlara vücut verdiği kabul edilmekte, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hüküm kurulması söz konusu olmamaktadır.

III- MADDİ UNSUR

A- GENEL OLARAK

Suçun maddi unsurunu oluşturan fiil; hareket, netice ve netice ile hareket arasındaki nedensellik bağıını içermektedir.¹⁴² Maddi unsuru oluşturan fiilin söz konusu üç pozitif unsur dışında, suç oluşturabilmesi için hukuka uygunluk nedenlerinden de yararlanamıyor olması gerekmektedir. Suçun maddi unsurunun ilk ögesini oluşturan hareket, yapılmaması gereken hareketin yapılması suretiyle icrai yahut yapılması gerekli bir davranışın yapılmaması suretiyle ihmali olarak gerçekleştirilebilir. Bu surette, suçlar hareketin biçimine göre icrai, ihmali (saf ihmali

¹³⁹ ARTUK, “*Hürriyeti Tahdit Cürmü*”, s. 58–59; CİHAN, “*Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü*”, s. 54–55; AYDIN, Nurullah, **Türk Suç Ve Ceza Hukuku, Genel Hükümler Özel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 199.

¹⁴⁰ CİHAN, “*Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü*”, s. 54.

¹⁴¹ EREM, **Hürriyet Ve Suç**, s. 62–63; TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş Yay. , Ankara Ekim 2005, s. 81–82. Aksi görüş için bkz: ÇINAR/ŞAHBAZ, “*Memurlar Tarafından İşlenen Özgürlükten Yoksun Bırakma Suçu*”, **ABD**, S. 1, Y. 53, Ankara Ocak 1996, s. 52–53.

¹⁴² ALACAKAPTAN, Uğur, **Suçun Unsurları**, AÜHF Yay. , No:263, Ankara 1970, s. 48.

veya ihmal suretiyle icrai¹⁴³) yahut hem icrai hem de ihmali suçlar olarak üçe ayrılabilir. ¹⁴⁴ Suçun maddi unsurunun ikinci ögesini oluşturan netice, hareketin dış dünyada meydana getirdiği ceza kuralları tarafından önemli sayılan “tipik” değişiklik¹⁴⁵; üçüncü ögesini oluşturan nedensellik bağı ise, geniş anlamda hareketle neticeyi birbirine bağlayan maddi bağıdır. Ancak sırf hareket suçlarının varlığı göz önünde bulundurulduğunda, suçun maddi unsurunun asgari objektif ögesinin hareket olduğu, netice ve nedensellik bağının zorunlu öge olmadıkları ifade edilebilecektir. ¹⁴⁶

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun maddi unsuru, Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere, “*bir kimseyi bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmak*”tır. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunda, ilgili düzenlemede, hürriyetten mahrum etme suçunun maddi unsuru, “*bir kimsenin kişi hürriyetinden mahrum edilmesi*” olarak ifade edilmekteydi. Yürürlükteki düzenlemeyle suçun maddi unsuru, “*kişi hürriyeti*” kavramının içeriğine ilişkin belirlemeler ve sınırlamalar verilmek suretiyle somutlaştırılmıştır. ¹⁴⁷ Ancak bu durum, suç ile korunan hukuki yararın kısıtlanmasına, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakan bir kısım hareketlerin suçun maddi unsuru kapsamında yer almamasına yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. ¹⁴⁸ Kanuni tanımın suçun hukuki konusu olan kişi hürriyetini tam anlamıyla koruma altına almadığı, kişinin istediği bir yere istediği bir yoldan gitmesi gibi fiziki zemindeki her türlü hareketinin hukuka aykırı

¹⁴³ Esasen icrai bir hareketle işlenebilen bir suçun ihmali bir hareketle gerçekleştirilmesi halinde ihmal suretiyle icrai bir suçtan söz edilmektedir. DÖNMEZER/ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Genel Kısım, C. I, İÜHF Yay. , yeniden gözden geçirilmiş 5. B. , İstanbul 1973, s. 404.

¹⁴⁴ TOROSLU, **Ceza Hukuku**, s. 79, 84–85.

¹⁴⁵ KEYMAN, Selahattin, “*Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket*”, **AÜHFD**, C. 40, S. 1–4, Y. 1988, s. 122; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Genel Hükümler**, s. 200.

¹⁴⁶ KEYMAN, s. 122; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Genel Hükümler**, s. 194.

¹⁴⁷ Benzer görüş için bkz: ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 240; GÖKÇEN, s. 8

¹⁴⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, “*Hürriyet Karşı Suçlar*”, s. 2724.

olarak engellenmesinin suç kapsamına dahil edilmediği ifade edilmektedir.¹⁴⁹ Gerçekten de, bu halde herhangi bir hareket düzeninde kişinin hür iradesinin gerçekleşmesini engelleyen¹⁵⁰ her türlü hürriyetten yoksun bırakılma, suça ilişkin düzenlemenin kapsamına dahil edilemeyecektir. Buna karşın, mülga Kanun döneminde de doktrinde, suçun maddi unsurunu oluşturan kişi hürriyeti kavramının kişinin hareket etme, gitme, gelme, kaldığı yeri seçme hürriyeti olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmekteydi.¹⁵¹

Bir görüşe göre, mülga Kanuna kıyasla yapılan bu değişiklik neticesinde, suçun işleniş biçimleri maddede bizzat belirlenmiş; serbest hareketli olan suç, bağlı hareketli bir suç haline getirilmiştir.¹⁵² Kişi hürriyetinin içeriğine ilişkin belirleme, suçun serbest hareketli olma vasfında herhangi bir değişiklik yapamayacağından bu görüşe katılmamaktayız. Suça ilişkin düzenlemede, suçun belirli bir biçimde ve belirli hareketlerle işlenmesi öngörüldüğü takdirde bağlı hareketli, bu yönde bir belirleme olmadığı takdirde ise, serbest hareketli suç söz konusu olmaktadır.¹⁵³ Suça, bağlı hareketli olma vasfını kazandıran, suça ilişkin düzenlemede suçun herhangi bir biçimde meydana gelmesinin yeterli görülmemesi, ne surette, hangi hareketlerle yapılması gerektiğinin belirlenmiş olmasıdır. Bağlı hareketli suçun en tipik örneği, 5237 sayılı TCK'nın 157. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçudur. Dolandırıcılık suçunun neticesi, mağdurun veya başkasının zararına olarak, failin kendisi veya başkasına yarar sağlamasıdır. Suça ilişkin düzenlemede söz konusu

¹⁴⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 176.

¹⁵⁰ DURSUN, İsmail, **Hürriyeti Tahdit Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enst. İstanbul 1999, s. 63.

¹⁵¹ SOYASLAN, **Özel Hükümler**, s. 589; Bkz: GÜLŞEN, s. 48.

¹⁵² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 342, 345; BAYTEMİR, Erdal, **Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar**, Adalet Yayınevi, 2. B., Ankara 2009, s. 480. (BAYTEMİR, kitabında suçun bağlı hareketli bir suç mu serbest hareketli bir suç mu olduğu hususunda çelişkili ifadelerde bulunmuştur. Bkz: BAYTEMİR, s. 480, 486.)

¹⁵³ ÖZTÜRK, s. 115–116.

neticenin herhangi bir biçimde meydana gelmesi yeterli görülmeyle hileli davranışlarla mağdurun aldatılması suretiyle gerçekleştirilmesi aranmıştır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin düzenlemede ise, suçun hangi hareketlerle gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde bir belirleme bulunmamaktadır. Düzenlemede yer alan “*bir yere gitmek veya bir yerde kalmak*” biçimindeki ifade, hürriyetten yoksun kılmayı açıklayıcı mahiyette olup; bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmanın belirli hareketlerle yapılması yönünde bir ifade bulunmamaktadır. Bu itibarla, aksi görüşler bulunmasına karşın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, serbest hareketli bir suçtur.¹⁵⁴

Doktrinde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin düzenlemede suçun meydana getirilmesi için “*bir yere gitmek*” ve “*bir yerde kalmak*” biçiminde hareketlerin gösterildiği ve bu hareketlerden sadece birinin yapılması ile suçun gerçekleşebileceğinin kabul edildiği düşünüldükçe, suçun seçimlik hareketli bir suç olduğu da ifade edilmiştir.¹⁵⁵ Suçlar, hareket sayısı yönünden tek hareketli, birden fazla hareketli ve seçimlik hareketli suçlar olarak üçe ayrılabilir. Suça ilişkin düzenlemede, suçun tek bir hareketle meydana getirilmesi kabul edilmişse tek hareketli, suçun meydana getirilebilmesi için birden fazla hareketin yapılması aranmışsa birden fazla hareketli, suçun meydana getirilebilmesi için birkaç hareket gösterilmiş ve bu hareketlerden sadece birinin yapılması ile suçun gerçekleşeceği

¹⁵⁴ ÜZÜLMEZ, suçun serbest hareketli bir suç olduğunu ifade etmekle birlikte, suça ilişkin düzenlemedeki bir yere gitmek veya bir yerde kalmak engellenmesi suretiyle işlenebileceğinden bahisle bu sonuca ulaşması, söz konusu ibareler hareket biçimlerine ilişkin olmadığından bizce hatalıdır. ÜZÜLMEZ, İ. , “*Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*”, s. 1190.

¹⁵⁵ ŞEN, E. , *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 439; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 342; ÖZBEK, V. Ö. , *TCK İzmir Şerhi*, s. 718.

kabul edilmişse seçimlik hareketli suç söz konusu olmaktadır.¹⁵⁶ Bu itibarla, seçimlik hareketli bir suçtan söz edilebilmesi için, suça ilişkin düzenlemede suçu meydana getirebilecek birden fazla hareket gösterilmeli ve bu hareketlerden her biri suçun meydana gelmesi için yeterli olmalıdır.

Seçimlik hareketli suçun en tipik örneği, 5237 sayılı TCK'nın 204. maddesinde düzenlenen resmi evrakta sahtecilik suçudur.¹⁵⁷ Suça ilişkin düzenlemede suçu meydana getirecek hareketler; “*bir resmi belgeyi sahte olarak düzenlemek*”, “*gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmek*” ve “*sahte resmi belgeyi kullanmak*” biçiminde belirlenmiştir. Bu surette, resmi evrakta sahtecilik suçu, sadece suça ilişkin düzenlemede sayılı bulunan üç tip hareketten birinin yapılması suretiyle oluşabilmektedir. Buna karşın, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin düzenlemede yakalama, alıkoyma, hapsetme, kaçırma gibi suçu meydana getirebilecek hareketlere yer verilmemiş, sadece maddi unsur, bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma biçiminde somutlaştırılmıştır. Bunun dışında, kişinin bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden hangi hareketlerle yoksun bırakılacağına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun gerçekleştirilmesinde kullanılan vasıta önemli olmayıp; suç, tehdit¹⁵⁸, hile¹⁵⁹, cebir¹⁶⁰ gibi araçlarla, mekanik¹⁶¹,

¹⁵⁶ Bkz: ÖZTÜRK, Baki, **Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yay. , No:40, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. B., Ankara 1994, s. 115–116.

¹⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: GÜNGÖR, Devrim, **Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu**, Yetkin Yay. , Ankara 2010.

¹⁵⁸ Örneğin; kişi, fail tarafından kendisi ile birlikte gelmediği takdirde ailesine zarar verileceğinden bahisle tehdit edilebilir.

¹⁵⁹ Örneğin; kişi, fail tarafından eşinin kaza geçirdiğine ilişkin sahte haberle, eşinin yanına gidileceğinden bahisle, kendisi ile birlikte gelme hususunda kandırılabilir.

¹⁶⁰ Örneğin; kişi, müessir fiil uygulanmak suretiyle bir yere kapatılabilir.

kimyevi¹⁶², fiziki, manevi her türlü biçimde işlenebilir.¹⁶³ Önemli olan gerçekleştirilen fiil ile hürriyetten yoksun kılmanın meydana gelmiş olmasıdır. Ancak suçun, cebir, tehdit, hile veya silahla işlenilmesi cezayı ağırlaştıran sebeplerdir. Söz konusu vasıtalar dikkate alındığında, suçun, genellikle icrai hareketlerle işlendiği anlaşılmaktaysa da, ihmali hareketlerle işlenmesi de mümkündür. Suçun ihmali hareketle işlenilmesi, failin, kişinin hürriyetinden yoksun kalmasını engelleme, icrai harekette bulunma hususunda yükümlüğünün varlığına bağlıdır.¹⁶⁴ Bu itibarla, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, Kanunda yazılı bulunan yapılması gerekli hareketin yapılmaması biçiminde oluşan ve sırf ihmal suçu¹⁶⁵ olarak nitelendirilebilecek suç tiplerinden olmamakla birlikte, esasen icrai bir hareketle işlenebilecek bir suç olmasına karşın, ihmal suretiyle de işlenebilir.

Bir görüşe göre, suç, icrai hareketle işlenebileceği gibi, ihmali hareketle de işlenebilmekteyse de, 5237 sayılı TCK'da suçun ihmali bir hareketle işlenebileceği açıkça düzenlenmediği ve ihmali bir hareketin ceza sorumluluğuna yol açabilmesi için tüm suçları kapsayıcı genel bir hükme yer verilmesi gerekmesine karşın bu yönde bir düzenlemenin bulunmaması sebebiyle, kanunilik ilkesi gereğince, bu halde fail, cezalandırılmayacaktır.¹⁶⁶ Ancak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin düzenlemede, suçun salt icrai hareketle işlenebileceği yönünde herhangi bir belirlemeye yer verilmemiştir. Suç, bir yere gitmek veya bir yerde kalmak

¹⁶¹ Örneğin; kişi, bulunduğu odanın kapısının kilitlemesi suretiyle odada mahsur bırakılabilir.

¹⁶² Örneğin; kişi, içkisine uyku ilacı katılmak suretiyle uyutularak bir yere götürülebilir.

¹⁶³ Doktrinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda kullanılan hareketler; doğrudan (örneğin cebir) ve dolaylı hareketler (örneğin iftirada bulunmak) olarak ikili bir ayrıma gidilerek incelenebilmektedir. Bkz: GÜLŞEN, s. 48-49.

¹⁶⁴ EREM, **Hürriyet Ve Suç**, s. 64; ÖNDER, **Özel Hükümler**, s. 29; YAŞAR, Osman, **Uygulamada Ve Öğretide Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar**, Seçkin Yay. , Ankara 2001, s. 72.

¹⁶⁵ Bkz: TOROSLU, **Ceza Hukuku**, s. 85.

¹⁶⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 346; ÜZÜLMEZ, *“Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”*, s. 1191; ÖZBEK, **TCK İzmir Şerhi**, s. 718.

hürriyetinden yoksun kılacak her türlü hareketle gerçekleştirilebilen serbest hareketli bir suçtur. Kişinin bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun kılınması ise, icrai hareketle olduğu gibi, ihmali hareketle de gerçekleştirilebilecek mahiyettedir.

5237 sayılı TCK'daki düzenlemeler dikkate alındığında, ihmali hareketle suçun işlenilmesine; ihmali hareketin şartlarının belirlenmesi ve indirim sebebi olarak (83 ve 88. maddelerde)¹⁶⁷, indirim sebebi olmayacağı yönünde (94. maddede)¹⁶⁸, salt ihmal suretiyle işlenebilecek suçlarda (175, 251, 279 ve 324. maddelerde), icra ve ihmal suretiyle işlenebilme halinde (177 ve 257. maddelerde) yer verilmiştir. Kanundaki ilgili düzenlemelerin belirli bir sistematik içerdiği söylenemeyecekse de, bu düzenlemelerden yola çıkılarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ihmali hareketle işlenemeyeceği sonucuna varılması da mümkün görünmemektedir. Kaldı ki, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin düzenlemede suçun icrai hareketle işlenilmesi ile ihmali hareketle işlenilmesi arasında uygulanacak ceza yönünden de, yasa gereği doğan, bir farklılık söz konusu değildir. Bu itibarla, bizce suçun ihmali hareketle işlenilmesi ve işlenen bu fiilin cezalandırılmasında kanunilik ilkesi ile bir uyumsuzluk bulunmamaktadır.

Bir görüşe göre, suçlardan bazıları hareketin gerçekleştirilmesiyle tamamlanmakta ve neticeye sahip bulunmamaktadır. Bu görüş doğrultusunda suçlar;

¹⁶⁷ İhmali hareketle işlenilmenin indirim sebebi sayılabildiği kasten öldürme ve yaralama suçları, her türlü hareketle işlenebilen serbest hareketli suçlar olup; önemleri ve ağırlıkları sebebiyle ihmali hareketle işlenilmesinin koşulları ve indirim sebebi sayılabileceği ayrı bir maddede düzenlenmiştir.

¹⁶⁸ İhmali hareketle işlenilmenin indirim sebebi sayılmayacağı işkence suçuna ilişkin düzenlemede ayrıca belirtilmiştir. İşkence suçu, serbest hareketli bir suç olmasına karşın, suça ilişkin düzenlemenin maddi unsuru içeren 1. fıkrası lafzından suçun sadece icrai hareketle gerçekleştirilebileceği anlamı çıkartılabilmektedir. İhmali hareketle işlenilmenin indirim sebebi sayılmayacağına ilişkin hükümle ihmali hareketle işlenilmenin de aynı surette cezalandırılmak istendiği düşünülmektedir.

hareketin gerçekleştirilmesiyle tamamlanan sırf hareket suçları, hareketin yapılmasının yeterli olmadığı buna bağlı bir neticenin doğmasını gerektiren netice suçları olarak ikiye ayrılmaktadır.¹⁶⁹ Karşı görüşe göre ise, neticesiz bir suç olamayacağı kabul edilerek¹⁷⁰ suçlar; sırf hareket suçları yerine, hareket ve neticenin bir arada gerçekleştiği neticesi harekete bitişik suçlar, netice suçları yerine hareket ile netice arasında zaman geçen mesafe suçları olarak ikiye ayrılmaktadır. Doktrinde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, fiil ile netice bir arada gerçekleştiğinden, neticesi harekete bitişik bir suç¹⁷¹ yahut hareketin gerçekleştirilmesi ile tamamlandığından sırf hareket suçu olduğu ifade edilmektedir.¹⁷² Doktrindeki söz konusu görüş farklılığı, neticenin ele alınışından kaynaklanmaktadır. Neticenin tabiatçı anlayışı doğrultusunda, netice, hareketin doğal sonucu olup; hareketten sonra meydana gelmektedir. Buna karşın neticenin hukuki anlayışına göre, netice, zarar vermek, tehlikeye sokmak suretiyle, hukuken korunan menfaatin ihlali olup; ihlalsiz suç olamayacağından, neticesiz suç bulunmamaktadır. Ancak neticenin hukuki anlayışında netice olarak ele alınan ihlal, hareketin doğal sonucu değil, hukuksal bir hükmüdür.¹⁷³ Kanımızca, neticeden anlaşılması gereken hareketin doğal sonucu olduğundan, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, hareketten sonra gelen ayrı bir neticeye sahip bulunmayıp, sırf hareket suçu olarak nitelendirilebilecektir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tamamlanması için kişinin suçun hukuki konusunu oluşturan kişi hürriyetinden yoksun kılınması gerekmektedir.

¹⁶⁹ TOROSLU, **Ceza Hukuku**, s. 88; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Genel Hükümler**, s. 200.

¹⁷⁰ ÖZBEK/BACAĞIZ/DOĞAN, **Açıklamalı-Şematik Çalışma Kitabı -I-, Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, Seçkin Yay. , Ankara Nisan 2006, s. 98.

¹⁷¹ ÖZTÜRK, s. 117-118.

¹⁷² SOYASLAN, **Genel Hükümler**, s. 217, 244; ÜZÜLMEZ ve ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun sırf hareket suçu olduğunu ifade etmektedir. ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1191; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 245.

¹⁷³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Genel Hükümler**, s. 200-201.

Suçun oluşumu için suçun hukuki konusunun tehlikeye maruz kalması yeterli olduğu takdirde tehlike, zarar görmesi gerektiği takdirde ise zarar suçundan bahsedilebilecektir. Söz konusu ayırım hukuki konusu maddi varlıklar olan suçlar yönünden güvenilir bir biçimde uygulanabilmekteyse de¹⁷⁴, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tamamlanması için hürriyetten yoksun kılmanın gerçekleşmesi gerekliliği göz önünde bulundurulduğunda, bu suçun da bir zarar suçu olduğu kabul edilebilecektir.¹⁷⁵

Maddi unsuru oluşturan hürriyetten yoksun bırakmanın gerçekleşmesi için, kişinin fiilin yapılması sırasında bir yere gitme veya bir yerde kalma yönünde iradi hareketini oluşturmaması ve hürriyetinden kısıtlandığını bilmesi gerekmiyorsa da, bir yere gitme biçimindeki hürriyetinin engellenmiş sayılabilmesi için mağdurun bu yönde bir tasavvurda bulunması gerekmektedir. Bir başka anlatımla, mağdur, hareket hürriyetini iradi olarak bir yerde kalma biçiminde kullandığı takdirde, fail tarafından, mağdurun bir yere gitme hürriyetinden yoksun bırakıldığından söz edilemeyecektir. Ancak hürriyetten yoksun kılma suçu tamamlandıktan sonra temadinin devamı süresince, suçun bitmesine değin, mağdurun iradesini göstermesi aranmayacaktır.¹⁷⁶

Suçla ilişkin fiilin meydana gelmesi için hürriyetten tamamıyla yoksun bırakılma, mağdurun hiçbir kaçış ve kurutulmuş yolunun kalmaması, zorunlu değildir. Mağdurun hürriyetine kavuşmak için maddi veya manevi engelleri kolaylıkla aşamayacak olması suçun oluşumu için yeterlidir.¹⁷⁷ Kolaylıkla aşım aşımama hususu

¹⁷⁴ TOROSLU, **Ceza Hukuku**, s. 89

¹⁷⁵ Benzer görüş için bkz: CİHAN, “*Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü*”, s. 64; GÜLŞEN, s. 61.

¹⁷⁶ ÖNDER, **Özel Hükümler**, s. 27.

¹⁷⁷ EREM, **Hürriyet Ve Suç**, s. 65; ERZEN, Edip Ünal, **Hürriyet Nedir ve Hürriyet Aleyhinde İşlenen Cürümler**, Bursa 1938, s. 29; CİHAN, “*Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü*”, s. 58; ÇAĞLAYAN, M. Muhtar, “*Şahsi Hürriyetten Mahrum Etme Cürmü*”, **İD**, S. 249, Y. 28, Kasım-Aralık 1957, s. 29–30; TOROSLU, **Özel Kısım**, s. 83.

değerlendirilirken, kişinin, içinde bulunduğu toplum anlayışı itibariyle kişiliğini zedeleyecek birtakım davranışlarda bulunması da beklenemeyecektir.¹⁷⁸ Ancak mağdurun hürriyetine kavuşabilme imkanı var olmasına karşın, hürriyetinden yoksun bırakıldığına ilişkin inancı, suçun oluşumu yönünden, sübjektif bir değerlendirmeye gidilemeyeceğinden, yeterli olmayacaktır.

Hürriyetinden yoksun bırakılan kişiye çeşitli olanaklar ve kolaylıklar sağlanıyor olması, kişinin iradesine uygun hareket etme hürriyetinin ortadan kaldırıldığı gerçeğini değiştirmeyecektir.¹⁷⁹ Kaldı ki, hürriyetinden yoksun kılınan kişinin kötü koşullar altında tutulması, vücut dokunulmazlığının ağır zarara uğratılması, hürriyetten yoksun kılma suçu dışında ilgili suçlardan da ayrıca cezalandırılmaya gidilmesine yol açacaktır.¹⁸⁰

B- MÜTEMADİ SUÇ VASFI

Suçlar, suçu meydana getiren hareketin ani, sürekli veya tekrarlanan hareketler biçiminde olması göz önünde bulundurularak ani suçlar, mütemadi suçlar ve itiyadi suçlar olarak ayrılabilir. Ani suçlar, nitelikleri gereği, işlenmekle tüketilen suçlar, itiyadi suçlar ise işlenmesi alışkanlık kazandıracak yeterli sayıda icra veya ihmal hareketinin yapılmasını gerektiren suçlar olarak tanımlanmaktadır.¹⁸¹

¹⁷⁸ GÜVEN, Mustafa, “*Kişisel Özgürlüğü Sınırlandırma Cürmü ve Şartlı Tehdit Cürmü İle Karşılaştırılması*”, **AD**, S. 3, Ankara 1981, s. 317; DÖNMEZER/ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım**, C. II, İÜHF Yay. , yeniden gözden geçirilmiş Beşinci B. , İstanbul 1978, s. 113.

¹⁷⁹ CİHAN, “*Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü*”, s. 59.

¹⁸⁰ Benzer görüş için bkz: GÜLŞEN, s. 61.

¹⁸¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Genel Hükümler**, s. 214, 216.

Temadi, sözlük anlamıyla sürme, sürüp gitme, uzama biçiminde tanımlanabilmektedir.¹⁸² Temadinin iki temel unsuru zaman ve hareket olup; suçun temadi etmesi, kanuni tipte öngörülen hareketin bir süre sürüp gitmesi ile gerçekleşebilecektir.¹⁸³ Mütemadi suçun varlığı için gerekli olan iki koşul; failin hareketinden kaynaklanan ihlalin bir anlık olmanın ötesinde bir süre devam etmesi, bir anda gerçekleşip tükenmemesi ve ihlalin sürekliliğinin failin istediği zaman son verme iktidarına sahip bulunduğu devamlı ve iradi bir hareketin sonucu olmasıdır.¹⁸⁴

Mütemadi suça ilişkin klasik görüş olarak adlandırılabilir düşüncelere göre, mütemadi suça özgü hareket kuralı iki aşamadan oluşmakta olup; ilk aşamada hukuka aykırı bir durumun yaratılması yasaklanırken, ikinci aşamada, yaratılmış bulunan hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılması yolunda bir ödev söz konusu olmaktadır.¹⁸⁵ Bu doğrultuda, mütemadi suçun, icra ve ihmalden oluşan iki aşamalı karma bir nitelik taşıdığı ileri sürülmüştür. Ayrıca mütemadi suçun hukuki konusunu oluşturan, varlık veya menfaatin, doğası gereği, suç teşkil eden fiil neticesinde yok olmaması, bir kez ihlal edildikten sonra üzerinde ihlalin sürdürülebilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹⁸⁶ Mütemadi suç, failin, bizzat kendisinin meydana getirdiği veya kanunun bertaraf edilmemesini cezalandırdığı durumu, bu durumu bertaraf etmek hususunda hukuki yükümlülüğü bulunmasına karşın, kusurlu olarak bir süre devam ettirmesi ve bu surette suç durumunun devamlı olarak meydana getirilmesi halinde oluşan suç olarak tanımlanmıştır.¹⁸⁷

¹⁸² ÖZÖN, Mustafa Nihat, **Osmanlıca-Türkçe Sözlük**, İnkılap ve Aka Kitabevi, Genişletilmiş 3. B. , İstanbul 1959, s. 709; **Türkçe Sözlük**, s. 1945.

¹⁸³ Bkz: KATOĞLU, Tuğrul, **Mütemadi Suç**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enst. Ankara 1996, s. 73–74.

¹⁸⁴ Bkz: KATOĞLU, **Mütemadi Suç**, s. 78.

¹⁸⁵ Bkz: KATOĞLU, **Mütemadi Suç**, s. 6–7.

¹⁸⁶ Bkz: KATOĞLU, **Mütemadi Suç**, s. 8.

¹⁸⁷ ÖNDER, Ayhan, “*Mütemadi Suç*”, **İÜHF**, C. XXIX, S. 1–2, İstanbul 1963, s. 92–93.

Söz konusu görüş doktrinde eleştirilmiş; tüm suçlar için geçerli olan kurallara mütemadi suç yönünden istisna getirilmesi uygun bulunmayarak, hukuka aykırı duruma son verilmesi olarak adlandırılan ödevin, öğreti kaynaklı bir kurgu olduğu, kanunilik ilkesi ile çeliştiği, cezalandırılmaya tabi tutulmanın fiilden kaynaklanan ihlale son verilmemesi değil, kanuni tipte yer alan fiilin gerçekleştirilmesi olduğu, belirtilmiştir.¹⁸⁸

Mütemadi suçun ihmali ve icrai hareketten oluşan iki aşamalı karma bir nitelik taşıması yönünde bir zorunluluk da bulunmamaktadır. Mütemadi suç, ihmali veya icrai hareketle işlenebilir, temadinin devam ettirilmesinin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır.¹⁸⁹ Mütemadi suçta, Kanunda tarif edilen suça sebebiyet veren hareket ve meydana gelen zarar veya tehlike bir süre devam etmektedir.¹⁹⁰

Mütemadi suçta devam eden unsurun ne olduğu hususunda öğretilerde birbirinden farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre bir süre devam eden netice iken diğer bir görüşe göre hareket devam etmektedir. Bir başka görüş ise mütemadi suçlarda hukuka aykırılığın devam ettiğini ileri sürmektedir.¹⁹¹ Ancak kanımızca mütemadi suçun varlığından bahsedebilmek için, failin kanuni tipte yer alan hareketinin bir anlık süreyi aşacak bir biçimde sürüp gitmesi yeterlidir. Kaldı ki, netice, hareketten sonra ve ani olarak gerçekleştiğinden neticenin ortaya çıktığı anın temadisinden bahsedilemez. Bu doğrultuda, neticeli suçların mütemadi suç biçiminde

¹⁸⁸ Bkz: KATOĞLU, **Mütemadi Suç**, s. 33–43.

¹⁸⁹ DÖNMEZER, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s. 111.

¹⁹⁰ SOYASLAN, **Genel Hükümler**, s. 222.

¹⁹¹ Bkz: ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 245.

işlenilmesi mümkün değildir. Neticenin sürmesi, mütemadi suç değil, neticesi devam eden suç biçiminin gerçekleşmesi anlamına gelmektedir.¹⁹²

Mütemadi suç, çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmak suretiyle açıklanmaya çalışılmıştır. Bu doğrultuda en yaygın rastlanan zorunlu-muhtemel mütemadi suç ayrımıdır. Zorunlu mütemadi suç, suça ilişkin kanuni tip gereği suçun tamamlanması için belirli bir süre hareketin devamını gerektirmekte olan suç biçiminde ifade edilmiştir. Muhtemel mütemadi suç¹⁹³ ise, suça ilişkin kanuni tipte bu yönde bir zorunluluk içermeyen, hem ani hem de mütemadi olarak işlenebilen suç biçiminde tanımlanmaktadır.¹⁹⁴ Ancak öğretide zorunlu-muhtemel mütemadi suç ayrımını kabul etmeyen¹⁹⁵, zorunlu mütemadi suç olarak tanımlanan suçlara ilişkin kanuni tipte öngörülen temadinin suçun tamamlanması için zorunlu bir unsur olduğu, mütemadi suçtaki temadi ile bir ilişkisi olmadığı, bu suçların ani olarak işlenebileceği, mütemadi olarak işlenebilmesi için kanuni tipte öngörülen sürenin geçirilmesinden sonra da devam ettirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca mütemadi suçun temadinin her anında tamamlanmış, gerekli tüm unsurlara sahip bir suç olduğundan bahisle suça ilişkin kanuni tipte tamamlanması için zorunlu bir süre içeren suçların tamamlanmadığı müddetçe mütemadi suç teşkil etmeyeceği belirtilmektedir.¹⁹⁶

Mütemadi suçun, kanuni tipte öngörülen gerekli ve yeterli unsurların bir araya gelmesi ile tamamlanacağı ve temadi eden harekete bağlı olarak suçun tamam

¹⁹² KATOĞLU, **Mütemadi Suç**, s. 81.

¹⁹³ DÖNMEZER, muhtemel mütemadi suçu, aslında hareketin yapılmasıyla tamamlanan ve belirli bir süre devam etmesi gerekmeyen suçların belirli bir süre devam etmek suretiyle gerçekleştirilmesi hali olarak tanımlamaktadır. DÖNMEZER, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s. 111

¹⁹⁴ Bkz: KATOĞLU, **Mütemadi Suç**, s. 99.

¹⁹⁵ Söz konusu ayrımın kabul edilmemesinin, muhtemel mütemadi suç olarak tanımlanan sınıflandırmanın sadece mütemadi suç olarak kabulünü getirdiği ifade edilmiştir. Bkz: KATOĞLU, **Mütemadi Suç**, s. 123.

¹⁹⁶ KATOĞLU, **Mütemadi Suç**, s. 100–101.

olan haliyle varlığını sürdüreceği görüşüne katılmakla birlikte, zorunlu mütemadi suç ayrımının kabul edilmemesini teorik bir anlaşmazlık olarak görmekteyiz. Kanımızca zorunlu mütemadi suç, kanuni düzenlemesi gereği doğal olarak belirli bir süre devam eden suçlar olup; zorunlu mütemadi suçta kanuni tipte hareket, anlık olmanın ötesinde bir süre devam etmesi doğal olarak gerekli bir unsur olup; bu unsurun tamamlanmasıyla suç tamam olan haliyle temadisini sürdürecektir.

Mütemadi suçlara ilişkin diğer bir ayrım da, gerçek mütemadi suç-gerçek olmayan mütemadi suç ayrımıdır. Gerçek olmayan mütemadi suç, neticesi devam eden suç ile itiyadi suçun karması olarak tanımlanabilmektedir. Neticesi devam eden suç, failin iradi hareketi sona ermesine karşın hareketten meydana gelen zararın bir süre devam ettiği suç biçimidir.¹⁹⁷ Bu doğrultuda, söz konusu ayrımın, neticesi devam eden suç ve itiyadi suç kategorilerinin varlığı karşısında bir anlam ifade ettiği söylenemeyecektir.¹⁹⁸

Zincirleme suç, zamanaşımı, yetkili mahkemenin belirlenmesi hususunda mütemadi suça benzer mahiyette hükümlere bağlanmışsa da, iki kavram, birbirinden farklı olup; hemen her suç zincirleme suç biçiminde işlenebileceği halde, bazı suçların mütemadi suç olarak işlenmesi mümkün değildir. Mütemadi suç, yapı bakımından tek suç teşkil eden zincirleme suçtan farklı bir suç biçimi olup; mütemadi suçun zincirleme suç şeklinde işlenilmesi mümkündür.¹⁹⁹

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşumu için, hürriyetten yoksun bırakma fiilinin belirli bir süre devam etmesi, ağır ve ciddi olması gerekmekte olduğundan, suç, hareketin biçimine göre yapılan sınıflandırmada mütemadi suç

¹⁹⁷ KATOĞLU, **Mütemadi Suç**, s. 107–108.

¹⁹⁸ KATOĞLU, **Mütemadi Suç**, s. 102.

¹⁹⁹ SANCAR YALÇIN, Tükan, **Müteselsil Suç**, Seçkin Yay. , Ankara 1995, s. 30–32.

kategorisine girmektedir. Suç, icrai veya ihmali hareketlerle meydana getirilmekte ve mağdur, hürriyetinden yoksun bırakıldıktan sonra²⁰⁰, hareketin sürdürülmesi süresince işlenmeye devam etmektedir. Suça ilişkin düzenlemede süre yönünden bir belirleme olmadığı gibi, sürenin uzun veya kısa oluşuna bir hüküm de bağlanmış değildir.²⁰¹ Sürenin uzunluğu, hürriyetten yoksun kılınan zamanın fazlalığı itibariyle önemli olmakla birlikte; tek başına kişi hürriyetinin daha fazla zarara uğratıldığını ortaya koymaya muktedir değildir. Suç, kısa süreli olmakla birlikte kişi hürriyetini daha yoğun ve ağır bir biçimde zarara uğratabilir. Suçun devam etmesi gereken sürenin niceliği yönünde genel geçer bir kıstas mevcut değildir. Somut olayın özelliklerine göre hürriyetten yoksun kılma suçunu oluşturabilecek ağırlık ve ciddiyetin mevcut olup olmadığı tespit edilecektir.²⁰²

Mağdurun bir an için tutulması ile hürriyetten yoksun kılma suçunun oluştuğu kabul edilemeyeceğinden²⁰³; suç, uzun veya kısa belirli bir süre hareketin devam etmesini doğal olarak gerektiren zorunlu mütemadi bir suçtur.²⁰⁴ Mütemadi suçta

²⁰⁰ ÖNDER, “Mütemadi Suç”, s. 87.

²⁰¹ Karşılaştırmalı hukukta, hürriyetten yoksun kılma süresinin uzun veya kısa oluşuna cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletici bir neden olarak yer verilebildiği görülmektedir. Bkz: ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 53. 5237 sayılı TCK Tasarısında da hürriyetten yoksun kılınan sürenin bir haftayı aşması cezayı arttıran bir sebep olarak düzenlenmişti. Ancak Kanunlaşan metinde söz konusu ağırlaştırıcı hale yer verilmemiştir. **TCK Tasarısı Ve Adalet Komisyonu Raporu**, s. 297. 5237 sayılı TCK’da hürriyetten yoksun kılınan sürenin uzunluğu cezayı ağırlaştıran bir sebep olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte, sürenin uzunluğunun somut durum değerlendirilerek cezanın alt sınırdan uzaklaşarak verilemesine yol açabileceği ifade edilmektedir. ERZEN, s. 28–29; ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara Kasım 2004, s. 499. Bir kısım müellif ise, hürriyetten yoksun bırakılan sürenin uzunluğunun karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, Kanunda ağırlaştırıcı bir sebep olarak düzenlenmesinin uygun olduğu ifade etmiştir. CİHAN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, s. 58; ÇINAR/ŞAHBAZ, “Memurlar Tarafından İşlenen Özgürlükten Yoksun Bırakma Suçu”, s. 66; GÜLŞEN, s. 59.

²⁰² ÖNDER, **Özel Hükümler**, s. 30.

²⁰³ GÜVEN, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlandırma Cürmü ve Şartlı Tehdit Cürmü İle Karşılaştırılması”, s. 321; DÖNMEZER/ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I**, İÜHF Yay., yeniden gözden geçirilmiş Beşinci B. , İstanbul 1973, s. 383.

²⁰⁴ HAFIZOGULLARI/ÖZEN, **Genel Hükümler**, s. 216.

devam eden failin hareketi olup; suçtan doğan zararın devam etmesi mütemadi suçun var olduğu anlamına gelmemektedir.²⁰⁵

Doktrinde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, fiil ile netice bir arada gerçekleştiğinden, neticesi harekete bitişik bir suç²⁰⁶ yahut hareketin gerçekleştirilmesi ile tamamlandığından sırf hareket suçu olduğu ve hareketin bir süre devam ettiği mütemadi suçların ise ancak neticesi harekete bitişik suçlarla yahut sırf hareket suçlarıyla uyuşabileceği ileri sürülmektedir.²⁰⁷

Mütemadi suçun kabulü için, temadinin ortaya çıkması failin kusurundan ileri gelmelidir ve temadiye son verebilmek failin maddi anlamda olmasa bile hukuken iktidarında olmalıdır. Kişinin hareket hürriyetinin engellenmesi, failin iktidarında olmaktan çıktığında temadi sona erecektir.²⁰⁸ Temadiyi doğuran iradi davranış, failin iradi bir hareketiyle sona erebileceği gibi, irade dışındaki bir nedenin araya girmesiyle de sona erebilir.²⁰⁹ Temadinin herhangi bir surette sona ermesinden sonra failin, mağduru yeniden hürriyetinden yoksun kılması durumunda yeni bir suç işlenmiş olacaktır.²¹⁰ Ancak bu halde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilecektir.

Mütemadi suç vasfı, zamanaşımının başlangıcı, iştirak kuralarının uygulanması ve suçun işlendiği yerin ve zamanın belirlenmesinde önem arz etmektedir.²¹¹ Bu doğrultuda, zorunlu mütemadi bir suç olan kişiyi hürriyetinden

²⁰⁵ ÖNDER, “Mütemadi Suç”, s. 92.

²⁰⁶ ÖZTÜRK, s. 117–118.

²⁰⁷ SOYASLAN, **Genel Hükümler**, s. 217, 244; ÜZÜLMEZ ve ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun sırf hareket suçu olduğunu ifade etmektedir. ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1191; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 245.

²⁰⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 176.

²⁰⁹ ALACAKAPTAN, **Suçun Unsurları**, s. 48; ÖNDER, “Mütemadi Suç”, s. 115.

²¹⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 176–177.

²¹¹ ÖNDER, “Mütemadi Suç”, s. 93.

yoksun kılma suçunun tamamlanma ve bitme anları birbirinden farklıdır. Suç, kişinin hürriyetinden yoksun bırakılmasıyla tamamlanır ancak suçun bitmesi temadinin sona ermesine, hürriyetinden yoksun bırakılan kişinin hürriyetine kavuşmasına bağlıdır. Suçun işlendiği yer, temadinin bittiği yer kabul edilerek, yetkili mahkeme belirlenecektir. Suçun işlendiği zamanın saptanmasında hareket ölçütü esas alınarak, temadi sırasında yürürlüğe giren en son kanun uygulanmalı, temadinin sona erdiği an, mütemadi suçun işlendiği zaman olarak kabul edilmelidir.²¹² Bu doğrultuda, suç, suçun işlendiği zaman olarak kabul edilen temadinin bittiği zamandaki²¹³ Ceza Kanunu hükümleri uygulanır; zamanaşımı ise temadinin bittiği zaman işlemeye başlar.²¹⁴ Ayrıca tabiidir ki, temadi süresince hürriyetinden yoksun bırakılan kişi, meşru savunma hakkına sahiptir.²¹⁵

C- HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

1- GENEL OLARAK

Suçun maddi unsurunu oluşturan fiilin; hareket, netice ve netice ile hareket arasındaki nedensellik bağı olmak üzere kural olarak üç adet pozitif unsur bulunmaktadır.²¹⁶ Ancak suçun oluşumu için söz konusu unsurların varlığı yeterli değildir. Maddi unsur oluşturan fiilin söz konusu üç pozitif unsur dışında, suç oluşturabilmesi için hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanamıyor olması da

²¹² KATOĞLU, Tuğrul, **Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması**, Seçkin Yay. , Ankara 2008, s. 57.

²¹³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, mütemadi suçta, failin iradi hareketinin kesintiye uğradığı anın suçun işlenme zamanı olduğunu ifade etmektedir. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Genel Hükümler**, s. 216.

²¹⁴ ARTUK, *“Hürriyeti Tahdit Cürmü”*, s. 52.

²¹⁵ Bkz: GÜLŞEN, s. 63.

²¹⁶ Sırf hareket suçlarında zorunlu pozitif unsur sadece hareket olup; netice ve nedensellik bağı bulunmaz.

gerekmektedir. O halde suçun maddi unsurunu oluşturan fiilin negatif unsuru, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmamasıdır.²¹⁷

Hukuka uygunluk nedenleri, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun İkinci Kısımının İkinci Bölümünde Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler²¹⁸ başlığı altında düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk nedenleri; kanunun hükmünü ve amirin emrini ifa, meşru savunma, zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası olarak sayılabilmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde, fiilin hukuka aykırılığından söz edilemez, fiil, doğrudan hukuka uygun olarak meydana gelir.²¹⁹

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin olarak tüm hukuka uygunluk nedenleri uygulama alanı bulabilecek olup; hukuka uygunluk nedenlerine sırasıyla değinmeyi uygun bulmaktayız.

2- KANUNUN HÜKMÜNÜ VE AMİRİN EMRİNİ İFA

Anayasamızın kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenlediği 19. maddesinde herkesin, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu, şekil ve şartları kanunda gösterilen mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması, bir küçüğün

²¹⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmamasının fiilin negatif unsuru sayılmasını, fiilin işlevi ceza müeyyide gerektiren ihlal biçimlerini belli etmek olduğundan ve hukuka uygunluk nedenlerinin salt cezasal bir işlevi bulunmadığından, yerinde görmemektedir. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Genel Hükümler**, s. 222.

²¹⁸ Bölüm başlığının hatalı ve içerisinde yer alan maddelerle uyumsuz olduğu söylenebilecektir. Aslında sayılı bulunan haller ceza sorumluluğunu kaldırmamakta, fiilin hukuka aykırı olarak doğmasını engellemektedir.

²¹⁹ ARTUK, “*Hürriyeti Tahdit Cürmü*”, s. 61.

gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması halleri dışında kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılamayacağı belirtilmiştir.²²⁰ Bu doğrultuda, Anayasada belirlenmiş sınırlar dahilinde kanunlarda hürriyetten yoksun bırakmayı hukuka uygun kılan düzenlemelere yer verilmesi mümkün olmaktadır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenen yakalama, gözaltına alma ve tutuklama tedbirleri ile 5237 sayılı TCK'da yer alan suçlara ilişkin hapis cezalarının, güvenlik tedbirlerinin ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 432. maddesinde düzenlenen akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan ergin kişinin, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilmesi veya alıkonulması kararının uygulanmasında kişinin hürriyetinden yoksun kılınması kanun emrinin bir gereğidir ve hukuka uygundur.

Anayasanın 137/2. maddesinde *“konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.”* hükmüne yer verilmiştir. Aynı hüküm, TCK'nın 24/3. maddesinde de yer almaktadır. Ancak

²²⁰ AİHS'nin 5. maddesinde düzenlenmiş bulunan hürriyetten yoksun kılmanın hukuka uygun kabul edildiği söz konusu hallere, Anayasamızın ilgili hükmünde yer verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: ŞAHBAZ, İbrahim, *“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kişi Özgürlük Ve Güvenliği”*, **TBBD**, S. 58, Mayıs-Haziran 2005, s. 172–179.

TCK'nın 24/4. maddesi gereğince “*emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin Kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.*” Bu itibarla, emrin kanunun gerektirdiği şekil ve muhteva şartlarına uygun olması halinde bu surette gerçekleştirilen hürriyetten yoksun kılma fiilleri suç oluşturmayacaktır.

PVSK'nın 13 ve 17. maddelerinde kamu düzeninin korunması için gerekli olan durumlarda, kendilerine veya başkalarına zarar verebilecek kişilerin belirli şartlar dahilinde polis tarafından hürriyetlerinden yoksun bırakılabileceği düzenlenmiştir. Ancak bu halde kişinin hürriyetinden yoksun bırakılmasına yol açan neden ortadan kalktığı anda, hemen serbest bırakılması, durumunun kısa sürmeyeceği anlaşıldığı takdirde hakim kararı alınması gerekmektedir.²²¹

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun yakalama koruma tedbirini düzenleyen 90. maddesinde; kişiye suç işlerken rastlanması, suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması hallerinde herkesin geçici olarak yakalama yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir. Maddenin 3. fıkrasında şikayete bağlı olmakla birlikte, çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malullük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde kişinin yakalanmasının şikayete bağlı olmadığına ilişkin ifadenin mefhumu muhalifinden mağdurun sayılı bulunan kişiler dışında olması halinde, suçüstü halinde dahi, şikayetin aranacağı anlamı çıkmaktadır. Ancak kişinin kaçması olasılığının mevcut olduğu bu hallerde şikayetin varlığını aramak, hükmün uygulanabilirliğini ortadan

²²¹ DEMİRBAŞ, Timur, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Karşılaştırmalı Olarak Haksız Yakalama ve Tutuklama*”, **İBD**, S. 3, Y. 61, Temmuz 1996, s. 20; HAKERİ, Hakan, **Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi**, Seçkin Yay. , Ankara 1999, s. 82.

kaldıracaktır. Kaldı ki, herkese tanınan yakalama yetkisinin icrasında, herkesin işlenen suçun şikayete bağlı olup olmadığını ayırt edebilme yeteneğine sahip olamayacağı açıktır. Bu doğrultuda, CMK'nın 96. maddesinde, 90. maddenin üçüncü fıkrasına yönelik olarak düzenlendiği gibi, şikayete bağlı tüm suçlarda kişinin yakalanmasından sonra şikayete yetkili olan kimseye yakalamanın bildirilmesi yeterli görülmelidir. Bu surette yakalanan kişi, gecikmeksizin kolluğa teslim edilmeli yahut kolluğa kişinin teslim alınması için haber verilmelidir.

Hürriyetten yoksun kılma fiili, CMK'nın 90. maddesi çerçevesinde gerçekleştirildiği takdirde, fiil hukuka uygundur. Hürriyetinden bu surette yoksun kılınan kişiye, kaçmasını engellemek amacıyla ölçülü olarak tutmak, hapsetmek, bağlamak gibi çeşitli tedbirler uygulanabilir. Ancak yakalanmak suretiyle hürriyetinden yoksun kılınan kişi, kolluk güçlerine keyfi olarak teslim edilmez veya hakkında kolluk güçlerine haber verilmezse yahut şikayet bağlı bir suçta şikayetin olmadığı bildirilmesine karşın serbest bırakılmazsa hürriyetten yoksun kılma suçu gerçekleşmiş olacaktır.

3- MEŞRU SAVUNMA VE ZORUNLULUK HALİ

5237 sayılı Kanunun 25. maddesinde düzenleme altına alınan meşru savunma hukuka uygunluk nedeni doğrultusunda, kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez. Meşru savunmanın kabul edilebilmesi için saldırıya ve savunmaya ilişkin şartları mevcut olmalıdır. Saldırı; gerçekleşmekte,

gerçekleşecek veya tekrarı muhakkak ve haksız olmalı²²², bir hakka yönelmiş bulunmalıdır. Savunma; zorunlu olmalı, saldırı ile orantılı gerçekleştirilmelidir.²²³

Meşru savunmanın, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan bir saldırıya karşı, saldırıyla orantılı olması, şartları göz önüne alındığında, hürriyetten yoksun kılma fiilinin meşru savunma olarak kullanılmasının mümkün olduğu söylenebilecektir. Kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelmiş olan haksız bir saldırıdan korunmak amacıyla saldırıyı yönelten kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılması hukuka aykırılık teşkil etmez. Ancak meşru savunma halinde yapılan bu fiilin hukuka uygunluk sebebi oluşturması saldırıya maruz kalan kimsenin güvenliğinin sağlanmasına değin sürecektir. Meşru savunma halinde gerçekleştirilen hürriyetten yoksun kılma fiilinin saldırıya uğrayan kimsenin güvenliği sağlanınca, meşru savunma şartları ortadan kalkınca sona erdirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenmiş olacaktır.

Zorunluluk hali, tehlikeye katlanmak hususunda hukuki mükellefiyeti olmayan bir kimsenin bilerek sebebiyet vermediği ve kendisinin yahut başkasının şahsına yönelmiş ağır ve muhakkak bir tehlikeyi, ancak kanunun suç olarak öngördüğü ve tehlike ile orantılı bir fiil ile bertaraf etmesi hali olarak tanımlanabilmektedir.²²⁴ Zorunluluk hali kapsamında, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan kendisine veya başkasına ait bir hakka

²²² ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, Seçkin Yay. , Ankara 1995, s. 71–80.

²²³ ÖZEN, **Meşru Müdafaa**, s. 112, 120.

²²⁴ TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukukunda Zaruret Hali**, AÜHF Yay. , No:234, Ankara 1970, s. 6–7.

yönelik ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak amacıyla, tehlike ile orantılı²²⁵ bir biçimde, işlenen fiiller hukuka uygundur.

Zorunluluk halinde, meşru savunmadan farklı olarak, tehlikeye karşı gösterilen tepki, tehlikeye yol açan kişi dışında üçüncü bir kişiye karşı olmaktadır. Bu nedenle, zaruret halinde meşru savunmaya nispetle, daha katı bir değerlendirme söz konusudur. Ağır ve muhakkak bir zarara uğrayacak hak ile tehlikeden kurtulmak için zarar verilen hak arasında bir orantının varlığı elzemdir. Bu itibarla, zarar verilen hak, zarara uğrayacak hakka en fazla eşit olabilecektir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda korunan hukuki yarar olan kişi hürriyetinden öncelikli ve eş değer olan haklar, yaşam hakkı, vücut dokunulmazlığı, insan onuru, cinsel dokunulmazlık ve kişi hürriyetidir. Bu doğrultuda, bu haklara karşı yönelmiş olan bir tehlikeden tehlikeye sebep olmayan üçüncü bir kişinin hürriyetinden yoksun kılacak bir fiille kurtulmak veya başkasını kurtarmak hukuka aykırılık teşkil etmez. Örneğin ağır yaralı birini hastaneye yetiştirmek amacıyla felçli birinin arabasının geçici olarak alınması zorunluluk halinde işlenmiş bir fiil olduğundan hukuka uygundur.²²⁶

4- HAKKIN KULLANILMASI

5237 sayılı TCK'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen hakkın kullanılmasına ilişkin hukuka uygunluk nedeni, Mülga Kanun döneminde de kabul edilmesine karşın, hükme bağlanması yürürlükteki Kanun ile gerçekleşmiştir. Hukuk düzeni tarafından kendisine tanınmış olan hakkını kullanan ve koruyan kimsenin bu

²²⁵ 5237 sayılı Kanunun zorunluluk halini düzenleyen 25/2. maddesinde “*tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı*” bulunması gerektiği ifade edilmişse de, incelenmesi gereken tek husus, tehlikeler arasındaki orantıdır.

²²⁶ Bkz: ARTUK, “*Hürriyeti Tahdit Cürmü*”, s. 62.

fiili hukuka uygun kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, zilyetlik hakkının kullanılması, ana ve babanın çocuğu üzerinde sahip olduğu eğitim ve terbiye verme hakkı²²⁷, tıp mensubunun tıbbi müdahalede bulunma hakkı²²⁸ çerçevesinde işlenen fiillerin hukuka uygunluk nedeninden yararlanacağı söylenebilecektir. Hürriyetten yoksun kılma fiilinin, zilyetliğin korunmasında, tıp mensubunun hastayı tedavi etmesinde amaca uygun ve ölçülü olarak gerçekleştirilmesi halinde hukuka aykırı bir fiilden bahsedilemeyecektir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunun 335. maddesi gereğince, on sekiz yaşını doldurmamış çocuk, ana ve/veya babanın velayeti altında bulunmaktadır. TMK'nın 339. maddesinde, velayet hakkına sahip ana ve/veya babanın, velayet kapsamında çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatinin göz önünde tutularak gerekli kararları alıp, uygulama, çocuğun evi terk etmesine rıza göstermeme yetkilerini haiz olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca çocuğun, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlü olduğu vurgulanmıştır. Ancak ana ve babanın, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanınmaları, önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutmaları gerekliliği belirtilmiştir. Bu itibarla, velayet hakkına sahip kimsenin, çocuğun menfaatinin gözeterek eğitimi hususunda aldığı kararları uygulanmasında yahut evi terk etmesine rıza göstermemesi halinde işlenen fiil hürriyetten yoksun kılma mahiyeti taşısa da, hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Çocuğun menfaatinin göz önünde tutulmasında ve çocuğa hürriyetinden yoksun kılacak bir fiil uygulanmasında, çocuğun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu dikkate alınmalıdır. Ancak çocuğun menfaatine aykırı nitelikte yahut çocuğun kişiliği yok sayılarak, esaret olarak nitelendirilebilecek biçimde, hürriyetinden yoksun kılınması

²²⁷ TOROSLU, **Ceza Hukuku**, s. 113–115.

²²⁸ DÖNMEZER, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s. 154.

halinde, söz konusu hukuka uygunluk nedeninden yararlanılamayacak; suç, gerçekleşmiş olacaktır.

5- İLGİLİNİN RIZASI²²⁹

Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin rızası çerçevesinde işlenen fiil, hukuka uygunluk nedeninden yararlanmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, mağdurun rızası, esasen hukuka aykırılığı kaldıran değil, fiilin suç olarak doğmasına engel olan bir nedendir.²³⁰ Mağdurun rızasına hukuka uygunluk nedeni olarak değer verilip verilmeyeceği, tüm hukuk düzenine hâkim olan ilkeler göz önünde bulundurularak belirlenecektir. Bu doğrultuda, Medeni Kanunun 23. maddesinde kişinin özgürlüklerinden vazgeçmek veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlamak hakkının olmadığı vurgulanmıştır. Mağdurun rızasının fiilin hukuka uygun sayılmasına sebep olabilmesi için mağdurun suçun hukuki konusu hakkında serbestçe tasarruf edebilme hakkının bulunması gerekmektedir. Medeni Kanunun ilgili hükmü gereğince, mağdurun kendisini köle haline getirecek, fiziki olarak ağır bir zarara uğratacak surette veya ahlaka ve adaba aykırı bir biçimde hürriyetinden vazgeçmesi geçerli kabul edilemez.²³¹ Ayrıca mağdurun bu hakkını

²²⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Kanunda, gerekçede yer alan “bu durumda herhangi bir mağduriyet söz konusu olmadığı” açıklamasıyla “mağdur” terimi kullanılmayarak, “ilgilinin rızası” ifadesinin kullanılmasını, mağdurun hukuken göz önüne alınması gereken bir zarara uğramamış olması, mağdur sıfatının terimsel değerinde bir değişiklik yaratmayacağından, eleştirmektedir. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Genel Hükümler**, s. 252.

²³⁰ ÖNDER, **Özel Hükümler**, s. 31.

²³¹ EREM, **Hürriyet Ve Suç**, s. 63; CİHAN, “*Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü*”, s. 63; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 253. ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, mağdurun rızasının fiili suç olmaktan çıkarmayacağını, bir kimsenin diğer bir kimsenin kendisini bir yere hapsedmesine rıza göstererek vazgeçebileceğini kabul etmenin insanın dokunulmaz ve devredilmez nitelikteki hak ve özgürlüklere sahip olması ile bağdaşmayacağını ifade etmiştir. ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, s. 500. Bizce, hürriyetten yoksun kılma fiili yönünden mağdurun rızasının sınırsız bir biçimde fiili suç olmaktan çıkaracağını kabul etmek gibi, mağdurun rızasına kati olarak değer tanımamak da suçun yapısı ile bağdaşmayacaktır. Birinci halde kişinin kendisine

kullanırken iradesi fesada uğratılmamış olmalı ve rızası kanuna, ahlaka ve adaba aykırı olmamalıdır. Rızanın açıklanma biçimi önem taşımaz; rıza, açık veya zımni olarak açıklanabilir.²³²

Hürriyetten yoksun kılma fiilleri bakımından, kural olarak mağdurun rızası fiili hukuka uygun hale getirir.²³³ Ancak hürriyetten yoksun kılma fiilinin, ağırlaştırıcı sebepleri arasında sayılı bulunan, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenilmesi halinde, rızanın, fiili suç olmaktan çıkarmayacağı ileri sürülmüştür.²³⁴ Söz konusu nitelikli halde, kamu idaresinin işleyişi de korunduğundan, kural olarak mağdurun rızasına itibar edilmeyebileceksede, fiille kişi hakları da zarara uğratıldığından, kati bir biçimde rızanın geçersizliğini kabul etmek uygun değildir.

Rızanın hürriyetten yoksun kılma fiilinin işlenmesinden önce veya en geç işlendiği sırada verilmesi gerekir. Fiilin gerçekleştirilmesinden sonra verilen rıza, icazet hükmünde olup, fiili suç olmaktan çıkarmak yönünde herhangi bir değere sahip değildir. Hürriyetten yoksun kılma suçuna ilişkin rızanın temadi süresince devam etmesi gerekmektedir. Verilen rızanın geri alınması halinde, rızanın geri alındığı andan itibaren fiil, suç oluşturacaktır.²³⁵ Ancak rızanın geri alınması örtülü olarak gerçekleştirildiğinde, failin, mazur görülebilir bir hata ile rızanın devam

karşı dahi korunması gerekli hakları yok sayılacak, ikinci halde ise, örneğin kişinin, arkadaşının arabasında gezerken haberi olmadan şehir dışına götürülmesine o anda rıza göstermesine karşın suçun meydana geldiği kabul edilecektir.

²³² DÖNMEZER, *Genel Ceza Hukuku Dersleri*, s. 160.

²³³ EREM, *Hürriyet Ve Suç*, s. 63; ÖZTÜRK, s. 194; TOROSLU, *Özel Kısım*, s. 84.

²³⁴ GÜLŞEN, s. 76.

²³⁵ ARTUK, *“Hürriyeti Tahdit Cürmü”*, s. 64–65.

ettiğini zannederek temadiyi sürdürmesi halinde²³⁶, hatasından yararlanması söz konusu olabilecektir.

Rızanın geçerliliği için mağdurun yaşı önemlidir. Mağdurun rıza gösterdiği fiilin anlam, kapsam ve sonucunu kavrayabilecek durumunda ve yaşta olması gerekmektedir. Mülga Kanun döneminde doktrinde, mağdurun, on iki yaşından küçük olması halinde, rızasına itibar edilemeyeceği, on iki ila on beş yaşları arasında bulunması halinde şehvet hissi veya evlenmek maksadının bulunmaması halinde rızanın varlığının fiili hürriyetten mahrum etme suçu yerine çocuğu kaçırma ve alıkoyma suçunu oluşturacağı, on beş yaşını doldurmuş olması halinde ise rızasının muteber olduğu kabul edilmekteydi.²³⁷

Mağdurun rızasının geçerliliğine ilişkin olarak 5237 sayılı TCK'nın genel hükümlerinde herhangi bir yaş sınırlamasına yer verilmemiştir. Ancak doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında²³⁸ genel kabul gören görüş, hususiyetle Kanunun çocukların

²³⁶ Bkz: KATOĞLU, **Mütemadi Suç**, s. 126.

²³⁷ EREM, **Hürriyet Ve Suç**, s. 64.

²³⁸ Yar. 5. CD. , 20.01.2010 T. , 2006/18 E. , 2010/172 K. sayılı ilamında; *"01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nun 26/2. maddesinin "kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez" hükmü karşısında 16 yaşı içindeki mağdureyi rızasıyla kaçırıp alıkoymukları kabul edilen sanıkların aynı yasanın 109. maddesi anlamında hukuka aykırı bir davranışından söz edilemeyeceği, rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiği ve 7/1. maddesi dikkate alınarak sanıkların kaçırıp alıkoyma suçundan beraatları yerine yazılı şekilde hüküm kurulması"* nedeniyle bozma karar verilmiştir.

Yar. 5. CD. , 28.09.2009 T. , 2008/11053 E. , 2009/10499 K. sayılı ilamında; *"dosyada bulunan nüfus kaydına, doğum tutanağına ve doğumuna ait hastane kayıtlarına göre suç tarihinde 15 yaşından küçük olduğu anlaşılan mağdurenin rızasının, kendisine yönelik kaçırma ve alıkoyma eylemlerini 5237 ve 765 sayılı Kanunların her ikisi bakımından da hukuka uygun hale getirmeyeceği nazara alınmadan, hükmün gerekçesinde mağdurenin rızasından dolayı suçun oluşmadığı sonucuna varılması ve ayrıca duruşma tutanağında yer alıp hükmün esasını oluşturan kısa kararda ve gerekçeli kararın hüküm kısmında bu suçla ilgili hüküm kurulması lüzumuna uyulmaması"* nedeniyle bozma kararı verilmiştir. "

Yar. CGK. , 11.03.2008 T. , 2007/5-253 E. , 2008/52 K. sayılı ilamı, Yargıtay C. Başsavcılığının itirazı neticesinde, cinsel amaçla hürriyetten yoksun kılma suçunda mağdurun rızasının muteber sayılacağı yaş hususunda yaptığı belirlemede dayandığı hükümler ve karşı görüşü ihtiva etmesiyle incelemesi gerekli olup; hatalı çıkarımlar içermektedir.

"Yargıtay C. Başsavcılığı 02.11.2007 gün ve 168009 sayı ile özet olarak; Rızaen işlenme halinin 5237 sayılı TCY'nin 109/1. maddesinde suçun basit şekli olarak düzenlendiği, bu nedenle rızaen

suçun işlenmesi halinin suç tipi olarak kanunda düzenlendiği hallerde hukuka uygunluk sebebi olarak rızaya dayanılmayacağı, Yasa'nın 26. maddesinin şartlarının olayda gerçekleşmediği, çocuğun üçüncü kişilere karşı özgürlüğünün kısıtlanması konusunda rızasının geçerli olmadığı, aksi halde mahkeme hükmü ile koruma altına alınıp, Çocuk Esirgeme Kurumu bünyesinde koruma altında olan binlerce çocuğun üçüncü kişilerle cinsel amaçlı olarak rızası dahilinde kaçırılıp alıkonulmasının suç oluşturmadığı sonucunu ortaya çıkaracağı, bunun hukuka ve ahlaka uygun olmadığı, 5560 sayılı Kanunun 10. maddesi ile 234. maddesine eklenen 3. fıkranın da çocukların rızasının hukuka uygunluk sebebi teşkil etmediğini doğruladığını, ayrıca Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 26.04.2007 gün ve 44-44 sayı ile 15 yaşından büyük 18 yaşından küçük çocukların rızalarıyla alıkonulmalarının yeni TCY döneminde de suç olmaya devam ettiğine karar verdiği görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurmıştır.

5237 sayılı TCY'nin 6/1-a maddesinde, "henüz 18 yaşını doldurmamış kişi" olarak tanımlanan **çocuk kavramının, yasa koyucu tarafından cinsel dokunulmazlığa karşı suçların düzenlendiği bölümde, "onbeş yaşını bitirmiş"; "onbeş yaşını tamamlamamış" şeklinde iki ayrı dönem olarak ele alındığı görülmektedir.** Buna göre bu bölümde "onbeş yaşını tamamlamamış" çocuklar ile "onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar farklı kategoride mütalaa edilmiştir. TCY'nin 103/1-a maddesinde, "onbeş yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak tanımlanmışken aynı maddenin b bendinde ise diğer çocuklar ifadesiyle "onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklar kastedilerek bunlara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar suçunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Yasa koyucu bu maddede "onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı rızalarıyla yapılan cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamına almamış ve bu kategorideki çocukların rızalarına önem vermişken "onbeş yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranışı rızaları olsa bile çocukların cinsel istismarı suçu kapsamına almıştır. TCY'nin 104. maddesinde de, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı şikayete bağlı bir suç olarak düzenlemiştir. **Bu nedenle çocuklara karşı cinsel amaçlı olarak işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının da iki kategoride ele alınması gerekmektedir: 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 uyumsuzluk 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 uyumsuzluğun esasını oluşturmaktadır.**

Çocukların cinsel amaçlı olarak hürriyetinden yoksun kılınması suçu 765 sayılı TCY'nin "Adabı umumîye ve nizamı aile aleyhinde cürümler" başlıklı sekizinci babının "Kız, kadın ve erkek kaçırmak" başlıklı ikinci faslında yer alan 43012. maddesinde, "Eğer reşit olmayan kimse, cebir ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın kendi rızası ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırılmış veya bir yerde alıkonulmuş ise ceza altı aydan üç seneye kadar hapistir" şeklinde, 5237 sayılı TCY'de ise "Hürriyete karşı suçlar" bölümünün "Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" başlıklı 109. maddesinde, " (1) Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. (2) ... (3) ... f) çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır. (4) ... (5) Suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır ... " biçiminde düzenlenmiştir.

765 sayılı TCY'nin 430/2. maddesindeki düzenlemede korunan hukuki değer "umumi adap ve aile düzenidir". 5237 sayılı TCY'deki düzenleme ile korunan hukuki değer ise, "kişilerin kendi istekleri ve iradeleriyle serbestçe hareket edebilme özgürlükleri" dir. Kişilerin bir yerde kalma ve bir yere gitme konusunda özgürlükleri olması nedeniyle bu suçun işlenmesi sonucu anılan özgürlükleri ihlal edilmiş olmaktadır. Ancak suçun oluşabilmesi için bu ihlalin hukuka aykırı olarak yapılması zorunludur. Hukuka aykırılık, öğretide genel olarak hukuk düzeninin izin vermediği halleri ifade etmektedir.

"Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası" başlıklı 5237 sayılı TCY'nin 26/2. maddesinde, "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez." şeklindeki düzenleme ile ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedeni olarak sayılmıştır. Sözü edilen hukuka uygunluk nedeninin doğabilmesi, rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmasına ve kişinin bu hakla ilgili olarak rıza açıklama ehliyetinin bulunmasına bağlıdır. Yine rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada mevcut olması gerekir. Fiilin işlendiği sırada olmayıp sonradan ortaya çıkan rıza bir hukuka uygunluk nedeni değildir.

Burada uyuşmazlığın sağlıklı bir hukuki zemine oturtulabilmesi için "onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış olan" çocukların bir yerde kalma ve bir yere gitme özgürlüklerinin bulunup bulunmadığının dolayısıyla da bu konudaki rızalarının geçerli olup olmadığının belirlenmesi zorunluluğu doğmaktadır. Bunun için de Medeni Yasa'ya başvurulması gerekmektedir.

4721 sayılı Medeni Yasa'nın 13. maddesinde, yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğu vurgulandıktan sonra 16. maddesinde, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri ancak karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rızanın gerekli olmadığı hükme bağlanmaktadır.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar yasada tek tek sayılmamakla birlikte genel olarak öğretide, kişinin sadece kendisinin kullanabileceği, başkasına devredilemeyen ve miras yoluyla geçmeyen haklar olarak açıklanmaktadır. Bu tür haklar insanın kişiliğini yakından ilgilendirdiğinden, bunların kullanılmasına karar verme yetkisi başkasına bırakılmamıştır. Örneğin; evlenme, nişanlanma, nişanı bozma, evlat edinilmeye razı olma gibi ... Bundan da anlaşılacağı üzere kişinin "bir yere gitmek veya bir yerde kalmak" özgürlüğü üzerinde tasarrufta bulunma hakkının sadece kendisine ait olacağı açıktır.

Bununla birlikte, 15.04.1942 gün ve 14/9 sayılı İ.B.Kararı ile CGK'nın 15.02.1972 gün ve 43-50 ve 02.03.2004 gün ve 44-58 sayılı kararlarında; ayırt etme gücüne sahip (sezgin) küçüklerin doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikayet hakkına sahip oldukları belirtilmektedir.

Bu açıklamaların ışığında somut olay incelendiğinde; Hükümlünün, suç tarihinde 15 yaşını tamamlamış ayırt etme gücüne sahip (sezgin küçük) mağdure Fatma'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 çıkararak hukuka uygun hale getirmektedir. Bu nedenle Özel Daire'nin kararı isabetli olup, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Başkanı;

"Hükümlünün itiraza konu eyleminin 5237 sayılı TCY'nin 109. maddenin 1,3/f ve 5. fıkraları kapsamında kaldığı ve 15 yaşını tamamlamamış çocuklara karşı bu suçun işlenmesi halinde rızanın suçun oluşumuna etkisi bulunmadığı tartışmasızdır. 15 yaşını tamamlamış çocuklara karşı işlenen cinsel amaçlı hürriyeti kısıtlama eylemlerinde rızanın hukuka uygunluk nedeni olup olmadığının belirlenmesi için rızalarının geçerliliğinin saptanması gereklidir. Öncelikle belirtilmelidir ki, 5237 sayılı TCY'nin 6. maddesinde çocuğun, 18 yaşını doldurmayan kişi olarak tanımlandığına ve uyuşmazlığa konu suçun düzenlendiği TCY'nin 109. maddesinde herhangi bir yaş ayırımı yapılmadan çocuk ifadesi kullanıldığına göre, yasanın cinsel suçların düzenlendiği bölümünde yer alan ve "çocukların cinsel istismarı" başlıklı 103. maddenin 1-b maddesinde 15 yaşını bitirmiş ancak 18 yaşını bitirmemiş çocuklara yönelik cinsel davranışların suç oluşturacak türlerini sadece cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedenle sınırlandırarak rızasına dayalı eylemleri suç teşkil edecek cinsel istismar hallerinden dışlar görünen hükmüne dayandırarak yasa koyucunun 104. maddesindeki iradesini yok telakki etmek olanaksızdır.

4721 sayılı Medeni Yasa'nın 11. maddesinde; erginliğin on sekiz yaşını doldurulması veya evlenme ile başladığı, **16. maddesinde;** ayırt etme gücüne sahip küçüklerin yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri ancak karşılıksız kazanma ile kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rızanın gerekli olmadığı, **335. maddesinde;** ergin olmayan çocuğun ana ve babasının velayeti altında olduğu, **339. maddesinde;** ana ve babanın,

çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alıp uygulayacakları, çocuğun ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlü olduğu ve ana-babasının rızası dışında evi terk edemeyeceği, 340. maddesinde; ana ve babanın, çocuğu olanaklarına göre eğiterek onun bedensel zihinsel ruhsal ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlayıp koruyacakları hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan, 5237 sayılı TCYnin 234. maddesine 5560 sayılı Yasa ile eklenen 3. fıkra, "Kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikayet üzerine... cezalandırılır." hükmü getirilmiştir. Bu maddenin gerekçesinde, "4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 339. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, "çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terk edemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz" Bu hükmümlle, yaşı ne olursa olsun, çocuğa ana ve babasının bilgisi veya rızası dışında evi terk etmeme hususunda bir yükümlülük yüklenmiştir. Bu hükmü, ana ve babasının bilgisi ve rızası dışında evi terk eden çocuğu yanında bulunduran kişiye çocuğun ana ve babasını veya yetkili makamları durumdan haberdar etmek yönünde bir yükümlülük yüklemek suretiyle tamamlamak gerekir. Çocuğun evi terk etmesinin ana ve babada büyük bir tedirginlik oluşturduğu herkes tarafından bilinen bir gerçektir..." denilmektedir.

Velisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutma fiilini suç sayarak cezalandıran ve buradaki rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmeyen, yine Medeni Yasamızın 340. maddesiyle bir yandan veliye, çocuğu olanaklarına göre eğiterek onun bedensel zihinsel ruhsal ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlayıp koruma görevini, 339. maddesiyle de çocuğun eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alıp uygulama yetkisini veren, öte yandan çocuğa da ana-babasının sözünü dinleme ve onların rızası dışında evi terk etmeme yükümlülüğünü yükleyen bir yasa koyucunun, Çıkardığı başka bir yasa ile cinsel amaçlı olarak hürriyetinin kısıtlanması suçunda velinin iradesini çocuğunun rızasıyla bertaraf etmek istediği düşünülmemelidir.

Bu koşullarda, rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için, çocuğun kendisine tanınan sınırları içinde bir tasarrufta bulunması gereklidir. Bu bağlamda, çocuğun arkadaşına ders çalışma için gitmesi halinde kendisine hukuken tanınan sınırlar içinde hareket ettiğinde tartışılır bir hal yoktur. Ancak çocuğun cinsel saldırıya uğrayacağını bilerek bir yere gitme ya da o yerde kalma özgürlüğü olduğunu kabullenmek ve bu yöndeki rızayı Yasa'nın 26/2. maddesi kapsamında hukuka uygunluk sebebi saymak isabetli bir yorum sayılmamalıdır. Bu alanda çocuklara sağlanan özgürlük mutlak olmayıp sınırlıdır. Bu sınırların Medeni Yasa'da açıklıkla öngörülen çerçevenin dışına çıkarılması ve çocuğu, suç mağduru haline dönüştürecek ortama sevk etmeye izin verir tarzda genişletilmesi düşünülmemelidir. Bu açıklamalar ışığında, velisinin ya da yasal temsilcisinin rızası olmadan bir yere gitme ve bir yerde kalma özgürlüğüne mutlak olarak sahip olmayan çocuğun, hürriyetinin kısıtlanması hukuka aykırı olup, çocuğun rızası bu fiili hukuka uygun hale dönüştürmemektedir. Hukuk düzenimizde çocuğun velisinin izni olmadıkça bir yere gitme veya bir yerde kalmasına izin veren bir düzenleme bulunmamaktadır. Velinin de bir başkasının cinsel tatminine muhatap kılmak niyetiyle çocuğunun hürriyetini tahdit için göstereceği rızanın geçerliliği bulunmamaktadır.

Zihinsel ve fiziksel gelişimini tamamlamamış olduğu Medeni Yasa tarafından açıkça kabul edilen çocuklara böyle bir özgürlüğün verilmiş olabileceği de düşünülmemelidir. Kişisel özgürlüklerin şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu ve rızanın hukuka uygunluk nedeni olacağı yorumuyla ergin çocuğun bir yere gitmek veya bir yerde kalmakta özgür olacağına hükmetmek bunun ancak meşru amaçlarla yapılmasına bağlıdır. Gittiği ya da kaldığı bu mekanda rızasıyla gerçekleşen cinsi teması, yasa koyucu, 104. maddesinde suç saydığına ve bu hali cinsel özgürlük kapsamında rızadan kaynaklanan hukuka uygunluk saymadığına göre, kabul edilemez bir yorumla cinsel amaçlı özgürlük kısıtlamalarını da, failleri yönünden suç saymak zarureti vardır. Bu nedenlerle Özel Daire'nin kararında isabet bulunmadığından kaldırılmasına ve yerel mahkemenin direnme hükmünün onanmasına karar verilmesi gerektiği düşüncesindeyim" görüşüyle,

Çoğunluk görüşüne katılmayan bir kısım Kurul Üyesi de, benzer düşüncelerle "çocuğun rızasının bu suçta fiili hukuka uygun hale getirmede" görüşüyle karşı oy kullanmışlardır." ifadelerine yer verilmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

Bu karar doğrultusunda, Yargıtay'ın, çoğunluk görüşü ile cinsel amaçla hürriyetinden yoksun kılma suçunda da 15 yaşını dolduran mağdurun rızasını muteber sayarak, hürriyetten yoksun kılma

cinsel istismarı suçunu düzenlediği 103. maddesindeki hükümden²³⁹ yola çıkılarak, 15 yaşını doldurmayanların rızalarına değer verilemeyeceği, 15 yaşını dolduranların ise rızalarının diğer şartları da mevcutsa muteber sayılabileceği yönündedir. Ancak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin olarak gösterilen rızanın muteber sayılıp sayılmayacağının belirlenmesinde bir başka suça ilişkin özel düzenlemenin esas alınması hatalı bulunmaktadır. Çocukların cinsel istismarı suçu yönünden rızanın geçerliliği hususunda getirilmiş olan sınırlama, söz konusu suça özgü olup; diğer suçlara uygulanması kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı gereğince mümkün değildir.²⁴⁰ Hürriyetten yoksun kılma fiilinin cinsel amaçla işlenmesi, çocukların cinsel istismarı suçuna ilişkin düzenlemenin hürriyetten yoksun kılma suçuna uygulanmasını sağlamayacaktır. Cinsel amaç, failin mağdura karşı cinsel dokunulmazlığa karşı suçları işlemeyi mutlak biçimde amaçlaması değil²⁴¹, cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket etmiş olmasıdır.²⁴² Cinsel amaç doğrultusunda cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç işlenirse, bu yönde ayrıca cezalandırmaya gidilecektir. Bu durumda, cinsel amaçla işlenilen hürriyetten yoksun kılma suçu ile

suçunun oluşmadığının kabul edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Ancak hükmün gerekçesinde rızanın muteber sayılacağı yaşı belirlenmesinde bir başka suça ilişkin özel bir düzenlemede yer alan yaş hususundaki ikili ayırımın göz önünde tutulması, 15 yaşını doldurmamış olanlara ilişkin olarak da aynı hükümden yola çıkılarak kati surette rızanın geçerli olamayacağının kabul edilmesi, karşı oy yazısında da yine bir başka suça ilişkin özel düzenlemeye dayanılarak ve farklı hukuki konuları koruma altına alan suçlardan yola çıkılarak görüş beyan edilmesi bizce hatalı olup; ceza hukuku ilkelerine uygun bulunmamaktadır.

²³⁹ 5237 sayılı TCK'nın Çocukların Cinsel İstismarı başlıklı 103. maddesinin ilgili fıkraları; "1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden;

a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar,

anlaşılır." biçimindedir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

²⁴⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 180–181.

²⁴¹ GÜNDEL, Ahmet, **5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı-Cinsel İstismar-Cinsel Taciz-Rızaen Irza Geçme-Hürriyeti Kısıtlama-Alıkoyma-Fuhuş Ve Müstehcen Yayın Suçları**, Seçkin Yay. , Ankara Mayıs 2009, s. 188.

²⁴² ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 264.

cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suç ayrı ayrı değerlendirilecektir. Kaldı ki, rızanın varlığı ve muteber sayılması halinde, hürriyette yoksun kılma suçu oluşmadığından, ağırlaştırıcı sebep de söz konusu olmayacaktır.

Doktrinde, 5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin üçüncü fıkrasının f bendinde suçun çocuğa karşı işlenmesinin suçun ağırlaştırıcı sebebi olmasından yola çıkılarak Kanunun 6. maddesinin 1. fıkrasının b bendindeki tanım gereğince, 18 yaşını doldurmamış olanların rızalarının geçerli olamayacağı ileri sürülmüştür.²⁴³ Ancak bizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Kanun koyucunun, rızası bulunmadığı bir durumda çocuğa karşı işlenen hürriyetten yoksun kılma fiilini daha ağır bir cezaya tabi tutması, çocuğun rızasının muteber sayılmayacağı sonucuna ulaşılmasına yol açmayacaktır. Aksi kabulde, örneğin suçun eşe karşı işlenilmesinin ağırlaştırıcı bir sebep olarak düzenlenmesinden yola çıkılarak eşin de hürriyetten yoksun kılma fiiline ilişkin rıza gösteremeyeceği sonucuna varmak gerekecektir. Kaldı ki, rıza, mevcut olduğu müddetçe suç söz konusu olmayacak, suçun nitelikli hali de gündeme gelmeyecektir. Bu itibarla, fiilin suç oluşturup oluşturmaması ile suç oluşturan fiilin nitelikli halinin bulunup bulunmadığı birbirinden büsbütün farklı hususlardır.

5237 sayılı TCK'nın 234. maddesinde çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu, düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısımının, on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırması veya alıkoyması hali, ikinci fıkrasında suçun cebir veya tehdit kullanılarak işlenmiş ya da çocuğun on iki yaşını bitirmemiş

²⁴³ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 253–254.

olmasının ağırlaştırıcı bir sebep olduğu ifade edilmiştir. Maddenin lafzından on altını yaşını bitirmiş çocuğun rızasıyla maddede belirtilen ilgili kimseler tarafından kaçırılması veya alıkonulmasının bu suçu oluşturmayacağı, on altı yaşını doldurmuş çocuğun rızasının muteber sayıldığı anlaşılmaktadır. Ancak rızanın muteber sayılacağı yaş sınırlamasına ilişkin bu belirleme, söz konusu suça yönelik olup; genel bir düzenleme değildir. Kaldı ki, söz konusu suç ile korunan hukuki yarar, aile düzeni olup; hürriyetten yoksun kılma suçunda olduğu gibi kişiye ait bir hak olmadığından, kişinin rızasına değer verilmemesi doğaldır.

Doktrinde, on sekiz yaşını doldurmayanların hürriyetten yoksun kılma fiiline ilişkin rızasının muteber sayılamayacağına ilişkin görüşü savunan bir müellif, Kanun koyucunun TCK'nın 234. maddesinde on altı yaşını doldurmuş çocuğun rızasına değer verirken, faille mağdur arasındaki akrabalık ilişkisini dikkate aldığı, bunun dışında ancak ergin mağdurun rızasının suçun oluşumunu engelleyeceğini ifade etmiştir.²⁴⁴ Ancak bizce, bu görüş kendi içerisinde çelişkiye düşmektedir. Hürriyetten yoksun kılma suçunun ağırlaştırıcı sebeplerinden olan suçun altsoya karşı işlenilmesi halinde de fail ile mağdur arasında TCK'nın 234. maddesindeki akrabalık ilişkisi mevcuttur. Ancak TCK'nın 234. maddesinde yazılı suçta rızanın geçerli olacağı yaşın belirlenmesinde ve suçun oluşumunda hürriyetten yoksun kılma suçundan farklı bir hukuki konunun esas alınmış olduğu bir hakikattir. Söz konusu suça ilişkin düzenleme, aile düzenine karşı işlenen suçlar arasında yer alması ve velayet hakkını korumayı amaçlaması nedeniyle rızanın muteber sayılacağı yaş hususunda farklı bir hüküm içermektedir. Ayrıca TCK'nın 234. maddesinde yer alan suçun ihdasında on altı yaşın esas alınma sebebinin velayet hakkının korunması amacıyla düzenlenmiş

²⁴⁴ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 254.

olan 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun'da çocuğun on altı yaşı tamamlamamış kişi olarak tanımlanmasına uyum sağlamak olduğu söylenebilecektir.²⁴⁵

TCK'nın 234. maddesine 5560 sayılı Yasa ile eklenen üçüncü fıkrada ise, *“kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikayet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* denilmektedir. Söz konusu hükümden yola çıkılarak, hürriyetten yoksun kılma fiiline yönelik olarak mağdur çocuğun rızasının tek başına yeterli kabul edilemeyeceği ileri sürülmüştür. Ancak söz konusu düzenleme ile hükme bağlanan suç, hürriyetten yoksun kılma suçundan başka bir suç olup; farklı bir hukuki yararı korumaktadır. Aile Düzenine Karşı Suçlar bölüm başlığı atında yer alan suç, aile düzenini, ana ve babanın velayet hakkını koruma altına almaktadır. Bu itibarla, çocuğun rızasının muteber olması nedeni ile hürriyetten yoksun kılma suçu oluşmasa dahi, kısa süreli olarak evden ayrılmalar dışında, dönmek amacıyla evden ayrılma yani evi terk etme halinde²⁴⁶ çocuğu yanında tutan kişi, bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle cezaya tabi tutulabilecektir.²⁴⁷

Bir başka görüşe göre ise, Kanunda hürriyetten yoksun kılma suçunda rızanın muteberliği yönünden herhangi bir belirleme yapılmadığından, mağdurun yaşı bakımından rızanın geçerli kabul edilmesinin tek ölçütü, mağdurun rıza verdiği fiilin

²⁴⁵ NUHOĞLU, Ayşe, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, Beta Yay. , İstanbul 2009, s. 183–184.

²⁴⁶ ARTUÇ, Mustafa, **Kişilere Karşı Suçlar**, Adalet Yay. , Ankara 2008, s. 848.

²⁴⁷ Benzer görüş için bkz: ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1203.

anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin varlığıdır.²⁴⁸ Ancak bu durumda rızanın muteberliğini belirleyebilmek objektif bir koşula bağlanmamış olmaktadır.

Bir diğer görüşe göre, ceza ehliyetine sahip olan kişinin rızası bu suç yönünden geçerli kabul edilmeli, hukuka uygunluk nedeni oluşturmalıdır.²⁴⁹ Kanaatimizce rızanın muteberliği hususunda kesin bir yaş sınırlaması belirlemek uygun bulunmamaktadır. Rızanın muteber olup olmadığını belirlemede yaş hususunda değerlendirilmesi gereken ikili kıstas mevcuttur. Mağdurun rıza verilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği var olmalı, mağdurun yaşı söz konusu yeteneğin varlığı için uygun bulunmalıdır.

Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamanın söz konusu olacağı yaş hususunda Kanunda fail yönünden üçlü bir ayırım getirilerek belirleme yapılmıştır.²⁵⁰ Bu doğrultuda, on iki yaşını doldurmamış olanların herhangi bir araştırma ve incelemeye gerek duyulmaksızın fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamadığı kabul edilmekte; on iki yaşını doldurmuş, on beş yaşını doldurmamış olanların, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olup olmadığı inceleme neticesinde belirlenmekte; on beş yaşını doldurmuş olanların ise, herhangi bir araştırma ve incelemeye gerek duyulmaksızın fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algıladığı kabul edilmektedir.

²⁴⁸ ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1202–1203.

²⁴⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Kişilere Karşı Suçlar**, s. 181.

²⁵⁰ 5237 sayılı TCK’nın Yaş Küçüklüğü başlıklı 31. maddesinde; “(1) Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

(Değişik 2. fıkra: 5377 - 29.6.2005 /m.5) (2) Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde ceza sorumluluğu yoktur.” ifadelerine yer verilmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamanın söz konusu olacağı yaş hususunda Kanunda mağdur yönünden herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Ancak Kanunda her ne kadar faile ilişkin olarak hüküm kurulmuş olsa da, algılama yeteneğinin olmadığına ilişkin kabulün mağdur yönünden de bağlayıcı bir nitelik arz edeceği söylenebilecektir. Bu itibarla, on iki yaşını doldurmamış kişilerin rızasının muteber kabul edilemeyeceği ve suçun oluşumu yönünden herhangi bir etkiye sahip olamayacağı açıktır. Bunun dışında, on iki yaşını doldurmuş, on beş yaşını doldurmamış olanların rızasının kati surette geçerli kabul edilemeyeceğini söylemek de mümkün görülmemektedir. Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği var olduğu müddetçe²⁵¹ on iki yaşını doldurmuş olan kişinin cezalandırılabilir olması, söz konusu yeteneğe sahip mağdurun rızasına da değer tanımayı mümkün kılabilmektedir. Söz konusu hükümler değerlendirilirken göz önünde bulundurulması gereken husus, Kanunun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin varlığına ilişkin yaşı belirlemiş olmasıdır. Kişinin fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin varlığına ilişkin yaş belirlemesi, suçtaki konumuna bakılmaksızın kişiye uygulanabilir mahiyettedir. Bu itibarla, on iki yaşını doldurmuş, on beş yaşını doldurmamış kişinin hürriyetinden yoksun kılınmaya ilişkin rızası, kendisine karşı gerçekleştirilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaması halinde, diğer şartları da mevcutsa muteber kabul edilebilmelidir. On beş yaşını doldurmuş olan kişiler yönünden ise, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin kati surette kabulü sebebiyle rızanın geçerliliği hususunda tartışma bulunmamaktadır.

²⁵¹ Ayrıca davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olması aranmaktadır.

IV- HUKUKA AYKIRILIK

Doktrinde, farklı ayrımlara rastlanabilmekle birlikte, suçun unsurlarının genel olarak ikili yahut üçlü bir ayrıma tabi tutularak inceleme altına alındığı görülmektedir. Üçlü ayrımda suçun unsurları; maddi unsur(maddi fiil), hukuka aykırılık ve manevi unsur (kusurluluk) olarak kabul edilmekte iken, ikili ayrımda suçun unsurları; maddi unsur ve manevi unsurdur.²⁵² Hukuka aykırılık, suçun maddi ve manevi unsurlarından ve daha da önemlisi suçun bizatihi kendisinden ayrılabilir nitelikte görülmediğinden²⁵³, çalışmamızda suçun unsurları arasında inceleme altına alınmamakla birlikte, inceleme konumuzu oluşturan suça ilişkin düzenlemede yer alan “hukuka aykırılık” ifadesinin irdelenmesi hususunda kısaca değinmeyi yararlı bulmaktayız.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin düzenlemede, maddi unsuru oluşturan kişiyi, bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun kılmanın hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi gerektiği ayrıca belirtilmiştir. Hukuka aykırılığın kanunda açıkça dile getirilmesi gerekli olmayıp; suç içeren fiilin hukuk ile çatışması nedeniyle kendiliğinden var olduğu bir gerçektir.²⁵⁴ Esasen tüm suçlar için suça ilişkin fiilin hukuka aykırı olması bir zorunluluk olmakla birlikte, bazı suçlarda olduğu gibi bu suç için hukuka aykırılık sarih olarak Kanunda zikredilmiştir.²⁵⁵ 5237 sayılı TCK’da yer alan birçok suça ilişkin düzenlemede

²⁵² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Genel Hükümler**, s. 188–189.

²⁵³ Bkz: HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Genel Hükümler**, s. 189.

²⁵⁴ KATOĞLU, Tuğrul, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Seçkin Yay. , Ankara 2003, s. 123, 159.

²⁵⁵ EREM, **Hürriyet Ve Suç**, s. 65.

“*hukuka aykırı olarak*” gerçekleştirilme gerekliliği ifade edilmiştir.²⁵⁶

Karşılaştırmalı hukukta da hürriyetten yoksun kılma suçuna ilişkin olarak benzer nitelikte hükümlere rastlanmaktadır.²⁵⁷

Kanunun gerekçesinde, “*hukuka aykırı olarak*” ibaresinin hukukun izin vermediği halleri ifade ettiği belirtilmiştir.²⁵⁸ Doktrinde ise, hukuka aykırılığın Kanuni düzenlemede ayrıca belirtilmesine “*hukuka özel aykırılık*” denilmektedir.²⁵⁹ Mülga TCK’da hürriyetten mahrum etme suçunun düzenlendiği madde metninde benzer mahiyette “*gayrimeşru surette kişi hürriyetinden mahrum etme*” ifadesine yer verilmiştir. Mülga Kanundaki ifadenin 5237 sayılı TCK’daki düzenleme ile daha açık bir hale getirildiği ve ceza hukuku terminolojisine uyum sağlandığı ifade edilmektedir.²⁶⁰ Ancak terminolojideki bu farklılık ile hürriyetten yoksun kılma fiilinin suç oluşturmaması için meşru bir dayanağa sahip olmasının yeterli görülmemesine, hukuki bir kurala dayanılması gerektiğinin kabul edilmesine yol açıldığı söylenebilmektedir.²⁶¹

Hukuka aykırılık, bir fiilin kanun koyucu tarafından belirlenmiş hukuk kuralına aykırı olması suretiyle biçimsel hukuka aykırılık, fiilin sadece hukuk kuralı

²⁵⁶ Hususiyetle, haksız arama ve haberleşmenin engellenmesi suçlarına ilişkin Kanunun 120 ve 124. maddelerindeki düzenlemelerde hukuka aykırı olarak gerçekleştirilme ifadesi kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin düzenlemedeki ifade ile eş mahiyettedir.

²⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: ARTUK, “*Hürriyeti Tahdit Cürmü*”, s. 55–56.

²⁵⁸ **TCK Tasarısı Ve Adalet Komisyonu Raporu**, s. 520.

²⁵⁹ ARTUK, “*Hürriyeti Tahdit Cürmü*”, s. 55. OZANSÜ ise, Kanun koyucunun hukuka aykırılığı kanun metninde aktarmış olup olmamasının önemi olmadığını, doktrinde “*hukuka özel aykırılık*” olarak ifade edilen hallerde de haksızlık bilincinin gündeme gelmesi gerektiğini belirtmektedir. OZANSÜ, Mehmet Cemil, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, Seçkin Yay. , Ankara 2007, s. 120–121; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, hukuka özel aykırılık ifadesinin kullanımına ilişkin düşüncenin, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran özel nedenlerle, suçun özü, kendisi olan hukuka aykırılığı birbirine karıştırdığını, hukuka aykırılığın tek ve genel olduğunu, hukuka özel aykırılıktan söz edilmesinin çelişki oluşturduğunu belirtmiştir. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Genel Hükümler**, s. 220.

²⁶⁰ ÜZÜLMEZ, “*Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*”, s. 1184; PARLAR/HATİPOĞLU, **5237 Sayılı TCK’da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 238; GÖKÇEN, s. 9.

²⁶¹ ŞEN, s. 445.

ile çelişmesini yeterli saymayan aynı zamanda kuralın koruduğu hak ve yararların ihlal edilmesi veya tehlikeyle karşı karşıya bırakılmasını aramak suretiyle maddi hukuka aykırılık olarak iki şekilde²⁶² tanımlanabilmektedir.²⁶³ Esasen, hukuka aykırılık, fiilin, bir hukuk kuralı ile emir veya izin verilmiş olmayan veya emir veya izin veren hukuk kuralının koyduğu esas veya şekil şartlarına uygun bulunmayan yahut geçerli bir rızaya dayanmayan nitelikte olmasıdır. Hukuka aykırılık, doktrinde yaygın bir biçimde ileri sürüldüğünün aksine, suçun bir unsurunu değil, suçun özünü, içkin niteliğini ve hatta kendisini teşkil etmektedir.²⁶⁴

Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilme koşulu ile hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması gerekliliğinin ifade edilmiş olduğu düşünüldüğünde, hukuka uygunluk nedenleri genel hükümlerde esasen düzenleme altına alınmış olduğundan, hükmün gerekçesi açıklanamamaktadır.²⁶⁵ Ancak hukuka aykırılığın suça ilişkin düzenlemede ayrıca belirtilmiş olması, hukuka uygunluk nedenlerinin, bu suç yönünden uygulanabilirliğini ve somut olayda var olup olmadıklarının dikkatli bir biçimde incelenmesi gerekliliğini de ortaya koymaktadır. Bir müellife göre, suça ilişkin düzenlemede hukuka aykırılık ibaresine yer verilmeyen hallerde, hukuka

²⁶² DÖNMEZER, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, s. 147. Ayrıntılı bilgi için bkz: KATOĞLU, **Hukuka Aykırılık**, s. 36–80.

²⁶³ Mülga TCK döneminde verilmiş olan YCGK'nın 28.03.1983 tarih, 1983/8–56 E. , 1983/144 K. sayılı ilamı maddi hukuka aykırılığı esas alma biçimi yönünden ilgi çekicidir. Kararda; “*Sırf biçimsel bir hukuka aykırılık kavramı, hukuka uygunluk sebeplerini sadece müsbet hukukta aramak ve kanunun sustuğu yerlerde, yapılan hareket ne derece haklı ve meşru görülürse görülsün, faili cezalandırmak sonucuna götürür. Biçimsel hukuka aykırılık esasını kabul etmek, teknik - Hukuk açısından doğru ve yerindedir, fakat sosyal hayatın gereklerine bazı hallerde tam anlamıyla cevap verecek nitelikte değildir. Böyle olunca, kanunun suç saydığı bir fiil işlendikte, o fiili suç saymakta güdülen amaca, kanunun asıl fikrine "ratio legis" e bakmak gerekir: Yapılan hareketin bu amaca girdiğine kanaat getirildiği anda, hukuka aykırılık vardır ve bir takım düşüncelerle aynı hareketin "adil" veya "haklı" sayılabilmesinin hiçbir rolü yoktur; buna karşılık hareketin sözü geçen amaca uygun olmadığı, kanunun bu türden hareketleri yasaklayıp cezalandırmak amacını güdemeyeceği sonucuna varıldıkta, fiil hukuka uygundur ve hukuka uygunluğu belirten halin kanunlarda yazılı olup olmaması bakımından bir ayırım yapmaya gerek yoktur. Ceza Hukuku'nun da zımni sınırları vardır. Maksatsız hukuk ve suç olamayacağı gibi; amacın ötesinde bir hukuka aykırılık da bulunamaz.*” ifadelerine yer verilmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

²⁶⁴ TOROSLU, **Ceza Hukuku**, s. 70; Bkz: HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Genel Hükümler**, s. 189.

²⁶⁵ ÖNDER, **Özel Hükümler**, s. 30.

aykırılığın varlığı esas iken; suça ilişkin düzenlemede hukuka aykırılık ibaresine açıkça yer verilen hallerde, hukuka aykırılık bir kısım ipotezler bakımından istisna teşkil etmektedir.²⁶⁶ Örneğin, işkence suçu gibi bazı suç tiplerinde fiilin hukuka uygun olarak gerçekleştirilebilmesi suçun yapısına büsbütün aykırıdır. Buna karşın, bazı suç tiplerinde ise, fiilin hukuka uygun olduğu, suç teşkil etmediği haller mevcut olup, esasen fiilin yapısı hukuka uygun olarak işlenmeye müsaittir. Hürriyetten yoksun kılma suçu da, esasen hukuka uygun olarak gerçekleştirilebilecek bir fiili cezalandırmaya tabi tuttuğundan, sadece hukuka aykırı hallerin kapsama alındığı ve hukuka uygun bir durum bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiği ayrıca belirtilmiştir.²⁶⁷

Kanun koyucunun suça ilişkin düzenlemede açıkça hukuka aykırılığa yer vermesinin, hakimin kararında açıkça hukuka aykırılığa ilişkin bir değerlendirme yapmasını zorunlu hale getirdiği ifade edilmektedir.²⁶⁸ Bunun dışında, hukuka aykırılık ifadesinin varlığının, genel hükümlerde yer almayan ancak failde hukuka aykırılık bilincinin olmadığı halleri de kapsamına aldığı ileri sürülmüştür.²⁶⁹ Bir görüşe göre, hukuka aykırılık ifadesinin suça ilişkin düzenlemede yer almasının amacı, failin kanunun öngördüğü biçimde hareket ettiğini bilmesi ve istemesinin hukuka aykırılık bilinci yönünden araştırılması gereğidir. Hukuka aykırılığın suça

²⁶⁶ Bkz: KATOĞLU, **Hukuka Aykırılık**, s. 123.

²⁶⁷ TCK Tasarısının gerekçesinde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin düzenlemede, “*hukuka aykırı olarak*” ibaresine yer verilmesinin nedenini açıklarken, şu ifadeler kullanılmıştır: “*suçun oluşması için olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerekir. Madde bu hususu ayrıca belirtmiştir. Aslında hukuka aykırılık suçun bir unsuru olması nedeniyle, metinde ayrıca belirtilmesine, hukuk tekniği bakımından gerek olmadığı düşünülebilir. Ancak Tasarı, bu hususta herhangi bir duraksamaya neden olmamak için, açıklık getirmeyi uygun saymıştır.*” **TCK Tasarısı Ve Adalet Komisyonu Raporu**, s. 92.

²⁶⁸ Bkz: KATOĞLU, **Hukuka Aykırılık**, s. 123.

²⁶⁹ Mülga TCK döneminde Kanun, düzenlemede “*gayri meşru surette*” ibaresi kullanılmış olduğundan, doktrinde fiile müsaade eden bir hukuk kuralı mevcut olmasa dahi, fiilin yaratacağı zarardan daha büyük bir zararı önlemek için kişinin hürriyetinden bir süreliğine yoksun bırakılmasının hukuka uygun kabul edilebileceği ifade edilmekteydi. EREM, **Hürriyet Ve Suç**, s. 65.

ilişkin düzenlemede ayrıca gösterilmesinin nedeninin hakim, failin, genel kast dışında ayrıca hukuka aykırılık bilinci²⁷⁰ ile hareket edip etmediğini araştırmak zorunda olması olduğu ileri sürülmüştür.²⁷¹ Ancak Kanun metninde ‘hukuka aykırı olarak’ ifadesinin yer almasına bu yönde bir anlam yüklemek suretiyle hukuka aykırılık değerlendirilmesinde, suçun manevi unsurunu oluşturan genel kast dışında bu yönde bir inceleme yapılması bizce uygun bulunmamaktadır.

²⁷⁰ Yar. CGK. , 03.12.2002 T. , 2002/8–288 E. , 2002/419 K. sayılı ilamında;

“...Kural olarak, failin suç saydığı bir sonucu bilmesi ve istemesi ve bu şekilde harekette bulunması, kastın varlığı açısından yeterlidir. Ayrıca, sonucun yasaya ya da hukuka aykırı olduğunu bilmek şartı aranmaz.

Ancak, Ceza Yasamızda çeşitli suçlar bakımından hukuka aykırılığı belirten bazı terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Örneğin 198. maddede sırrın “meşru bir sebebe müstenit olmaksızın” ifşa edilmesinden söz edilmekte ve bu suretle kanun hukuka aykırılığı iyice belirtmektedir. Bunun gibi diğer bazı maddelerde de “Hükümetin tasvibi olmaksızın” (m. 128, 143, 148), “makbul bir sebep olmadıkça” (m. 152), “gayri meşru surette” (m. 179), “kanunda yazılı hallerin haricinde” (m. 183), “kanunsuz” (m. 185), “memuriyet sıfatını suiistimal suretiyle” (m. 174/2, 181, 200, 209, 210); “Kanunu Medenide yazılı ahkama riayet etmeksizin” (m. 511) gibi ibareler kullanılarak hukuka aykırılık unsuru ayrıca belirtilmiştir. Kanunda bu ve buna benzer deyimlerle özel biçimde aranan hukuka aykırılığı bütün suçların genel unsuru oluşturan hukuka aykırılıktan ayırt etmek için, açıklık bulunan bu gibi hallerde “hukuka özel aykırılık” bulunduğu ileri sürülür. (Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 2, 12. B., sy. 19)

Yasanın hukuka aykırılık şartını failin iradesi ile ilgili olarak açık bir şekilde aradığı bu gibi hallerde, failin, failin gayri meşru olduğunu bilmesi, kast kavramı içine girer. (Pisapia'ya atfen Dr. Recep Gülsen, Hürriyeti Tahdit Suçları, 2002, sy. 89). Başka bir deyişle, manevi unsur, yani kusurluluk, hukuka özel aykırılığı kapsamına alır.

Özgürlüğü kısıtlama cürümü bakımından Yasamız, eylemin “gayri meşru surette” işlenmesine şart koştuğundan, failin bu şekilde hareket etmesini bilmesi ve istemesini aramaktadır. Bu durumda, failin işlediği failin hukuka aykırılık bilincine sahip olması gerekmektedir. Hakim, suçun manevi unsuruna dahil olan “hukuka aykırılık bilinci” ni elbette araştıracaktır.

“Ancak hukuka aykırılık bilincinin özel kasıtlı karıştırılmaması gerekir. Fail, suç tipinin objektif unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği halde, eylemde hukuka aykırılık bilincinin bulunmaması nedeniyle, kastının varlığı kabul edilemese dahi, bu durum suçun özel kasıtlı işlenebileceği anlamını taşımaz. (Prof. Dr. Ayhan Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. B., İst.-1994. sy. 32)” ifadelerine yer verilmiştir.

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

²⁷¹ DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II, İÜHF Yay. , yeniden gözden geçirilmiş 5. B., İstanbul 1978, s. 20; ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 56; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 350; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 723.

V- MANEVİ UNSUR

A- KUSURLULUK ŞEKLİ

Suçun manevi unsuru, kast ve taksir olmak üzere iki biçimde ortaya çıkar. 5237 sayılı TCK'nın 21. maddesi gereğince, suçun oluşması kural olarak kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.

Kastın, doğrudan kast-dolaylı (olası) kast, zarar kastı-tehlike kastı, ani kast-düşünce kastı-tasarlama kastı gibi ayrımları yapılabilmektedir. Kast, oluşum zamanına göre ise, sadece hareketin yapıldığı anda var olan başlangıç kastı, hareketin başladığı andan netice ortaya çıkıncaya kadar tüm aşamalarda var olan hem zaman kastı ve hareketin gerçekleştirilmesinden sonra ve netice gerçekleşmeden önce ortaya çıkan sonradan ortaya çıkan kast olarak üçlü bir tasnife tabi tutulabilir.²⁷²

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun manevi unsuru, bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmayı bilmek ve istemek biçiminde ifade edilebilecek kasttır. Suçun temel şekli için herhangi bir özel saik gerekli görülmediğinden, genel kastın varlığı suçun oluşumu için yeterlidir. Bir başka anlatımla, fail, hangi saikle suç içeren fiili gerçekleştirmiş olursa olsun hürriyetten yoksun kılma suçu işlenmiş kabul edilecektir.²⁷³ Suçun ağırlaştırıcı sebeplerinden olan cinsel amaçla işlenilme durumunda ise, saik cezayı ağırlaştırıcı bir sebep olup; failin bu ağırlaştırıcı sebepten

²⁷² TOROSLU, **Ceza Hukuku**, s. 138.

²⁷³ ŞEN, s. 440.

sorumlu tutulabilmesi için özel kastının bulunması gerekmektedir.²⁷⁴ Bunun dışında, failin saiki, suçun vasfının değişmesine fiilin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan başka bir suç ile cezaya tabi tutulmasına da yol açabilecektir. Örneğin zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla kişileri kaçırmak, bir yerden başka bir yere götürmek veya sevk etmek ya da barındırmak, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu değil, TCK'nın 80. maddesinde düzenlenen insan ticareti suçunu oluşturacaktır.²⁷⁵

Mülga TCK'da da suçun manevi unsuru, bir kimseyi gayrimeşru surette kişi hürriyetinden mahrum etmeyi bilmeyi ve istemeyi ihtiva eden genel kasttı. Ancak madde metninde yer alan “*gayrimeşru surette*” ibaresi hatalı bir biçimde değerlendirilerek, Yargıtay içtihatlarında, uzun bir dönem yoğunlaşmış kast, bilinçli kast gibi ceza hukuku terminolojisinde bulunmayan farklı adlandırmalarla, özel kast aranmıştır.²⁷⁶ Özel kast, failin kanuni tanımında yer alan unsurları bilmesi ve istemesi

²⁷⁴ 5237 sayılı TCK'nın 109/3-c maddesinde yer alan kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle hürriyetinden yoksun kılınması halinde de failin özel bir saiki olduğu ifade edilmiştir. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 351.

²⁷⁵ Aynı yönde görüş için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 351.

²⁷⁶ Yar. İBGK. , 11.06.1956 T. , 1954/5 E. , 1956/12 K. sayılı ilamında, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı ile manevi unsurun içeriği birbirine karıştırılmış; suça ilişkin hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmasının suçu özel kast gerektirir bir suç haline getireceği sonucuna varılmıştır. Söz konusu karar, özel kastı arayan diğer içtihatlarla dayanak teşkil etmesi yönünden de önem taşımaktadır.

“Suçun manevi unsuru (sübjektif unsuru) diye de tesmiye edilen kasıt, bütün suçlara şamil umumi bir unsurdur. Kastın umumi ve hususi diye ikiye taksimi de umumiyetle kabul edilmiştir.

Hususi kasıt, mesuliyet için daha fazla bir şeyin; muayyen bir saik ve gayenin, yahut kasta ait özel bir vasfın bulunmasını icap ettirir.

Hususi kasta misal olarak (iftira) ve (Yataklık) suçları gösterilebilir. Mesela, iftira cürmünün teşekkül edebilmesi için adi ve umumi bir kasıt kafi olmayıp (suçsuz olduğunu bilmek) vasfı dolayısıyla bir hususi kasıt bulunmak icap eder.

Hürriyeti tahdit suçu da mahiyeti itibarıyla tevekkülü için hususi bir kasta muhtaçtır. Bir kız veya kadını şehvet hissi veya izdivaç için kaçırmak ve günlerce yanında tutmakla mağdurun hürriyeti tahdite uğradığı halde failin kastı bakımından hürriyeti tahdit değil, kaçırma suçu teşekkül etmektedir.

Bir şahsı arzusu hilafına hapsedmek fiili için muhik bir sebep mevcut olduğu hallerde suç olmamak icap eder. Mesela, Ana, Baba veya terbiyesine nezaret etmekle mükellef bir kimse tarafından ıslah veya bir zararın husulüne mani olmak maksadıyla bir çocuğun; veya kadının bazı

dışında, özel bir saikle hareket etmesinin arandığı hallerde söz konusu olmaktadır.²⁷⁷

Buna karşın, Mülga TCK döneminde suçun işlenilmesi için genel kastın yeterli olduğu, özel kasta gerek bulunmadığı doktrinde yaygın olarak ileri sürülmüştür.²⁷⁸

Doktrindeki görüşlerin ve TCK Tasarısının etkisiyle daha sonra suçun işlenmesinde

usulsüz hareketlerini menetmek için kocası tarafından makul bazı şerait altında hapsedilmeleri bu kabildendir.

Burada ebeveynin ve kocanın hareketleri şeklen hürriyeti tahdite benzemekte ise de; kasıttan bakımından bu suç teşekkül edememektedir.”

Yar. CGK. , 16.02.1981 T. , 1980/8–385 E. , 1981/44 K. sayılı ilamında;

“Öğretide de Özel Kasıt için genel kasta nazaran daha özel bir şuurun (bilincin) aradığı - "Battagliani"-, özel kastın daha yoğun bir kasıt türü, daha açık belirgin bir kasıt niteliğinde olması - "Gavallo"-, olay içinde bir kimsenin hareket serbestisinin engellenmesinin özgürlüğü daraltma suçunu oluşturamayacağı -"Legoz"- yolundaki düşünce ve açıklamalar yukarıdaki kabul ve değerlendirmeleri doğrulamaktadır. Türk Ceza Kanunumuzun sisteminde de bazı hükümlerin uygulanmasına gidilirken özel kast'ın varlığını aramak ayrıcalığı getirilmiş ve özellikle yasanın 179. maddesinde yazılı suç türü bu örneklerin başlıcalarından sayılmıştır.

Nitekim, Yargıtay özgürlüğü daraltma suçlarında özel kasıt ögesine; İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu nun 11.6.1956 gün 5/12 sayılı kararı ile başlayan ve bu doğrultuda giderek gelişen ve bu defaki konumuza ilişkin Ceza Genel Kurulunun benzer işlerdeki (CGK.nun 11.3.1979 gün ve 37/119 sayılı, CGK.nun 14.1.1980 gün ve 567/19 sayılı, CGK.nun 14.1.1980 gün 264/1 sayılı) kararları ile yargısal açıklık getirmiş bulunmaktadır.

Sonuç olarak: Yukarıda yazılı nedenler ve düşüncelerle sanıkların tasarladığı ve yöneldiği ve sonuçta 5 gün işe-güce engel dövme-yaralama suçunun bütünü içerisinde mağdur, bir süre hareket serbestisinden yoksun kalmıştır.

Buradaki sınırlama sanıkların özgürlüğü daraltma suçunun bilinçli (yoğunlaşmış) özel kastından değil, sanıkların başvurduğu eylem türü ve biçiminden kaynaklanıp sonuçlanmıştır.

"Özgürlük kavramının yüceliği de böylesine engel kasıt ile tasarlanmış sıradan bir dövme-yaralamaya konu olmamalıdır. Özgürlüğe verilen önem ölçüsünde Türk Ceza Kanununda öngörülen ileri sınırlar içerisindeki ceza yaptırımının ancak doğrudan ve bilinçli olarak özgürlüğe yönelen daraltma suçları için işlerliği düşünülmelidir.”

Yargıtay CGK. , 17.05.1982 T. , 1982/8–61 E. , 1982/217 K. sayılı ilamında, suçun oluşumu için bilinçli ve yoğunlaşmış özel kastın aranacağı vurgulanmıştır.

“Olayımızda, sanıkların kendilerine dövmeme önerisinde bulunan mağdur Ahmet'i dövüp silahını da yere düşürdükten sonra motorlu araçlarından yararlanarak olay yerinden uzaklaşmaları mümkün iken böyle yapmayarak mağduru kucaklayıp zorla minübüse sokup olay yerinden uzak ve تنها bir yere götürmeleri, yolda araçtan atlama girişimine karşı da, bira şişesini kaldırıp (kıpırdarsan seni vururum) tehdidinde bulunmaları ve bütün yalvarmalarına rağmen eylemlerini sürdürmeleri ve nihayet şehrin تنها bir semtine götürdükten sonra araçtan indirerek (söyle bakalım, sana ne yapalım) diye söyleyip yeniden dövmeleri; **sanıkların özgürlüğü daraltma suçunun bilinçli ve yoğunlaşmış özel kastıyla hareket ettiklerini** çok açık bir biçimde ortaya koymaktadır.”

Yar. CGK. , 26.06.1995 T. , 1995/8–195 E. , 1995/225 K. sayılı ilamında,

“Özgürlüğü kısıtlama suçu, bir kimsenin haksız bir şekilde başkasının istediği gibi karar verme ve hareket etme serbestisini ortadan kaldırma fiilidir. Bu suçun oluşması için failde yoğunlaşmış ve tasarlanmış bilinçli özgürlüğü kısıtlama özel kastının bulunması gerekir” ifadelerine yer verilmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

²⁷⁷ TOROSLU, **Ceza Hukuku**, s. 137.

²⁷⁸ ÖNDER, **Özel Hükümler**, s. 31;

özel kast aranmasından vazgeçilerek genel kastı yeterli bulan içtihatlar geliştirilmiştir.²⁷⁹

Mülga TCK döneminde de failin saiki, suçun cezasının ağırlaştırılması yahut suçun vasfının değişmesi yönünden önem taşıyabilmekteydi. Failin haksız menfaat temin etmek, para veya eşya veya senet almak amacıyla kişiyi hürriyetinden mahrum etmesi, Mülga TCK'nın 499. maddesinde düzenlenen adam kaldırma suçunu oluşturmaktaydı. 5237 sayılı TCK'da Mülga TCK'daki adam kaldırma suçuna bağımsız bir suç olarak yer verilmemiş olup; bu suça ilişkin fiil gerçekleştirildiği takdirde, yağma suçundan ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ayrı ayrı

²⁷⁹ Yar. CGK. , 03.12.2002 T. , 2002/8–288 E. , 2002/419 K. sayılı ilamında;

“Suçun maddi unsuru, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasıdır. Bu fiil, failin doğrudan doğruya veya dolaylı hareketleriyle ve çeşitli araçlar kullanılarak gerçekleştirilebilir. Sonuç ise, mağdurun hareket etme ya da yer değiştirme özgürlüğünün kaldırılması biçiminde kendini gösterir. Bu suç, serbest hareketli suç olduğundan, maddi anlamda özgürlüğün kaldırılması sonucunu doğurabilecek her türlü hareket ile işlenebilir.

Özgürlüğün sınırlandırıldığı yer başlı başına suçun gerçekleşmesi bakımından önemsizdir; gerçekten failin ya da mağdurun veya başkalarının mülkiyetinde olması; açık ya da kapalı bulunması; üzüntü verici ya da tedavi edici (curativo) veya Şeref Kırıcı vb. nitelikli bir yer olması arasında herhangi bir fark yoktur. Menkul yer olabilir; gemi, otomobil vb. olabilir. Sözgelimi, mağdurun kapatıldığı yerden kurtulması için yüksek pencerelerden atlamasının, gece bekçisinin gözetiminden ayrılmasının, saldırgan köpeklerden kurtulmasının ya da edebe aykırı bir kılıkta uzaklaşmasının zorunluluğunun söz konusu bulunduğu hallerde olduğu gibi. (Erol Cihan, Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürümü, İÜHFM, 1975, sy. 57)

Öte yandan, özgürlüğü sınırlama süresi konusunda TCY.'nda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak, kişisel özgürlükten yoksun bırakma kavramı, anlık olmayan bir süreyi zorunlu olarak içerir ve fiil ile sonucun hukuken kabul edilebilecek bir zaman müddetince sürmesini gerektirir. Bu bakımdan, her olayda sürenin, hem fail hem mağdur açısından kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma niteliğini taşıyıp taşımadığının, hareketin ağırlığı, önemi ve ciddiyeti ile birlikte hakim tarafından değerlendirilerek belirlenmesi gerekir.

Özgürlüğü sınırlama suçunun manevi unsuru ise, failin, mağduru kişisel özgürlüğünden yoksun bırakmaya yönelik hareketleri gerçekleştirmeyi istemesini ve bilmesini içeren genel kasttır. Yasanın metninden ve ruhundan da anlaşılacağı üzere, suçun basit halinin oluşumu için özel kast (saik) aranmaz. Bu görüş, öğretide de çoğunlukla benimsenmiştir. (Erman-Özek, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İst-1994, sy. 130, Prof. Dr. Ayhan Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. B., İst-1994, sy. 31, Prof. Dr. Durmuş Tezcan- Yrd. Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem, Teorik- Pratik Ceza Hukuku, İzmir-2000, sy. 22, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, Yrd. Doç. Dr. Ahmet Gökçen, Arş. Gör. A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara-2000, sy. 145, Dr. Recep Gülsen, Hürriyeti Tahdit Suçları, Ankara-2002, sy. 87)

Nitekim, özgürlüğü sınırlama suçu mevcut yasamızdaki benzer unsurlarla, TCK 2000 Tasarısının 157. maddesinde; ""bir başkasını hukuka aykırı olarak kişi hürriyetinden yoksun kılmak"" olarak tarif edilmiş, madde gerekçesinde de suçun basit halinin oluşması için genel kastın yeterli olduğu açıkça ifade edilmiştir...” ifadelerine yer verilmek suretiyle genel kastın yeterli olduğu kabul edilmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

ceza verilmesi²⁸⁰ söz konusu olabilecektir.²⁸¹ Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur.²⁸²

5237 sayılı Kanunun 21. maddesinin 2. fıkrasında failin, suçun Kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kastın varlığı kabul edilmiş ve cezasında belirli oranlarda indirim uygulanacağı düzenlenmiştir. Kanundaki olası kast tanımlamasının, kavramı benzer kavramlardan ayırt etmeyi sağlayabilecek yeterlilikte ve net olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Olası kastın, failin, hareketine bağlı olarak ortaya çıkabilecek, muhtemel neticenin meydana gelme tehlikesini, hareketini gerçekleştirirken kabullenmesi biçiminde tanımlanması mümkündür.²⁸³ Bu surette, olası kastın, failin hareketi ile amaçladığı netice bakımından söz konusu olmayacağı, hareketinin yan neticesi olarak oluşabileceği söylenebilecektir. Failin hareketi ile amaçladığı netice bakımından kastı doğrudan kast olup; amaçlanan netice, hukuka aykırı olabileceği gibi hukuken bir öneme de sahip bulunmayabilir.²⁸⁴

²⁸⁰ PARLAR/HATİPOĞLU, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu (72–145. Maddeler)** C. 2, Seçkin Yay. , Ankara 2008, s. 1788.

²⁸¹ ŞEN, 5237 sayılı TCK'da adam kaldırma suçuna yer verilmemesini eleştirmiş; adam kaldırma suçunu içeren fiilin gerçekleştirilmesi halinde sadece 109. maddedeki cezanın uygulanabileceğini ve bu cezanın Mülga TCK'daki düzenlemeye kıyasla oldukça yetersiz olduğunu ifade etmiştir. ŞEN, s. 440–441. HAFİZOĞULLARI/GÜNGÖR, Mülga TCK'nın adam kaldırma suçunu, mal aleyhinde cürümlerden yağma suçları arasında düzenlemiş olmasına karşın, 5237 sayılı TCK'da söz konusu suçun, hürriyete karşı suçlar arasında değerlendirilmesini, kanun koyucunun geçmişi kökten silme gerekçesini göstermemesi sebebiyle eleştirmektedir. HAFİZOĞULLARI/GÜNGÖR, "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi", s. 44.

²⁸² Yar. 6. CD. 05.12.2005 T. , 2005/13663 E. , 2005/11286 K. sayılı ilamında; "5237 sayılı TCY'da, 765 sayılı TCK'nun 499/1. maddesinde düzenlenen suçun tam karşılığının bulunmadığı, olayın özellik ve niteliğine göre; 148 ya da 149. maddelerinin fıkra ve bentlerinin uygulanması gerektiği; ayrıca 765 sayılı Yasanın 499/1.maddesindeki adam kaldırma suçu kişinin irade özgürlüğü yanında, dolaşım özgürlüğüne de yöneldiğinden ve 5237 sayılı Yasanın 148 ve 149. maddelerinin fıkra ve bentlerinde, dolaşım özgürlüğünü suçun ögesi olarak öngören bir düzenleme bulunmadığından; 499/1. maddenin karşılığı olarak 5237 sayılı Yasanın 148 veya 149. maddelerine göre yağma ve 109. madde uyarınca kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçlarından ayrı ayrı hüküm kurulması gerekmektedir." ifadelerine yer verilmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

²⁸³ Bkz: KARAKEHYA, Hakan, **İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast**, Savaş Yay. , Ankara 2010, s. 49.

²⁸⁴ KARAKEHYA, s. 130–131.

Bir görüşe göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, olası kastla da işlenebilecek²⁸⁵, olası kastın varlığı halinde ise cezada indirimine gidilecektir. Karşıt görüşe göre ise, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, neticesiz bir suç olarak kabul edilmekte ve olası kastta netice, kastı belirlediğinden suçun, olası kastla işlenemeyeceği ifade edilmektedir.²⁸⁶

Olası kast, kişinin suçun neticesinin gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen harekete devam etmesi, hareketinin muhtemel sonucunu göze almasıdır. Olası kasta ilişkin vermiş olduğumuz tanımdan da anlaşılacağı üzere, olası kast, neticeye ilişkin olup; olası kastın varlığı netice dikkate alınarak belirlenebilecektir. Olası kastta, netice, kastı belirlemektedir. Bir başka anlatımla, fail, hareketi sonucunda oluşan neticedeki suçu olası kastla işlemiş olmakta; kast ancak netice gerçekleştiğinde değerlendirilebilmektedir.²⁸⁷ Kanımızca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu sırf hareket suçu olup, hareketten ayrı bir neticesi bulunmadığından, olası kastla işlenilmesi mümkün değildir. Kişiyi hürriyetin yoksun kılma suçunda hareket, kastı belirlemekte olup, manevi unsurun belirlenmesinde neticeyi esas alan olası kastın uygulama olanağı bulunmamaktadır.

Suçun kast dışındaki diğer manevi unsuru olan taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun Kanuni tanımında belirtilen öngörülebilir neticesinin öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir. Suçun taksirle işlenilmesinin cezaya tabi tutulması, kanunda açık bir biçimde düzenlenmesine bağlıdır. Bu itibarla, suçların kast ile işlenilmesi asıl olandır.

²⁸⁵ ARTUK, “*Hürriyeti Tahdit Cürmü*”, s. 66; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 351; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 256; ÜZÜLMEZ, “*Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*”, s. 1198; GÜNER, Aşlı, “*Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*”, <http://www.turkhukuk sitesi.com/makale/817.htm>, E.T:12.10.2010.

²⁸⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, “*Hürriyet Karşı Suçlar*”, s. 2725.

²⁸⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Genel Hükümler**, s. 345.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, sırf hareket suçu olduğundan, taksir ile işlenilmesi mümkün değildir. Ancak karşılaştırmalı hukukta suçun taksirle işlenilmesine yer verildiği, taksirle işlenme halinde suçun şikayete tabi olduğu ve/veya cezasında indirimle gidildiği görülmektedir.²⁸⁸

B- KUSURLULUĞA ETKİ EDEN NEDENLER²⁸⁹

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin fiilin, failin cebir veya tehdit altında olması, haksız tahrik altında olması, hataya düşmüş olması hallerinde gerçekleştirildiği takdirde, ya cezalandırılmaya gidilmeyecek ya da cezada indirim uygulanacaktır.

5237 sayılı TCK'nın 28. maddesi gereğince, bir kimse, karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir veya ağır bir tehdidin etkisiyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılarsa, fiili gerçekleştiren kimseye ceza verilmez. Bu durumda dolaylı faillik gereğince cebir ve/veya tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır. Örneğin, kişi, ailesinin öldürüleceği tehdidi ile bir başkasının bulunduğu yerden ayrılmasına engel olmak hususunda baskı altına alındığında bu yönde gerçekleştirdiği fiilden ötürü cezalandırılmaması söz konusu olabilecektir.

5237 sayılı TCK'nın 29. maddesi gereğince, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında kısaca haksız tahrik altında suç işleyen kimsenin cezasında suçun cezasına göre belli ölçülerde indirim yapılmaktadır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, zorunlu mütemadi bir suç

²⁸⁸ Bkz: ÖNDER, **Özel Hükümler**, s. 34.

²⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: GÜNGÖR, Devrim, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Yetkin Yay. , Ankara 2007, s. 62 vd.

olduğundan, kural olarak mütemadi suçlarda haksız tahrikin kabulüne bir engel bulunmasa da, haksız tahrik halinin temadi süresince devam etmesi mümkün görülmeyebilir.²⁹⁰ Haksız tahrikin şartları; haksız ve tahrik edici bir fiilin varlığı, bu fiilin failde hiddet veya şiddetli eleme yol açması, failin bu elem halinin bir tepkisi olarak suç içeren fiili gerçekleştirmesidir. Failin, suçu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlemiş olması gerektiğinden, suç anında ve suçun devam ettiği süreçte bu etkinin devam edip etmediğini belirlemek gerekir. Hiddet ve şiddetli elemin etkisi bir süre devam ettiğinden²⁹¹, mütemadi bir suç olmasına karşın, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, hiddet ve şiddetli elemin etkisinin devam ettiği süreçte haksız tahrikin geçerli olacağı söylenebilecektir. Ancak, uzun süreli hürriyetten yoksun kılma fiillerinde temadinin devamı süresince söz konusu etkinin devam ettiği kabul edilemeyeceğinden haksız tahrik indirimi uygulanmayabilecektir. Haksız tahrik hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı hususu, suçun temadi süresinin uzunluğu, somut olayın şartlarına göre takdir edilecektir.

5237 sayılı TCK'nın 30. maddesi gereğince, fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Örneğin, içeride kimse olduğunu bilmeden kapıyı kilitleyerek, içerdeki kişinin hürriyetinden yoksun kılınmasına yol açan kimse, kasten hareket etmiş olmayacaktır. Fiil üzerindeki hata, kastın esasen bilme unsurunun oluşmasını engellemek suretiyle, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır.²⁹² Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen fail, bu hatasından yararlanır. Fail, hukuka uygunluk

²⁹⁰ GÜLŞEN, s. 95.

²⁹¹ TOROSLU, **Ceza Hukuku**, s. 178–179.

²⁹² GÜNGÖR, **Fiil Üzerinde Hata**, s. 35–36.

nedenlerinin varlığı hususunda kaçınılmaz bir hataya düşerse, hukuka uygunluk nedeni varmış gibi bu hatasından yararlanır. Hataya düşmenin kaçınılmaz olmasını, failin fiili işlediği sırada bir hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu konusunda yaptığı hata sebebiyle kınanamaması, dikkatsiz ve özensiz davranmamış olması biçiminde anlamak gerekmektedir.²⁹³ Örneğin, failin, üzerine bıçak doğrultmuş olarak gelen kişiyi gerçekte bu yönde bir saldırı olmasa da, kendisine karşı müessir fiil ika edeceğinden bahisle, başına vurarak bayıltıp bağlaması halinde hukuka uygunluk nedeni olmamasına karşın, fail, kaçınılmaz hatasından yararlanabilecektir.

Yargıtay içtihatlarında ve bir kısım müelliflerce kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin düzenlemede hukuka aykırılık ifadesinin yer alması sebebiyle kastın kabulü değerlendirilirken failin hukuka aykırılık bilincinin varlığının aranması gerektiği ileri sürülmüştür.²⁹⁴ Kanaatimizce Kanun metninde hukuka aykırılığın ayrıca zikredilmesine bu yönde bir anlam yüklemek uygun bulunmamaktadır. Doktrinde failin kanunun belli bir maddesini ihlal ettiğini bilmesinden öte; haksız, zararlı, caiz olmayan bir şey yaptığını bilmesi olarak tanımlanan hukuka aykırılık bilincinin²⁹⁵ içeriğine genel hükümlerde yer alan hataya ilişkin düzenleme ile ulaşılması mümkündür. İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen failin, cezalandırılmaması söz konusudur. Ancak 5237 sayılı TCK ile genel hükümlere getirilmiş olan işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin cezalandırılmayacağına ilişkin hükmün bir gereği olarak haksızlık oluşturduğu hususunda hataya düşülmesi mümkün olan suç içeren fiiller de hatanın var olup olmadığı değerlendirilebilecektir. Ancak bu neticeye,

²⁹³ GÜNGÖR, *Fiil Üzerinde Hata*, s. 69.

²⁹⁴ ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, s. 141.

²⁹⁵ Bkz: ARTUK, *“Hürriyeti Tahdit Cürmü”*, s. 66.

Kanun metninde hukuka aykırılığın ayrıca düzenlenmesinden yola çıkılarak değil, genel hükümlerin değerlendirilmesiyle ulaşılabilmektedir. Bu halde doktrinde ve yargı kararlarında hukuka aykırılık bilinci olarak dile getirilen hususun olmadığı bir durumda kastın unsurları mevcut olmadığından, suç oluşmamaktadır.²⁹⁶

²⁹⁶ GÜNGÖR, **Fiiil Üzerinde Hata**, s. 41.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, SUÇA ETKİ EDEN SEBEPLER, YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA

I- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A- TEŞEBBÜS

5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinde kişinin, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması halinde suça teşebbüsten sorumlu tutulacağı ifade edilmiştir.²⁹⁷ Suça teşebbüs halinde “*meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre*” cezada indirim yapılacağı öngörülmüştür.

Mülga TCK'da icra hareketlerinin bitirilememesi halinde eksik, icra hareketleri bitirilip neticenin gerçekleştirilememesi halinde ise, tam teşebbüs olmak üzere, suça teşebbüste ikili bir ayrıma gidilmişti. Mülga TCK döneminde hürriyetten mahrum etme suçunun, tam teşebbüse uygun olmadığı ancak eksik teşebbüsün mümkün olabileceği belirtilmekteydi. Suça eksik teşebbüs ise, suçun tamamlanması anı olan mağdurun iradesine uygun olarak hareket edebilmesinin engellenmesi veya

²⁹⁷ Aslında suça teşebbüs halinde suç tipinde öngörülmüş olan tipik fiil gerçekleştirilmemiştir. Buna karşın, suça teşebbüsün cezalandırılabilmesi, Kanunda bu yönde bir hükmün varlığına dayanmaktadır. Kanunun 35. maddesindeki hüküm bulunmasaydı, kanunilik ilkesi nedeniyle teşebbüsü cezalandırmak mümkün olmayacaktı.

kısıtlanmasına değin, gerçekleştirilen icra hareketlerinin tamamlanamadan sonlanması biçiminde gerçekleşmektedir.²⁹⁸

5237 sayılı TCK, ile eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayrımı kaldırılmıştır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, sırf hareket suçu olup, maddi unsurunu oluşturan hareketlerin gerçekleştirilmesiyle tamamlanmaktadır. Bu itibarla, ancak icra hareketlerinin parçalara bölünebildiği durumlarda, icra hareketlerine başlandıktan sonra hareket failin istemi dışında tamamlanamazsa teşebbüs söz konusu olabilir.

Doktrinde, mütemadi suçlara ilişkin ayrımın netice göz önünde bulundurularak yapıldığından ve teşebbüste netice meydana gelmediğinden bahisle, mütemadi suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı ifade edilmiştir.²⁹⁹ Ancak kanımızca, sırf hareket suçu biçimindeki mütemadi bir suç olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, hareketten ayrı bir netice söz konusu olmayıp; hareketin parçalara bölünebilmesi suretiyle teşebbüs mümkündür.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, mağdurun oluşturduğu irade yönünde yer değiştirmesine engel olunması veya bulunduğu yerden ayrılmaya zorlanması ile tamamlanacağından, suça teşebbüs ancak suçun bu surette tamamlanmasına değin gerçekleşebilecektir.³⁰⁰ Fail, icra hareketlerini elinde olmayan nedenlerle tamamlayamadığı takdirde suça teşebbüs gündeme gelebilecektir. Örneğin, fail, mağduru kaçırmak amacıyla sırtına alıp uzaklaşacağı sırada, mağduru, bağırması nedeniyle, bırakıp olay yerinden ayrıldığında suça teşebbüs kabul

²⁹⁸ CİHAN, “*Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü*”, s. 65; ÖNDER, *Özel Hükümler*, s. 40.

²⁹⁹ Bkz: KATOĞLU, *Mütemadi Suç*, s. 134–135. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN ise, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kesintisiz bir suç olduğundan, suça teşebbüsün mümkün olmadığını ifade etmektedir. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, “*Hürriyet Karşı Suçlar*”, s. 2725.

³⁰⁰ ÜZÜLMEZ, “*Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*”, s. 1204; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 266–267.

edilebilecektir. Yargıtay da, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüsün mümkün olduğuna ilişkin kararlar vermektedir.³⁰¹

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, zorunlu mütemadi bir suç olduğundan, suçun tamamlanması ile bitmesi birbirinden farklı zamanlar olup, suç tamamlandıktan sonra suçun failin iradesi dışında sona erdirilmesinde tabiidir ki teşebbüs söz konusu olmayacak, tamamlanmış bir suçtan bahsedilecektir. Suça teşebbüs ancak suçun tamamlanması anına değin mümkün olabilmektedir.³⁰²

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin düzenlemede suçun devam etmesi gerekli bir süre belirlenmemişse de, mütemadi suç niteliği gereği suçun önemli ve ciddi sayılabilecek bir süre devam etmesi gerekmektedir. Bu itibarla, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna, icra hareketlerinin failin elinde olmayan sebeplerle tamamlanamaması dışında, suçun önemli sayılacak bir süre devam etmesinin failin iradesi dışında engellendiği hallerde de, teşebbüsün mümkün olduğu söylenebilecektir.³⁰³

5237 sayılı Kanunun 36. maddesi gereğince fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; ancak tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.

³⁰¹ Yar. 6. CD. 21.06.2005 T. , 2003/1786 E. , 2005/6069 K. sayılı ilamında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüsten ceza verilmesi yerine beraat kararına hükmedilmesini bozma sebebi saymıştır. Kararda, "Otomobil ile Konya'dan Akşehir'e giden sanıkların, saat 19:15'de katılanlara ait evin ziline çaldıkları, yakınan Azize tarafından aralanan kapıyı açarak zorla içeri giren sanık Ali'nin elinde bulunan kuru sıkı tabanca ile bağırarak yardım isteyen Azize Parpar'a bağırmasını söyleyip, kolluğa olayı bildirmek isteyen Abdullah Parpar'ın elinde bulunan telsiz telefonu alması ve olay sırasında balkona saklanan katılan Kısmet'i evde arayarak, sesleri duyan tanıkların gelmesi ve diğer sanığın "gidelim başımızı derde sokacaksınız" demesiyle, olay yerinden telefon sanıkta kalmış olduğu halde ayrılmaları ve kendilerini bekleyen araçla uzaklaşmaları şeklinde gerçekleşen eylem, bir bütün halinde yakınan Kısmet'i kaçırmaya kalkışma ve bu suça katılma niteliğinde olduğu" ifade edilmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

³⁰² ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 726.

³⁰³ TOROSLU, Özel Kısım, s. 83; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 360.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda icra hareketinin gerçekleştirilmesi yeterli olduğundan, neticenin gerçekleşmesini önleme nedeniyle gönüllü vazgeçmenin varlığı söz konusu olamaz. Ancak icra hareketlerinin bitirilmesinden fail, kendi isteği ile vazgeçerse, gönüllü vazgeçme meydana gelebilir. Suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, icra hareketlerinden gönüllü vazgeçen şerikin, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için, suçun tamamlanmasını engellemesi yahut kendi gösterdiği gayret dışında başka bir sebeple suçun tamamlanmamış olması ya da suçun tamamlanmaması için büyük gayret göstermesine karşın suçun tamamlanmış olması gerekmektedir.

B- İŞTİRAK

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, soyut olarak tek kişi tarafından işlenebilen, tek failli bir suçtur ve somut olarak birden çok kişinin katılımı ile gerçekleştirilebilir. Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, müşterek fail olarak sorumlu olur. Bununla birlikte, suçu oluşturan tipik fiili gerçekleştiren failin hareketiyle eş zamanlı olan ve tipik fiilin işlenmesi yönünden önem taşıyan hareketleri gerçekleştiren kimse de suçun işlenişi üzerinde önemli bir etkiye sahip olduğundan yani diğer şeriklerle birlikte suçun işlenişi üzerinde ortak hakimiyet kurduğundan, fiili birlikte işleyen, müşterek faildir.³⁰⁴ Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, bu surette birden

³⁰⁴ TOROSLU, **Ceza Hukuku**, s. 225.

fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, suçun nitelikli hallerinden olup; cezanın arttırılmasına yol açacaktır.³⁰⁵

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesinde bir başkasının araç olarak kullanılması mümkündür. Bu halde, dolaylı faillik hükümleri gereğince, suçun işlenmesinde başkasını araç olarak kullanan kimse hakkında fail olarak cezalandırmaya gidilecektir. Suçun işlenmesinde araç olarak kullanılan kimsenin yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağırılık ve dilsizlik, geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisi altında olma gibi sebeplerden ötürü, kusur yeteneğinin bulunmaması halinde dolaylı failin cezası arttırılacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna, her türlü iştirak mümkündür. Suça ilişkin fiili birlikte gerçekleştirme, suça azmettirme ve yardım etme söz konusu olabilecektir. Suç işleme kararının alınmasına ve failin suç işlemesine yol açan kişi, manevi olarak suça iştirak ettiğinden, suça azmettiren sıfatıyla, suçun cezası ile cezalandırılacaktır. Örneğin bir kimseye para vererek, mağduru kaçırmayı isteyen kişi, fail gibi cezalandırılacaktır. Azmettirenin failin üstsoyu veya altsoyu olmasından doğan nüfuzunu kullanmak suretiyle suça azmettirmesinde veya çocuğun suça azmettirilmesinde ceza arttırılacaktır. Suça azmettiren kişinin beli olmaması halinde ise, azmettirenin kimliğinin ortaya çıkmasını sağlayan fail veya şerik indirimden yararlanacaktır.

Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya failin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek veya suçun ne surette

³⁰⁵ Yar. 5. CD. 08.04.2009 T. , 2009/2540 E. , 2009/4415 K. sayılı ilamında, “*Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kurulan hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde sanıklar hakkında müsterek failliğin özel iştirak şekli olan birden fazla fail tarafından kişinin hürriyetinden yoksun kılınması hükmü uygulandığı halde, ayrıca genel nitelikteki suça iştirak hükmüne yollama yapılmaması gerekir.*” ifadelerine yer verilmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak veya suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak hallerinde kişi, suça yardım eden sıfatıyla, suçun cezasına göre, belirli oranlarda indirim uygulanarak cezalandırılır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun şeriki bilme koşulunun varlığına bağlı olarak, diğer şerike ilişkin fiili ve şahsi³⁰⁶ ağırlaştırıcı sebeplerden sorumlu olacak; ağırlaştırıcı sebeplerin ortaklara sirayeti kişisel sorumluluk ilkesi ile çelişmeyecektir.³⁰⁷

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, zorunlu mütemadi bir suç olduğundan, suçun tamamlanma ve bitme anları birbirinden farklıdır. Bu itibarla, suçun tamamlanması anına kadar, suça her türlü biçimde iştirak edilebileceği gibi, suçun tamamlanmasından temadinin sonlandırılmasına kadar da suça azmettirme dışında³⁰⁸ müşterek faillik de dahil olmak üzere her türlü iştirak mümkündür.³⁰⁹

³⁰⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, şahsa bağlı ağırlaştırıcı sebebin diğer ortaklara sirayeti için bilinmesinin yeterli olmadığını; ayrıca o sebebin suçun işlenmesinde etkili olması ve suçun işlenmesini kolaylaştırması gerektiğini ifade etmektedir. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Genel Hükümler**, s. 362.

³⁰⁷ KATOĞLU, **Mütemadi Suç**, s. 149.

³⁰⁸ ÖNDER, ihmal suretiyle icra ve ihmali mütemadi suçlarda fail suçu ika etmekte iken, suç işleme kararından vazgeçer ve yapmakla yükümlü bulunduğu fiili yerine getirmek istediği anda başka bir kimse tarafından ihmali harekete devam etme hususunda karar vermesi sağlanırsa, bu şahsın işlenmekte olan mütemadi suçta azmettiren sıfatına sahip olacağını ifade etmektedir. ÖNDER, *“Mütemadi Suç”*, s. 111.

³⁰⁹ EREM, Faruk, *“Suça İştirak”*, **AÜHFD**, C. 3, S. 1, Y. 1946, s. 77–78; ÖNDER, **Özel Hükümler**, s. 40–41; CENTEL, Nur, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yay. , gözden geçirilmiş 2. B. , İstanbul Kasım 2002, s. 225; ÜZÜLMEZ, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna azmettirmenin suçun icrasına başlanmadan önce mümkün olabileceğini kabul etmekle birlikte, suçun temel şeklini icra eden faile suçun nitelikli şeklini işleme yönünde karar verdiren kişinin diğer şartları da mevcutsa, azmettiren olarak sorumlu tutulabileceğini ifade etmiştir. ÜZÜLMEZ, *“Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”*, s. 1205. Aslında bu halde suça azmettirme değil, suçun nitelikli halinin işlenmesine azmettirme söz konusu olacağından ve suçun nitelikli hali bağımsız bir suç olmadığından, bizce azmettiren kişinin şartları mevcutsa yardım eden ve hatta müşterek fail olarak sorumlu tutulmasından bahsedilebilecektir.

C- İÇTİMA

5237 sayılı TCK'nın 42. maddesi gereğince, *“biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.”*

Mülga TCK döneminde, Kanunun 429. ve 430. maddelerinde düzenlenen şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kadın ve çocuk kaçırma, 499. maddesinde düzenlenen adam kaldırma suçları, hürriyetten mahrum etme suçunu unsur olarak içermekte olduğundan, sadece ilgili suçlardan ceza verilmekteydi.³¹⁰

5237 sayılı TCK'da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin fiili işlemek için veya işlediği sırada fail; cebir, tehdit veya hile kullanırsa, suçun cezası ağırlaştırılmaktadır. Bu itibarla, cebir ve tehdit, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ağırlaştırıcı sebebini oluşturduğundan, bileşik suç hükümleri gereğince, sadece kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ceza verilecek; cebir ve tehdit suçuna ilişkin ceza uygulanmayacaktır.³¹¹

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin düzenlemenin son fıkrasında, *“suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır”* denilmektedir.³¹² Kasten yaralama,

³¹⁰ ÖNDER, *Özel Hükümler*, s. 40.

³¹¹ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, cebir suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının birbirine çok benzediğini, tek suç işleme kastı, tek bir hareket ve bu hareket neticesi ayrı ayrı suç tipleri ihlal edilmişse, iki suç tipi yönünden fikri içtima kurallarının uygulanacağını ifade etmektedir. ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 267–268. Ancak bizce, cebir, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden ağırlaştırıcı bir sebep teşkil ettiğinden bileşik suç hükümlerine gidilerek sonuca varılması gerekmekte, fikri içtima kurallarını uygulamak münasip bulunmamaktadır.

³¹² Bu halde, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış bir suç söz konusu olduğundan, 5237 sayılı TCK'nın 23. maddesi gereğince fiil sonucunda oluşan kastedilenden daha ağır neticeden, failin sorumlu

5237 sayılı TCK'nın 86. maddesinde basit hali, hafif yaralama ve nitelikli halleri ile birlikte düzenlenmiştir. Kanunun 87. maddesinde ise, kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri, hükme bağlanmıştır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin söz konusu düzenlemeden, suçun işlenmesi amacıyla veya işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun, Kanunun 86. maddesinde yer alan halleri meydana getirildiği takdirde, sadece cebir kullanmaya ilişkin ağırlaştırıcı sebebi içeren 109. maddenin 2. fıkrasından cezalandırmaya gidileceği anlaşılmaktadır. Ancak suçun işlenmesi amacıyla veya işlenmesi sırasında Kanunun 87. maddesinde yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu gerçekleştiği takdirde hem 109. maddenin 2. fıkrası gereğince kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan hem de Kanunun 87. maddesinden cezalandırmaya gidilecektir.

5237 sayılı Kanunun zincirleme suçu düzenleyen 43. maddesi gereğince, *“bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi”* ve *“aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille³¹³ işlenmesi”* durumunda, bir cezaya hükmedilir ancak suçun cezası arttırılır.

Mülga TCK döneminde, hürriyetten mahrum bırakma fiili birden fazla kişiye yönelik olarak gerçekleştirildiğinde, tek bir suç mu bulunduğu yoksa kişi sayısı kadar suç mu olduğu konusunda tereddüt bulunmaktaydı. Yargıtay da bu konuda birbiriyle çelişkili kararlar verebilmekteydi.³¹⁴

tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi aranacaktır. ÜZÜLMEZ, *“Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”*, s. 1207.

³¹³ “Fiil” kelimesinin kullanılması hatalıdır. Aynı suçun birden fazla kişiye karşı gerçekleştirilmesinde, kişi sayısı kadar fiil oluşacaktır. Kanunda zincirleme suçun varlığı için aranan fiilin değil “hareket”in tekliğidir.

³¹⁴ Yar. 5. CD. 09.11.1982 T. , 3969/3986 sayılı ilamında; *“İki mağdura karşı işlenen hürriyeti tahdit fiilinin iki ayrı suçu meydana getireceği düşünülmeyen tek suç kabulü... aleyhte temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.”* ifadelerine yer verilmiştir. Bkz: GÖRGÜN, Mehmet, **Uygulamada Asliye Ceza Davaları**, Adalet Yay. , Ankara 1999, s. 177.

5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinin 3. fıkrasında zincirleme suçun uygulanmayacağı suç tipleri arasında sayılmadığından zincirleme suça ilişkin hüküm, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda işlerlik kazanacaktır. Buna göre, ancak tek bir hareketle birden fazla kişiye karşı hürriyetten yoksun kılma suçunun gerçekleştirilmesi halinde tek suç var kabul edilecek ancak ceza arttırılacaktır. Söz konusu istisna dışında ise, mağdur sayısı kadar suç oluşacaktır.³¹⁵ Örneğin kapının kilitlenmesi biçimindeki tek bir hareket sonucu odadaki üç kişinin hürriyetinden yoksun kılınması halinde, zincirleme suç hükmü gereğince tek bir cezaya hükmedilecek ve ceza arttırılacaktır. Ancak iki kişinin bulundukları yerden kaçırılması örneğinde olduğu gibi, birden fazla hareket söz konusu olduğunda, mağdur sayısı kadar kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu meydana gelmiş olacaktır. Bunun dışında, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kez işlenmesi halinde faile, tek ceza verilecek ancak ceza arttırılacaktır.³¹⁶

5237 sayılı Kanunun 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı gereğince, *“işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.”*

Yar. 4. CD. 29.04.1972 T. , 3213/3802 sayılı ilamında; *“Birlikte oturdukları evin etrafı çevrilmek suretiyle hürriyetlerinden mahrum bırakılan kişilerin adedi kadar suç işlenmiş olduğu kabul edilerek sanıklara fazla ceza verilemez; eylem tek suç teşkil eder.”* ifadelerine yer verilmiştir. Bkz: ÖNDER, **Özel Hükümler**, s. 40.

³¹⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 360.

³¹⁶ Yar. 5. CD. 16.05.2007 T. , 12125/3714 sayılı ilamında; *“sanık hakkında, mağdureyi 08.08.2005 tarihinde rızasıyla kaçırıp alıkoymak suretiyle kişiyi hürriyetinde yoksun kılma suçunu işlediği iddiasıyla 08.12.2005 tarihinde ... kamu davası açıldığı, bu dava açılmadan sanığın 12.10.2005 tarihinde yeniden atılı suçu işlediği anlaşılmakla, sanığın her iki davaya konu eylemlerinin zincirleme tek suç oluşturabileceği nazara alınarak her iki davanın birleştirilmesi”* gerektiği ifade edilmiştir. Bkz: ÜZÜLMEZ, *“Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”*, s. 1188.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi, suçun cezasını ağırlaştırıcı bir sebep olarak belirlenmiştir. Söz konusu ağırlaştırıcı sebebin uygulanması için failin suçu işlerken cinsel amaç gütmesi yeterlidir. Bunun dışında, fail, cinsel amaç yönünde suç içerir herhangi bir harekette bulunmuşsa ayrıca bu suça ilişkin ceza ile de cezalandırılacak, gerçek içtima kuralları geçerlilik kazanacaktır.

Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar bölüm başlığı altında yer alan cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, cinsel taciz suçlarından birinin işlenilmesi halinde mağdurun hürriyetinden zorunlu bir süre yoksun kılınması söz konusu olacağından, hürriyetten yoksun kılma suçundan ayrıca cezalandırmaya gidilmeyecektir. Ancak fail, cinsel dokunulmazlığa karşı suç için gerektiği ölçünün ötesine geçerek, suçun işlenmesinden önceki veya sonraki bir zamanda hürriyetten yoksun kılmaya devam etmişse, gerçek içtima uygulanacak; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da ayrıca ceza verilecektir.³¹⁷ 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinin dördüncü fıkrası da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu içermemesine karşın, bu görüşü destekler mahiyettedir. Fıkarda, suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda failin ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Bunun dışında, cinsel dokunulmazlığa karşı suçun işlenilmesi için mağdurun rızası hilafına başka bir yere götürülmesi halinde, cinsel dokunulmazlığa karşı suç yanında cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da ceza verilmesi gerektiği açıktır.³¹⁸

³¹⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 361–362; MALKOÇ, İsmail, **Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar**, Malkoç Kitabevi, Ankara 2009, s. 475.

³¹⁸ Yar. 5. CD. 20.05.2008 T. , 2007/11696 E. , 2008/4617 K. sayılı ilamında; “*Sanığın mağduru ‘sana bir şey vereceğim’ diyerek henüz inşa halindeki binaya götürerek burada livata eylemini zorla gerçekleştirdiği olayda; 5237 sayılı TCK.nun 109/1. maddesinde ‘bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden mahrum bırakan kişiye’ denilmek suretiyle, orada rıza dışında tutulma halinin ayrıca yaptırımı bağlanmış olması ve 765 sayılı Yasada öngörülen hakimiyet tesisi unsurunun bu düzenleme karşısında tartışılmasına ve kabulüne*

5237 sayılı TCK'nın 117. maddesinde düzenlenen iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçuyla, cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir hareketle, iş ve çalışma hürriyetinin ihlal edilmesi, bu amaçla bir kimsenin tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakledilmesi hükme bağlamıştır. Bu doğrultuda iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunun, kişinin hürriyetinden yoksun kılınması suretiyle işlenebilmesi mümkündür. Bu halde, ne surette cezalandırılmaya gidilmesi gerektiği tartışmalıdır. Ancak iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçu, iş ve çalışma hürriyetini ihlal saiki gerektirdiğinden, suçun kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna göre özel norm niteliğinde olduğu söylenebilecektir.³¹⁹ Failin kastı, iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmeye yönelik olduğunda, kişinin bir yere gitmesini veya bir yerde kalmasını engellemek, iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçu içinde eriyecek; ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ceza verilmeyecektir. Ancak, failin, iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek amacıyla gerçekleştirdiği hürriyetten yoksun kılma, bu amacı aşacak biçimde tatbik edilirse, iki suç yönünden içtima kuralları işletilebilecektir.³²⁰

Ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçunu düzenleyen 5237 sayılı TCK'nın 223. maddesinde; cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir hareketle ulaşım aracının hareket etmesini engelleyen veya gitmekte

imkan bulunmamasına nazaran cinsel amaçlı hürriyetten yoksun bırakma suçundan da mahkumiyet hükmü kurulması yerine yazılı şekilde beraatına karar verilmesi, isabetsizdir.” ifadelerine yer verilmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

³¹⁹ Yar. 4. CD.'nin 19.03.2008 T. , 2007/11430 E. , 2008/4860 K. sayılı ilamında; “Mağdurun soruşturma ve kovuşturma evrelerindeki anlatımları, soruşturma evresindeki anlatımı hükme esas alınan tanık Aİ'nin beyanları karşısında, sanıkların mağduru kendilerinin işlettikleri birahane çalışmaya “Cebir ve tehditle zorlama biçimindeki eylemlerinin özel kast açısından iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunu oluşturup oluşturmadığı tartışılmadan yetersiz gerekçelerle genel hüküm niteliğindeki tehdit suçundan hükümler kurulması yasaya aykırıdır.” ifadelerine yer verilmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

³²⁰ ÖZTÜRK, Mehmet Onat, **Türk Ceza Kanununda İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu**, Legal Yay. , İstanbul 2006, s. 95.

olduğu yerden başka yere götürme fiili hükme bağlanmıştır. Maddenin dördüncü fıkrasında, suçun işlenmesi sırasında gerçekleştirilen hürriyetten yoksun kılınma fiilleri dolayısıyla ayrıca cezaya hükmolunacağı düzenlenmiştir. Bu itibarla, ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasında gerçek içtima hükümleri geçerli olacaktır. Ancak bu durumda tek bir hareketle birden çok kişinin hürriyetinden yoksun kılınması söz konusu olabileceğinden, zincirleme suç kuralının uygulanması gündeme gelecektir.

Velayet hakkına sahip kimse, çocuğun menfaatine aykırı nitelikte yahut çocuğun kişiliği yok sayılarak, esaret olarak nitelendirilebilecek biçimde, hürriyetinden yoksun kılınması halinde, 5237 sayılı TCK'nın 232. maddesinde düzenlenen idaresi altında bulunan veya büyötmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğı kişi üzerinde, sahibi bulunduğı terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanma suçu ile hürriyetten yoksun kılma suçuna ilişkin düzenlemelerin her ikisi birlikte ihlal edildiğinden, fikri içtima kuralı gereğince, hürriyetten yoksun kılma suçundan cezalandırılmaya gidilecektir.³²¹ Esasen bu halde, hürriyetten yoksun kılma suçu, kötü muamele suçundan daha özel nitelikte bir suç olduğundan da aynı sonuca varılabilmektedir.³²²

Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısıminın, on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğı veli, vasi veya bakım ve

³²¹ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 252–253; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 349; ÖZBEK, **TCK İzmir Şerhi**, s. 725; DURSUN, s. 94.

³²² Ana ve babanın Medeni Kanun gereğince sahip olduğı terbiye verme, eğitim hakkının suiistimali neticesinde işlenen fiillerin hangi suçla cezalandırılması gerektiğı hususunda Mülga TCK döneminde tartışma söz konusuydu. Ancak genel kabul gören görüş, bu halde terbiye ve inzibat vasıtalarının suiistimaline ilişkin 477. madde yerine daha özel bir hüküm olan hürriyetten mahrum etme suçuna ilişkin düzenlemelerin uygulanması gerektiğiydi. EREM, **Hürriyet Ve Suç**, s. 65.

gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırması veya alıkoyması ve kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutma fiilleri 5237 sayılı TCK'nın 234. maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. Söz konusu çocuk kaçırma ve alıkoyma suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasındaki içtima ilişkisini değerlendirirken birbirinden farklı olasılıkları göz önünde bulundurmak gerekmektedir.

On iki yaşını doldurmuş on beş yaşını doldurmamış olmakla birlikte kendisine karşı gerçekleştirilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuğun ve on beş yaşını doldurmuş on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğun kaçırılması veya alıkonulması ve çocuğun rızasının varlığı halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacak; diğer şartları da mevcutsa TCK'nın 234. maddesindeki suçun meydana geldiği söylenebilecektir. Kaçırılan veya alıkonulan çocuğun on iki yaşını doldurmuş, on beş yaşını doldurmamış olmakla birlikte kendisine karşı gerçekleştirilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olması yahut on iki yaşını doldurmamış olması halinde ise, fikri içtima kuralı gereğince daha ağır cezayı gerektiren kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırmaya gidilecek; TCK'nın 234. maddesinden ayrıca ceza verilmeyecektir.³²³

5237 sayılı TCK'nın 267. ve 272. maddeleri gereğince, iftirada veya yalan tanıklıkta bulunulan fiile ilişkin beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olan mağdurun bu fiil nedeniyle gözüaltına alınması veya tutuklanması

³²³ ÖZBEK, TCK'nın 234. maddesinde düzenlenmiş olan suçun, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna göre özel norm niteliğinde olduğundan, özel normun önceliği kuralının göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmektedir. ÖZBEK, **TCK İzmir Şerhi**, s. 727.

halinde; iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan, iftira ve yalan tanıklık suçu dışında ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur. Bu itibarla, iftira ve yalan tanıklık suçları ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasında gerçek içtima uygulanacaktır.

II- SUÇA ETKİ EDEN SEBEPLER

A- AĞIRLAŞTIRICI SEBEPLER

1- GENEL OLARAK

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ağırlaştırıcı sebepleri, mukayeseli hukukta; suçun işleniş gayesine (cinsel amaçla işlenilme gibi), suça ilişkin fiilin işleniş tarzına (tehdit kullanılarak işlenilme gibi), fail ve mağdurun niteliklerine (üstsoya karşı işlenilme gibi) ve suçun devam etme süresine³²⁴ (temadinin bir haftayı geçmesi gibi) ilişkin olabilmektedir.³²⁵

Hukukumuzda, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ağırlaştırıcı sebepleri, 5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin 2. fıkrasında, 3. fıkrasında seçimlik 6 bent halinde ve 4. , 5. ve 6. fıkralarında sayılmıştır. Kanunun 109. maddesinin 2. fıkrasında sayılı bulunan haller, kendi içinde, 3. fıkrasında 6 bent halinde sayılı bulunan haller, kendi içinde seçimlik ağırlaştırıcı sebepler niteliğinde olup, bir veya

³²⁴ Doktrinde, Kanunda hürriyetten yoksun bırakılan sürenin uzunluğuna ve kısalığına göre cezada artırım yahut indirim yapılacağıının öngörülmesi, suçta süreden ziyade suç içeren fiilin yapılma şekli, şiddeti önem taşıdığı kabul edildiğinden, uygun görülmemektedir. ÇAĞLAYAN, M. Muhtar, **Türk Ceza Kanunu: En Son Değişiklikleriyle Birlikte Gerekçeli Açıklamalı**, Yetkin Yay. , Ankara 1984, s. 398.

³²⁵ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 257–259.

birden fazlasının bulunması ağırlaştırıcı sebebinin uygulanması yönünden fark oluşturmaz.

5237 sayılı Kanunun 109. maddesinde sayılı bulunan söz konusu ağırlaştırıcı sebeplerin bir kısmı, bir takım farklılıklar içermekle birlikte Mülga TCK'da da yer almakta, bir kısmı ise, ilk kez bu Kanunla kabul edilmiş bulunmaktadır. Bunun dışında, Mülga TCK'da yer alan; fiilin öç almak kastıyla işlenmesi, dini veya milli bir maksatla işlenmesi, para veya eşya veya hukukça hükmü haiz bir senet almak halleri (499 uncu maddedeki haller) dışında maddi çıkar sağlama kastıyla işlenmesi, siyasi veya ideolojik veya sosyal görüş ayrılıklarından kaynaklanan herhangi bir amaçla işlenmesi, fiil neticesinde failin, mağduru, askerlikte kullanılmak üzere yabancı bir ülkeye teslim etmesi biçimindeki ağırlaştırıcı sebeplere, 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiştir.³²⁶

5237 sayılı TCK'da yer alan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ağırlaştırıcı sebepleri; failin suç içeren fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanması, suçun silahla, birden fazla kişi tarafından birlikte, yerine getirilen kamu görevi nedeniyle, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, üstsoy, altsoy veya eşe karşı, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenilmesi, cinsel amaçla işlenmesi, suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması ve suçun işlenilmesi amacıyla veya işlenilmesi sırasında kasten yaralama suçunun

³²⁶ TCK Tasarısında, fiilin öç almak maksadıyla işlenmesi, siyasal veya ideolojik veya sosyal görüş ayrılıklarından kaynaklanan herhangi bir amaçla işlenmesi biçimindeki ağırlaştırıcı sebepler düzenlenmişse de, yasalaşan metinde bu hususlara yer verilmemiştir. Bkz: **TCK Tasarısı Ve Adalet Komisyonu Raporu**, s. 297.

neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleştirilmesi olarak sayılmıştır.³²⁷ Söz konusu ağırlaştırıcı sebepler, aşağıda sırasıyla tek tek ele alınarak, incelenecektir.

2- 109. MADDENİN 2. FIKRASINDAKİ AĞIRLAŞTIRICI SEBEP

5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin 2. fıkrasında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin fiili işlemek için veya fiilin işlendiği sırada failin cebir, tehdit veya hile kullanması cezayı ağırlaştırıcı bir sebep olarak düzenlenmiştir.³²⁸ Maddede sayılı bulunan cebir, tehdit ve hile araçları seçimlik olup, içlerinden herhangi birinin kullanılması ağırlaştırıcı halin uygulanması için yeterlidir; birden fazla seçimlik aracın kullanılması ise, söz konusu ağırlaştırıcı sebebin birden fazla uygulanmasına yol açmaz.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, mütemadi bir suç olduğundan, suçun tamamlanması ve bitmesi anları birbirinden farklıdır. Failin suçun tamamlandığı an dışında, suçun bitmesine değin de cebir, tehdit veya hile araçlarını kullanması mümkündür. Failin, cebir, tehdit veya hile kullanımına sadece kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak için başvurması gibi, sadece suçun temadisi sırasında başvurması da ağırlaştırıcı sebebin uygulanması için yeterlidir. Söz konusu araçların kullanılması suretiyle amacı oluşturan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun

³²⁷ TCK Tasarısında hürriyetten yoksun kalınan sürenin bir haftayı aşması halinde cezanın üçte bir oranında arttırılacağı yönünde hükme yer verilmişse de, söz konusu ağırlaştırıcı sebep, yasalaşan metinde yer almamıştır. **TCK Tasarısı Ve Adalet Komisyonu Raporu**, s. 297.

³²⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, söz konusu ağırlaştırıcı sebep içerisinde şantaja yer verilmemesinin, şantaj, genelde özel olmasına rağmen, anlaşılamamakta olduğunu ifade etmiştir. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, "*Hürriyet Karşı Suçlar*", s. 2726.

gerçekleştirilmesi kolaylaştığından ve fiilin vahameti arttığından, cezayı ağırlaştırıcı bir sebep olarak belirleme yoluna gidilmiştir.³²⁹

Mülga TCK'da söz konusu ağırlaştırıcı sebep, failin, fiili işlemek için yahut işlediği zamanda tehditte bulunması veya kötü muamele etmesi veya hile kullanması biçiminde yer almaktaydı. 5237 sayılı TCK'daki hükümden farklı olarak “*cebiri*” kelimesi yerinde bulunan “*kötü muamele*”nin, doktrinde işkence manasında olmadığı³³⁰, cebir ve şiddet anlamına geldiği³³¹, suçun unsuru mahiyetindeki mağduru bağlamak gibi fiziki eylemlerin ise, kötü muamele sayılamayacağı³³² ifade edilmekteydi.

5237 sayılı TCK'nın 108. maddesinde “*bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması hali*” cebir suçu olarak düzenlenmiştir. Maddede suçun cezasının kasten yaralama suçuna verilecek cezaya göre belirleneceğinin belirtilmesi, cebir suçunun, kasten yaralama suçunun mahiyeti ile özdeş olduğunu ortaya koymaktadır.³³³ Kanunun 106. maddesinde ise, “*bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden*” veya “*malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehdit*” etme fiili suç olarak hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun söz konusu nitelikli halinde, cebir ve tehdit, suçun ağırlaştırıcı sebebini oluşturduğundan, bileşik suç hükümleri gereğince, sadece

³²⁹ ARTUK, “*Hürriyeti Tahdit Cürmü*”, s. 68; GÜLŞEN, s. 98.

³³⁰ EREM, **Hürriyet Ve Suç**, s. 68.

³³¹ Yar. 5. CD. 08.12.1948 T. , 2516/3034 sayılı ilamında; failin mağdurun kollarını bağlamasının fiilin zatında mündemiç olduğu, (kötü muamele sayılmayacağı) ancak mağdura tokat atılmasının fena muamele (kötü muamele) sayıldığı ifade edilmiştir. Bkz: ARTUK, “*Hürriyeti Tahdit Cürmü*”, s. 68–69.

³³² ÖNDER, **Özel Hükümler**, s. 35.

³³³ Benzer görüş için bkz: ÜZÜLMEZ, “*Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*”, s. 1193.

kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ceza verilecek; cebir ve tehdit suçuna ilişkin ilgili maddelerdeki cezalar uygulanmayacaktır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemek için veya işlediği sırada cebir kullanması neticesinde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hallerinin gerçekleşmesi durumunda ise, 5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin 2. fıkrasındaki ağırlaştırıcı sebep dışında Kanunun 87. maddesinden de cezalandırılmaya gidilecektir.

Tehdit suçunun düzenlendiği maddede tehdidin silahla, failin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, birden fazla kişi tarafından birlikte, var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenilmesi halleri seçimlik ağırlaştırıcı sebepler olarak sayılmıştır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi için veya işlenmesi sırasında tehdit kullanılması durumunda tehdit suçundan ayrıca ceza verilmemekle birlikte, tehdit suçunun silahla ve/veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hallerinin gerçekleşmesi durumunda, 109. maddenin 2 ve 3. fıkralara göre ceza tayin edilecektir. Buna karşın, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ağırlaştırıcı sebebi mahiyetindeki tehdidin, failin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle ve/veya var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenilmesi durumunda cezada herhangi bir arttırma söz konusu olmayacaktır. Ancak bu halde, hakim tarafından cezanın alt haddten uzaklaşarak verilmesi mümkündür.

Cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin³³⁴ iradesi ve hareketleri üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirilmesi³³⁵,

³³⁴ Mülga TCK döneminde verilen bir Yargıtay kararında fiilin işlenilmesini sağlamak için üçüncü kişiye karşı yapılan cebir ve tehdit de şehvet hissi veya evlenme maksadıyla çocuk kaçırılması suçunda cezayı ağırlaştıran bir sebep olarak uygulanmıştır. Yar. 5. CD. 10.10.1996 T. , 1996/2859

kişinin direncini kırmak veya daha sonra gerçekleştireceği direnmeyi engellemek amacıyla yapılan kişiye yönelik her türlü zorlayıcı etki doğuran hareket³³⁶, kişi üzerinde maddi zor kullanmaktır.³³⁷ Kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma yönündeki iradesi kişi üzerinde zor kullanmak suretiyle engellendiği takdirde söz konusu ağırlaştırıcı sebep meydana gelmiş kabul edilecektir. Yargıtay'ın bir kararında *“sanıkların sevk ve idarelerinde bulunan araca zorla bindirdikleri müdahili cebir ve tehdit ile hürriyetinden yoksun bırakma şeklinde gerçekleşen eylemlerinin 765 sayılı TCK'nun 179/2-3 ve 5237 sayılı TCK.nun 109/2-3. madde ve fıkralarına aykırılık oluşturduğu”*³³⁸ ifade edilmiştir.

Tehdit, mağdur üzerinde objektif olarak korku, endişe yaratmaya elverişli, gerçekleşmesi failin isteği yönünde hareket etmemesi kaydına bağlı³³⁹, mağdura veya yakınına ait önemli ve hukuksal açıdan korunmaya değer herhangi bir yarara zarar verileceğinin bildirilmesidir.³⁴⁰ Tehdidin varlığının kabulü için zararın gerçekleştirilmesi gerekli değildir.³⁴¹ Ancak tehdidin söz konusu olabilmesi için, objektif olarak ciddi olması ve failin tehdide konu zararı gerçekleştirme hususunda etkili olabilmesi gerekir. Fail bu konuda muktedir değilse, tehdit değil, basit bir uyarı söz konusu olur.³⁴² Bu husus, tehdidin konusunun mutlak surette fail tarafından

E. , 1996/3345 K. sayılı ilamında; *“Mağdurenin kaçırılması sırasında olaya engel olmak isteyen annesine cebir ve tehdit kullanan sanıklar hakkında TCY. 430/1. maddenin uygulanması gerekir.”* ifadelerine yer verilmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

³³⁵ PARLAR/HATİPOĞLU, *Asliye Ceza Davaları*, s. 241.

³³⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 353.

³³⁷ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 259.

³³⁸ Yar. 8. CD. 29.05.2007 T. , 2006/5937 E. , 2007/4193 K. sayılı ilamı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

³³⁹ ÇAĞLAYAN, *“Şahsi Hürriyetten Mahrum Etme Cürmü”*, s. 37; SÖZÜER, Adem, *“Tehdit Suçu”*, *İÜHF*, C. LIV, S. 1–4, İstanbul 1991–1994, s. 129.

³⁴⁰ ÖNDER, *Özel Hükümler*, s. 35; ARTUK, *“Hürriyeti Tahdit Cürmü”*, s. 68; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 353.

³⁴¹ AKBULUT BOZDOĞAN, Berrin, *“Kaçırma ve Alıkoyma Suçları”*, *SÜHFD*, C. 8, S. 1–2, Y. 2000 s. 323.; YAZICIOĞLU, R. Yılmaz, *“Tehdit Suçu Üzerine”*, *YD*, S. 3, 1993, s. 237.

³⁴² TOROSLU, *Özel Kısım*, s. 69.

yerine getirileceği anlamına gelmez; failin, üçüncü kişi vasıtasıyla zararı gerçekleştireceğini bildirmesi de yeterlidir.³⁴³ Gerçekleştirileceği bildirilen zarar, mağduru tehditle amaçlanan harekete sevk etmeye objektif olarak elverişli, ciddi olmalıdır.³⁴⁴ Tehdit, mağdura yönelik olabileceği gibi, mağdurun yakınlarına yönelik olarak saldırı gerçekleştirileceği veya malvarlığının zarara uğratılacağı hususunda da söz konusu olabilir.³⁴⁵ Kişinin kendisinin veya yakınının tehdit edilmesi suretiyle bir yere gitme veya bir yerde kalma yönündeki iradesine karşı yapılan fiile yönelik olarak savunma gücü kırıldığından söz konusu ağırlaştırıcı sebep meydana gelmiş kabul edilecektir.

Mülga TCK döneminde Yargıtay'ın tehdit suçunun işlendiğinin ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tehdit kullanılarak işlenmesi halinin kabulü için yerinde olmayarak, taammüt kastı aradığı kararları mevcuttur.³⁴⁶ Ancak 5237 sayılı TCK döneminde verilen Yargıtay kararlarında isabetli olarak tehdit suçunun gerçekleşmesi yönünden aranan taammüt kastından vazgeçildiği görülmektedir.³⁴⁷

Hile, belli bir olgu karşısında söz, hareket veya diğer her türlü vasıtalarla bir kimsenin kasten yanılgıya düşürülmesidir.³⁴⁸ Hile ile, gerçekte söz konusu olmayan

³⁴³ SÖZÜER, s. 129.

³⁴⁴ ÜZÜLMEZ, **Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları**, s. 53.

³⁴⁵ Aksi görüş için bkz: GÜLŞEN, s. 98.

³⁴⁶ Yar. CGK. 02.07.1979 T. , 182/312 sayılı ilamında; "...sanığın tehdide konu edilen sözleri, ceryan eden bir ağız kavgası ve çekişme sırasında fevren sarfettiğinin anlaşılmasına ve Yüksek Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadına göre, hakaretle müterafik olarak fevren söylenen sözlerde tehdit suçunun taammüt unsurunun oluşamayacağına göre..." ifadelerine yer verilmiştir. Bkz: ÇINAR, Ali Rıza, **Tehdit Suçu**, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 93, dp. 136.

³⁴⁷ Yar. 4. CD. 08.06.2010 T. , 2008/14673 E. , 2010/11147 K. sayılı ilamında; "*Tehdit fiili, kişinin ruh dincinliğini bozan, iç huzurunu, bilinç ve irade özgürlüğünü ihlal eden bir olgudur. Tehdit suçunun manevi ögesi genel kasttan ibaret olup suçun yasal tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek işlenmesini ifade eder. Olayda tasarlamanın varlığı aranmadığı gibi, saikin de önemi yoktur. "Sanığın tehdit sözlerini, kavga sırasında sinirle fevren söylediği ve yüklenen suç açısından kast ve taksirin bulunmadığı" biçimindeki yasal olmayan gerekçe ile sanığın beraatine karar verilmesi hukuka aykırıdır.*" ifadelerine yer verilmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

³⁴⁸ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 260.

bir husus mevcut gösterilmek veya gerçek olan bir durumun olmadığı yahut başka türlü olduğu gösterilmek suretiyle kişi aldatılabilmektedir.³⁴⁹ Aldatma neticesinde kişinin iradesi fesada uğratılmakta, bir yere gitmesi engellenmek veya bir yerde kalması sağlanmak suretiyle hürriyetinden yoksun kılınmaktadır. Hile, icrai bir hareketle gerçekleştirilebileceği gibi, mağdurun yanılgıya düştüğü hususta bilgilendirme yönünden hukuki bir yükümlülüğün varlığına karşın, mağdurun yanılgısından istifade etmek suretiyle ihmali hareketle de gerçekleştirilebilir.³⁵⁰ Hile suçu olarak Kanunda düzenlenmiş ve tanımlanmış bağımsız bir suç bulunmamaktadır. Hilenin mağdurdan başka birine karşı kullanılarak mağdurun hürriyetinden yoksun bırakılması da mümkündür.³⁵¹ Mağdur, eşinin trafik kazası geçirdiği hususunda aldatılarak, bulunduğu yerden başka bir yere götürülebileceği gibi, mağdurun hürriyetinden yoksun kılınması, sahte tutuklama müzekkeresi tanzim edilmek suretiyle yetkili kişiler aldatılarak da sağlanabilir.

Tehdit, cebir ve hilenin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi için zorunlu birer araç olduğu ve fiilin tipik şeklinde bulunan bu araçların suçun tamamlanmasından sonra bitmesine değin kullanılmasının cezayı arttırması uygun bulunmakla birlikte, suçun işlenmesi için kullanılmasını cezayı ağırlaştıran bir sebep olarak kabul etmek eleştirilebilmektedir.³⁵² Gerçekten de suçun; cebir, tehdit veya hile kullanılmadan işlenmesi pratikte oldukça güç görünmektedir. Oda içerisinde uyumakta olan kişinin bulunduğu odanın kapsının kilitlenmesi³⁵³ suretiyle

³⁴⁹ GÜLŞEN, s. 102.

³⁵⁰ SÖZÜER, s. 127.

³⁵¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 353; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 260.

³⁵² Bkz: GÜLŞEN, s. 98.

³⁵³ 5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin gerekçesinde söz konusu örnek verilerek, suçun temel şekli açısından cebir, tehdit ve hile kullanılmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir. Bkz: **TCK Tasarısı Ve Adalet Komisyonu Raporu**, s. 520.

hürriyetinden yoksun kılınması gibi istisnai örnekler dışında söz konusu araçların kullanılması suçun işlenilmesi için elzem olabilmektedir.

3- 109. MADDENİN 3. FIKRASINDAKİ AĞIRLAŞTIRICI SEBEPLER

a- Suçun Silahla İşlenmesi

5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin 3. fıkrasının a bendinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun silahla işlenilmesi cezayı ağırlaştırıcı bir sebep olarak belirlenmiştir. Kanunun 6. maddesinde söz konusu ağırlaştırıcı sebepte ifade edilen “*silah*” deyiminden ne anlaşılması gerektiği açıklanmaktadır. Buna göre, söz konusu ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için öncelikle; ateşli silah veya patlayıcı madde veya saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış türü önemli olmaksızın kesici, delici veya bereleyici alet³⁵⁴ veya saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer bir şey veya yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeden asgari olarak herhangi birinin bulunması gerekmektedir.

Kanundaki “*silah*” deyimine ilişkin tanımlama, özellikle “*saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli her türlü şeyi*” silah kavramına dahil etmiş olduğundan, silahın varlığının kabul edildiği

³⁵⁴ Yar. 2. CD. 04.03.2008 T. , 2007/15310 E. , 2008/3914 K. sayılı ilamında; “*sanığın kasten yaralama suçunu işlemekle kullandığı "kamçının" 5237 sayılı TCK.nun 6/1-f-3 maddesi kapsamında "saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış, bereleyici alet" olarak kabul edilmesi gerektiği*” ifade edilmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>

hallerin oldukça geniş tutulduğu söylenebilecektir.³⁵⁵ Bununla birlikte uygulamada suçta kullanan aletin biçimi ve özellikleri araştırılıp, silah sayılmasına elverişli özellikleri taşıyıp taşımadığı irdelenerek karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir.³⁵⁶ Bu doğrultuda, Yargıtay bir kararında suçta kullanılan plastik küçük taburenin 5237 sayılı TCK'nın 6/f maddesinde tanımlanan silah kapsamında bulunmadığı yönünde karar vermiştir.³⁵⁷

Mülga TCK'da da hürriyetten mahrum etme suçunun silahla işlenilmesi, Kanuna sonradan eklenen bir fıkra ile ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmişti. Ancak Kanunda silahın tanımına yer verilmemiş olduğundan, hakim somut olaya göre kullanılan aletin silah olup olmadığını tayin etmekteydi.³⁵⁸ Yargıtay kararlarında silahla işlenme biçimindeki ağırlaştırıcı sebebin uygulanması için silahın suç içeren fiilin gerçekleştirilmesi için kullanılması aranmaktaydı.³⁵⁹

5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin 3. fıkrasında suçun silahla işlenilmesi ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlendiğinden, failin üzerinde silah bulunması suçun

³⁵⁵ Yar. 3. CD. 26.09.2007 T. , 2006/9008 E. , 2007/6596 K. sayılı ilamında; “suçta kullanılan ve mağdurun kafa kemiğinde kırığa neden olan su borusunun, 5237 sayılı TCK'nın 6/f-4 maddesinde, saldırı ve savunma amacı ile yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şey, olarak belirtilen silah kavramına girdiğinin kabulü” gerektiği ifade edilmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

³⁵⁶ Yar. 2. CD. 26.05.2010 T. , 2010/7199 E. , 2010/16766 K. sayılı ilamında; “sanığın suçta kullandığı iddia olunan ve ele geçirilemeyen sopanın biçimi ve özellikleri mağdur, sanık ve tanıklardan sorulup, mağdura ait adli raporda gösterilen yaralanmasının meydana geliş biçimi ve ölçütleri ile vücutta meydana getirdiği tahribatin ağırlığı itibariyle bu sopanın silah sayılmasına elverişli özellikler taşıyıp taşımadığı, irdelenip kesin olarak belirlenmeden eksik kovuşturma ile hüküm kurulması” nedeniyle bozma yönünde karara varılmıştır. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

³⁵⁷ Yar. 2. CD. 09.10.2008 T. , 2008/9322 E. , 2008/15296 K. sayılı ilamında; “oluşa ve dosya içeriğine göre, sanığın mağduru tartışma sırasında plastik küçük tabure ile yaraladığı ve plastik taburenin 5237 sayılı TCK'nın 6/f maddesinde tanımlanan silah kapsamında bulunmadığı gözlemlenmeden, silahtan sayılarak sanık hakkında hükmedilen cezanın aynı kanunun 86/3-e maddesi ile artırılması”nı bozma sebebi saymıştır. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

³⁵⁸ ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 69–70.

³⁵⁹ Yar. 4. CD. 24.05.1995 T. , 2982/3646 sayılı ilamında; “silahtan sayılan kazmanın, sanığın tehdidi içeren sözleri söylediği sırada kuyu kazması nedeniyle elinde bulunduğu anlaşılmasına göre, eylemin ne surette silahla tehdit suçunu oluşturduğu açıklanıp hüküm kurulması” gerektiği ifade edilmiştir. Bkz: YAŞAR, s. 271

işlenmesi amacıyla kullanılmadığı müddetçe söz konusu ağırlaştırıcı sebebin uygulanmasına yol açmayacaktır. Kanunda yazılı suçun silahla işlenilmesinden ise, ne anlaşılması gerektiği hususu tartışmalıdır.³⁶⁰ Suçun işlenmesi sırasında failin üzerinde silah bulunmakla birlikte, failin bilinçli olarak suçun işlenmesi için silahın varlığından yararlanması halinde ağırlaştırıcı sebep gündeme gelecektir.³⁶¹ Failin üzerindeki silahı suçun işlenmesi için kullanma yönünde herhangi bir kastı bulunmamasına karşın, mağdurun silahı fark etmesi durumunda, mağdurun dikkatli oluşundan ve sübjektif koşuldan faili sorumlu tutmak düşünülemez. Ancak fail, üzerinde bulundurduğu silahı kullanmasa dahi, failin işlenmesi sırasında, korkutmak amacıyla mağdura gösterdiyse yahut silahın varlığını dile getirdiyse ağırlaştırıcı sebep uygulanabilecektir.

³⁶⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 354; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 260–261; ÖZBEK, **TCK İzmir Şerhi**, s. 720.

³⁶¹ Yar. 6. CD. 13.12.2006 T. , 2005/492 E. , 2006/13798 K. sayılı ilamında; “*sanıkların, yüzleri maskeli olduğu halde, hayvan otlatmakta olan yakınanları **silahla tehdit** edip bir süre ellerinden birbirine bağlayıp dolaşım özgürlüklerini de kısıtlamak suretiyle hayvanlarını yağmaladıklarının anlaşılması karşısında; sanıkların eyleminin 765 sayılı TCY’nın 499. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması ve sanıkların eylemine uyan 765 sayılı TCY’nın 499/1-2.cümle, 522/1, 59/2, 31, 33, 40. maddelerine göre, 5237 sayılı TCY’nın aynı suça uyan 149/1, a, b, c, h, 62/1, 53, 63; yakınan Bilal Demir’e yönelik eylem nedeniyle **109/2, 109/3-a, b, 62/1, 53, 63**, yakınan Yadullah Demir’e yönelik eylem nedeniyle 109/2, 109/3-a, b, f, 62/1, 53, 63. maddelerinde öngörülen özgürlüğü bağlayıcı cezanın türü, alt ve üst sınırları bakımından, anılan Yasanın 7/2, 5252 sayılı Yasanın 9/3. maddeleri ışığında sanıklar yararına olması”*

Yar. 6. CD. 22.10.2007 T. , 2004/7112 E. , 2007/10865 K. sayılı ilamında; “*Birlikte hareket eden sanıklar M ve M. S’in sanık M’in ortağı olduğu, şirketin B.K isimli kişiden olan alacağını tahsil edebilmek amacıyla, adı geçen kişiye ait olduğun zannettikleri mağdur Ramazan’ın sevk ve yönetimindeki **tanker, geceleyin silah zoru ile durdurup** mağduru bağlayarak tankerin kaçırıldığı ve sanık M. C’in mağduru el ve ayakları bağlı olduğu halde yağma eyleminden haberi olmadığı anlaşılan diğer sanık A’e teslim ettiği ve bu sanığın da mağdurun özgürlüğünü kısıtlamaya devam ettiğinin anlaşılması karşısında; sanık M. C’in eyleminin bütün halinde 765 sayılı TCK.nun 499/1-2. cümlesine ve 522/1. maddesine uyan yağma suçunu; sanık A. C’in eyleminin de aynı Yasanın 179/1. maddesinde uyan kişi özgürlüğünü kısıtlamak suçunu oluşturduğu gözetilmesi gerekir.*

Sanık M. C’in eylemine uyan 765 sayılı TCY’nın 499/1-2. cümle, 522/1. maddelerine göre, hükümden sonra 1.62005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY’nın aynı suça uyan 149/1-c-h, 109/2-3-a-b, 110/1. maddelerinde; sanık A.C’in eylemine uyan 765 sayılı TCK. nun 179/1. maddesine göre, 5237 sayılı TCK.nun aynı suça uyan 109/1 ve 110/1. maddelerinde öngörülen özgürlüğü bağlayıcı cezaların türü, alt ve üst sınırları bakımından, anılan Yasanın 7/2, 5252 sayılı yasanın 9/3. maddeleri ışığında sanıklar yararına olması ve 5237 sayılı yasa hükümleri uyarınca değerlendirme ve uygulama yapılmasında zorunluluk bulunması, bozmayı gerektirmiştir.” ifadelerine yer verilmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

Suçun silahla işlenilmesinin cezayı ağırlaştıran bir hal olarak kabul edilmesinin nedeni, mağdurda daha büyük bir korku yaratarak fiile karşı mukavemeti azaltmakta ve failde daha fazla cesaret oluşturmak suretiyle suçun işlenmesinde kolaylık sağlamakta olmasıdır.³⁶² Ağırlaştırıcı sebebin uygulanması için silahın işlevselliğinin önemi bulunmayıp, mağdurda objektif olarak korku yaratabilecek, bu yönüyle de faile cesaret verebilecek nitelikte olması yeterlidir.

b- Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin 3. fıkrasının b bendinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal olarak düzenleme altına alınmıştır.³⁶³ Kanunun gerekçesinde, söz konusu ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için suçun icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi gerektiği kısacası suçun işlenişi açısından müşterek faillik durumunun varlığı halinde, bu ağırlaştırıcı sebebin oluşacağı ifade edilmiştir. Buna ilaveten, suçun icra hareketlerinin bir kişi tarafından gerçekleştirilmesine karşılık, suça azmettirme veya yardım etme biçiminde iştirak söz konusu olduğu takdirde, bu sebepten dolayı cezanın arttırılamayacağı belirtilmiştir.³⁶⁴

Müşterek faillik, 5237 sayılı TCK'nın 37. maddesinde “*suçun Kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişiler*” olarak ifade edilmiştir. Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştirme, suçu doğrudan meydana

³⁶² GÜLŞEN, s. 104; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 260.

³⁶³ Mülga TCK'da da hürriyetten mahrum etme suçunun “*birden çok kişi tarafından birlikte işlenilmesi*”, Kanuna sonradan eklenen bir fıkra ile ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmişti.

³⁶⁴ TCK Tasarısı Ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 520.

getirecek hareketlerin birlikte yapılmasıdır. Bunun için ise, birden çok kişinin önceden aralarında anlaşmış olmaları gerekmeksizin birlikte suç işleme kararını uygulamaları, fiil üzerinde ortak hakimiyet kurmaları gerekmektedir.³⁶⁵

Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesine ilişkin bu ağırlaştırıcı sebebin gerçekleşmesi için, suçun meydana getirilmesinde gerekli hareketlerin en azından iki kişi tarafından müşterek fail olarak birlikte yapılması gerekmektedir. Suça azmettirme ve/veya yardım etme biçiminde iştirak eden kimseler, söz konusu ağırlaştırıcı sebebin uygulanması bakımından dikkate alınmamakla birlikte; müşterek faillerin varlığı sebebiyle birden fazla kişi tarafından işlenen bir suçta, bu durumu bilmeleri koşuluyla suça azmettiren ve yardım eden kimselerin de cezası ağırlaştırılacaktır.³⁶⁶

Suçun birden çok kişi tarafından işlenmesinin cezayı ağırlaştıran bir sebep olarak belirlenmesinin gerekçesi, mağdur yönünden fiile karşı mukavemeti zorlaştırması, fail açısından da fiilin işlenişini kolaylaştırmasıdır.³⁶⁷ Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hali, 5237 sayılı TCK'nın muhtelif maddelerinde cezayı ağırlaştıran bir sebep olarak hükme bağlanmıştır. Hususiyetle hürriyete karşı suçlar yönünden birkaç suç tipi dışında suçun birden çok kişi tarafından birlikte işlenilmesi, bu surette hürriyet ihlallerinin daha sık gerçekleştirildiği de göz önünde bulundurularak, genel bir ağırlaştırıcı sebep sayılmıştır.

³⁶⁵ TOROSLU, **Ceza Hukuku**, s. 225; ARTUK, “*Hürriyeti Tahdit Cürmü*”, s. 70; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 261.

³⁶⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 354.

³⁶⁷ CİHAN, **Cebir Kullanma Cürmü**, s. 173–74; ÜZÜLMEZ, “*Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*”, s. 1195.

c- Suçun Yerine Getirilen Kamu Görevi Nedeniyle İşlenmesi

5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin 3. fıkrasının c bendinde “*kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle*” kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi cezayı ağırlaştıran bir sebep olarak düzenlenmiştir. Ağırlaştırıcı sebebi düzenleyen söz konusu hükmün lafzı, düzenleniş gayesine aykırı ve anlaşılmasını güçleştirir mahiyettedir. Maddede kişinin yerine getirdiği kamu görevinden bahsedildiğinden, mağdurun kamu görevini icra eden kimse olması gerektiği yönünde bir sonuç ortaya çıkmaktaysa da, aslında bu ağırlaştırıcı sebep ile korunmak istenen kamusal görevin işleyişi olduğundan, bu yönde bir zorunluluk bulunmamaktadır. Kanunun gerekçesinde de bu ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesinde failin saikinin önem taşıdığı, suçun işlendiği sırada mağdur, kamu görevlisi sıfatı taşımasa ve/veya suç, kamu görevlisinin yakınına karşı işlenmiş de olsa (bir hakimin verdiği karara tepki olarak oğlunun kaçırılması örneğinde olduğu gibi) ağırlaştırıcı sebebin uygulanabileceği ifade edilmiştir.³⁶⁸

Mülga TCK'da hürriyetten mahrum etme suçunun “*Büyük Millet Meclisi âzasından biri yahut memuriyeti işlerinden dolayı bir memur aleyhine*” işlenmesi, cezayı ağırlaştırıcı bir sebep olarak düzenlenmişti. Mülga TCK, yönünden milletvekilliği sıfatının varlığı, ağırlaştırıcı sebebin uygulanması için yeterliydi.³⁶⁹ Buna karşın, memura karşı suçun işlenilmesinin ağırlaştırıcı sebep sayılması için, suçun memuriyet işlerinden dolayı işlenilmesi aranmaktaydı. Bunun dışında, ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için, milletvekili yönünden suçun işlendiği

³⁶⁸ TCK Tasarısı Ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 520.

³⁶⁹ Milletvekiline karşı yerine getirdiği görevi nedeniyle hürriyetten yoksun kılma suçunun işlenilmesi 5237 sayılı TCK'da niteliğine göre Kanunun 309. maddesinde düzenlenen anayasayı ihlal veya 311. maddesinde düzenlenen yasama organına karşı bir suç oluşturmadığı müddetçe, 109. maddesinin 3. fıkrasının c bendi uyarınca cezalandırılmaya tabi tutulacaktır. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 355.

sırada milletvekilliği sıfatının devam etmesi şartı kabul edilmişken, memur yönünden memuriyet işlerinden dolayı gerçekleştirildiği müddetçe memuriyet sıfatının devam etmesi gerekmekteydi.³⁷⁰ Mülga TCK'da Kanunun açık düzenlemesi gereğince, suçun milletvekili veya memurdan başka birine karşı işlenilmesi ağırlaştırıcı sebebin uygulanmasına engel teşkil etmekteydi.³⁷¹

5237 sayılı TCK'daki söz konusu ağırlaştırıcı sebebin uygulanmasında kamu görevini yerine getirecek kimse, Kanunun 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendine göre belirlenecektir. Maddede kamu görevlisi, *“kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi”* olarak tanımlanmıştır. 5237 sayılı TCK'da, Mülga TCK'daki memur tanımının doğurduğu sıkıntıları bertaraf etmek amacıyla, geniş bir kamu görevlisi tanımına yer verilmiştir. Ancak söz konusu tanım, Kanun koyucunun amacını da aşar bir biçimde, geçici dahi olsa, kamu faaliyetine herhangi bir surette katılmayı yeterli görmüştür. İdare Hukuku doktrindeki tanıma göre ise, kamu görevlisi sıfatı için, kamu kesimindeki bir tüzel kişiliğe bağlı olarak çalışılması gerekmektedir.³⁷² Ancak 5237 sayılı Kanunun kamu görevlisi tanımını; kamu görevi ifa edenleri, kamu hizmetini görenleri ve kamu tüzel kişiliğine bağlı olarak çalışanları kapsar şekilde anlamak uygun olacaktır.

Söz konusu ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için mağdurun kamu görevlisi olması yeterli olmayıp; kamu görevlisine karşı yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle gerçekleştirilmeyen hürriyetten yoksun kılma suçuna ilişkin olarak bu

³⁷⁰ Ağırlaştırıcı sebebin uygulanması yönünden memurlarla milletvekilleri arasında ayrım yapılması, dahası ağırlaştırıcı sebebin uygulanmasının, suçun göreve ilişkin olarak işlenmesi dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği halde, milletvekilliği sıfatının devamına bağlı tutulması doktrinde eleştirilmekteydi. ARTUK, *“Hürriyeti Tahdit Cürmü”*, s. 74; EREM, **Hürriyet Ve Suç**, s. 70.

³⁷¹ EREM, **Hürriyet Ve Suç**, s. 70; ÖNDER, **Özel Hükümler**, s. 38.

³⁷² GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, C. II, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, s. 567.

ağırlaştırıcı sebep uygulanamaz. Ağırlaştırıcı sebebin uygulanmasında önemli olan, failin, suçu, kamu görevinin yerine getirilmesi ile ilgili olarak işlemesidir. Ağırlaştırıcı sebebin uygulanması suç içeren fiil ile kamu görevi arasında illiyet bağının kurulması şartına bağlıdır.³⁷³ Bu itibarla, fiille tepki gösterilen kamu görevini yerine getirmiş olan kişi, suçun işlendiği sırada halen kamu görevlisi olabileceği gibi, kamu görevinden herhangi bir surette ayrılmış da olabilir. Ayrıca suç içeren fiilin işlenmesine neden olan kamu görevini yerine getiren kişi, suçun mağduru olabileceği gibi, mağdurun kişinin bir yakını veya ilgili bir kimse olması da mümkündür. Söz konusu ağırlaştırıcı sebep kamu görevlisi olan kişi dikkate alınarak değil, kamu görevi göz önünde bulundurularak oluşturulmuştur.

Söz konusu ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için, kamu görevinin gereklerine uygun bir işlemin yapılmasına ilişkin olarak suçun işlenilmesi gerekir. Maddede kullanılan kamu görevinin yerine getirilmesi lafzı ve hukukun genel ilkeleri bu kabulü zorunlu kılmaktadır. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak, görevini kötüye kullanarak yaptığı fiillere ilişkin olarak hürriyetten yoksun kılma suçunun işlenmesi cezanın bu sebeple ağırlatılmasına yol açmayacaktır. Kaldı ki bu halde, failin haksız tahrik altında olduğunun kabulü ile cezasında indirimine gidilmesi dahi gündeme gelebilecektir.³⁷⁴

Söz konusu ağırlaştırıcı sebep, uygulanabilmesi yönünden kamu görevini esas almakla, kamu görevinin gereklerine uygun bir biçimde yerine getirilmesine verilen önem nedeniyle oluşturulmuş bulunmaktadır. Kamu görevlisinin suçun mağduru olması zorunlu olmadığından, ağırlaştırıcı sebebin getirilişinin birincil amacının kamusal işleyişin gerçekleştirilmesi olduğu söylenebilecektir.

³⁷³ ARTUK, “*Hürriyeti Tahdit Cürmü*”, s. 75.

³⁷⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 356.

d- Suçun Kamu Görevinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin 3. fıkrasının d bendinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi suçun cezasını ağırlaştırıcı bir hal sayılmıştır. Söz konusu ağırlaştırıcı sebebin gerçekleşebilmesi için suçun işlendiği sırada failin kamu görevlisi olması ve suçu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak işlemesi gerekmektedir. Görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmasıyla anlatılmak istenen ise, göreve girmeyen yetkinin benimsenmesi ve görevin çizilen sınırlara aykırı olarak kullanılmasıdır.³⁷⁵ Suçun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi biçimindeki bu ağırlaştırıcı sebep, suçun işlenişini kolaylaştırdığından, kamu idaresinin işleyişini zarara uğrattığından düzenleme altına alınmıştır.

Fail, kamu görevlisi olmadığı halde, kamu görevlisi gibi davranmak suretiyle mağduru kamu görevlisi olduğuna inandırarak, hürriyetinden yoksun kılması durumunda failin, kamu görevlisi olma şartı mevcut olmadığından bu ağırlaştırıcı sebep uygulanmayacaktır. Bu halde, fail, suçu işlemek için veya işlendiği sırada hile kullandığından 5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin 2. fıkrasındaki ağırlaştırıcı sebep söz konusu olacaktır.³⁷⁶

5237 sayılı TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde kamu görevlisi, *“kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi”* olarak tanımlanmıştır. 5237

³⁷⁵ PARLAR/HATİPOĞLU, *Asliye Ceza Davaları*, s. 242.

³⁷⁶ EREM, *Hürriyet Ve Suç*, s. 67; TOROSLU, *Özel Kısım*, s. 86.

sayılı TCK'da, Mülga TCK'daki memur tanımının doğurduğu sıkıntıları bertaraf etmek amacıyla, geniş bir kamu görevlisi tanımına yer verilmiştir. Ancak söz konusu tanım, Kanun koyucunun amacını da aşar bir biçimde, geçici dahi olsa, kamu faaliyetine herhangi bir surette katılmayı yeterli görmüştür. İdare Hukuku doktrinindeki tanıma göre ise, kamu görevlisi sıfatı için, kamu kesimindeki bir tüzel kişiliğe bağlı olarak çalışılması gerekmektedir.³⁷⁷ Ancak 5237 sayılı Kanunun kamu görevlisi tanımını; kamu görevi ifa edenleri, kamu hizmetini görenleri ve kamu tüzel kişiliğine bağlı olarak çalışanları kapsar şekilde anlamak ve söz konusu ağırlaştırıcı sebep yönünden faili bu şekilde belirlemek uygun olacaktır.

Mülga TCK'da hürriyetten mahrum etme suçunun memur tarafından işlenilmesi kişiler tarafından işlenilen hürriyetten mahrum etme suçundan ayrı bir maddede bağımsız bir suç olarak düzenlenmişti. Bu surette, Mülga TCK'da failin memurluk sıfatı, suçun cezasını ağırlaştıran bir sebep değil, suçun vasfını değiştiren bir nitelikti.³⁷⁸ Mülga TCK'nın 181. maddesinde memurun, memuriyetine ait vazifeyi suiistimal³⁷⁹ ederek veyahut kanunen icap eden usul ve şartlara riayet etmeyerek³⁸⁰ bir kimseyi şahsi hürriyetinden mahrum etmesi bağımsız bir suç tipi olarak hükme bağlanmış³⁸¹; ağırlaştırıcı sebepler ve hafifletici sebep yönünden

³⁷⁷ GÖZLER, **İdare Hukuku**, s. 567.

³⁷⁸ EREM, **Hürriyet Ve Suç**, s. 66.

³⁷⁹ Vazifeyi suiistimal, “Kanunun tayin ettiği görevin aşılması”, “memurun mutlak ve izaî surette kendisine ait bulunmayan yetkileri kendisine atfetmesi”, “kendisine tanınmış bulunan takdir hakkının memurun, takdir hakkının gayesine aykırı şekilde kullanması” biçiminde tanımlanmaktadır. EREM, **Hürriyet Ve Suç**, s. 67.

³⁸⁰ Söz konusu ibarelerle fiilin gayri meşruluğu belirlenmiş; bu surette kişiler tarafından işlenen hürriyetten mahrum etme suçuna ilişkin maddede yer alan gayri meşru olma kaydına gerek duyulmamıştır. EREM, **Hürriyet Ve Suç**, s. 66.

³⁸¹ Yar. 4. CD. , 05.11.2003 T. , 2002/28544 E. , 2003/10778 K. sayılı ilamında; “suç kovuşturmasıyla ilgili olarak yöntemince verilen yargıç kararı dışında kişilerin yakalanıp gözaltına alınmaları ancak, suçüstü durumunda veya işlendiği bilinen bir suça ilişkin soruşturma veya kovuşturma sırasında olanaklı bulunmaktadır. Kolluk görevlileri ise bu ikinci durumda yalnızca gecikmesinde tehlike bulunan durumlarda yakalama yetkisini kullanabilirler. Diğer taraftan belirtilen hukuki düzenlemelerin gereği olarak ceza soruşturma ve kovuşturmalarında

kişiler tarafından işlenen hürriyetten mahrum etme suçuna ilişkin maddelere atıf yapılmıştır.

5237 sayılı TCK'daki suçun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenilmesi halinde bilhassa soruşturma ve kovuşturma safhalarında³⁸² hürriyet aleyhinde gerçekleştirilen riayetsizlikler söz konusu olabilmektedir.³⁸³ Kolluk görevlilerinin, 5271 sayılı CMK'nın yakalama koruma tedbirini düzenleyen 90. maddesinin 2. fıkrasında belirlenen *"tutuklama kararı"*³⁸⁴ veya *yakalama emri*³⁸⁵ düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde; Cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağı

temel ilke, kişi hürriyetlerine müdahale edilmeden başvurulabilecek bir yöntem var iken hürriyeti daraltan yöntemlere başvurulmaması ilkesidir.

Somut olayda, herhangi bir suçla ilgili suçüstü durumu veya suç teşkil eden belirli bir olayla ilgili ceza soruşturması bulunmamasına karşın, salt kimliği belirsiz bir kişinin 16.5.2000 günü saat 13.00'da telefonla yakınların kimlik ve adreslerini vererek ""Şişli ilçesindeki market ve işyerlerindeki hırsızlık suçlarını bu kişiler işliyorlar"" şeklindeki soyut ihbarı üzerine, kimlik ve adresleri aynı tarihli tutanakla tespit edilen bu kişiler hakkında arşiv ve benzeri araştırmalar yapılmaksızın, asayiş büro amiri olan sanığın talimatı doğrultusunda harekete geçilerek üç saat sonra yakınların yakalanıp gözaltına alınması, C. Savcısına hırsızlığa karıştığı iddia edilen kişilerin yakalandığı yolunda bilgi verilip peşi sıra bu kişilerin ""herhangi bir suçla"" ilgilerinin olup olmadığı yönünde araştırma yapılarak, 20 saat gözaltında kalan yakınların ertesi gün saat 13.30 da bir kanıt bulunmadığı gerekçesiyle ifadeleri dahi alınmadan ve soruşturma evrakı fezlekeye bağlanarak C.Savcılığına sunulmaksızın serbest bırakılması biçimindeki eylemin TCY. 181/1. maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden, kanıtları yanlış değerlendiren yetersiz gerekçeyle beraat hükmü kurulması" bozma sebebi sayılmıştır.

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

³⁸² 5271 sayılı CMK'nın 2. maddesi gereğince; Soruşturma, Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi, Kovuşturma ise, iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade etmektedir.

³⁸³ ÖZBEK, **TCK İzmir Şerhi**, s. 721. Ayrıca bkz: ŞAHİN, Cumhuriyet, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Yetkin Yay. , Ankara 1994, s. 234.

³⁸⁴ 5271 sayılı CMK'nın 100. maddesinde; kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebileceği, işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemeyeceği ve şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların olması, şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturmaları hallerinde bir tutuklama nedeni var sayılabileceği düzenlenmiştir.

³⁸⁵ 5271 sayılı CMK'nın 98. maddesinde; soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi ve tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii ve yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet savcıları ve kolluk kuvvetleri tarafından da yakalama emri düzenlenebileceği ifade edilmiştir.

*bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahip” oldukları hükmüne, Cumhuriyet savcılarının, yakalama ve gözaltına almaya ilişkin kurallara, hakimlerin tutuklama tedbirine ilişkin madde hükümlerine, hüküm tesis ederken ilgili kanun hükümlerine kasıtlı olarak aykırı davranması kişiyi hürriyetinden mahrum ettiği takdirde suç oluşabilecektir.*³⁸⁶ Bu itibarla, söz konusu kamu görevlilerinin hukuka aykırı olarak kasten kanunun ilgili hükümlerine riayet etmeyerek kişiyi hürriyetinden yoksun kılması, kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle suçun işlenmiş sayılmasına yol açacaktır.³⁸⁷

Doktrinde söz konusu ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için, failin herhangi bir kamu görevlisi olmasının yeterli olmadığı, failin yapmakta olduğu kamu görevinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi hususunda kolaylık sağlayacak mahiyette olması ve failin kamu görevi nedeniyle mağdur üzerinde egemenlik kurabilecek durumda olması³⁸⁸ ve hatta hürriyetten yoksun kılma konusunda bir yetkisinin bulunması gerektiği³⁸⁹ ileri sürülmektedir. Ancak ne Kanun metninde ne de gerekçesinde bu yönde bir belirleme ve sınırlama söz konusudur. Hükümün getiriliş amacı ve uygulama yönünden elbette failin yaptığı kamu görevinin mağdur üzerinde hakimiyet kurmaya olanak tanıyan bir nitelikte olması uygunsa da, bu niteliğe sahip olmayan bir kamu görevlisinin de nüfuzunu kötüye kullanmak³⁹⁰

³⁸⁶ ÖZEN, Muharrem, **Hakimin Cezai Sorumluluğu**, Seçkin Yay. , Ankara Mayıs 2004, s. 187.

³⁸⁷ ŞEN, s. 442; ÖZBEK, **TCK İzmir Şerhi**, s. 721.

³⁸⁸ EREM, **Hürriyet Ve Suç**, s. 67; TOROSLU, **Özel Kısım**, s. 84; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 357.

³⁸⁹ ÇINAR/ŞAHBAZ, s. 52; ARTUÇ, s. 852.

³⁹⁰ Yar. 1. C.D. 06.10.1971 T. , 1970/3017 E. , 1971/3224(3227) K. sayılı ilamında; memurun görevini kötüye kullanarak bir kimsenin hürriyetini kısıtlaması TCK’nın 181. maddesine uyduğu, memurun hapis ve tutuklama yetkisi bulunup bulunmadığının öneminin olmadığı ifade edilerek, hapis veya tutuklama yetkisine sahip bulunmayan Bucak Müdürünün, emrindeki jandarmalarla kayınbiraderini karakola gönderip, orada bir süre gözaltında tutmasını TCK’nın 181. maddesi kapsamında değerlendirilmiştir. Bkz: AKDAĞ, Selami, **Türk Ceza Kanunu Şerhi, Emsal İçtihatlar ve İlgili Kanunlar**, Olgaç Mat. , Ankara 1976, s. 272; GÜLŞEN, s. 147.

veya mağdur üzerinde nüfuz kurmak suretiyle suçu işlemesine yönelik bir engel bulunmamaktadır.³⁹¹

e- Suçun Üstsoy, Altsoy veya Eşe Karşı İşlenmesi

5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin 3. fıkrasının e bendinde failin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu üstsoyuna, altsoyuna veya eşine karşı işlemesi suçun cezasının arttırılması sebebi olarak düzenlenmiştir. Maddede sayılı kişilere karşı suç daha kolay işlenebileceğinden bu yönde bir ağırlaştırıcı sebep belirlenmiştir. Maddede geçen üstsoy, altsoy ve eş kavramlarının varlığı, 4721 sayılı TMK hükümlerine göre belirlenecektir. TMK'nın 17. maddesi gereğince; biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy hısımlığı bulunmaktadır. Bu doğrultuda, üstsoy, kişinin ana baba, büyükanne, büyük baba ve onların ana ve babaları biçiminde kendisinden geldiği kimselerdir. Kişinin altsoyu ise, çocukları, torunları ve torunların çocukları biçiminde ilerleyebilmektedir.

Suçun eşe karşı işlenmesi ağırlaştırıcı sebebinin söz konusu olabilmesi için, TMK'nın 134 vd. maddeleri doğrultusunda kişiler arasında resmi memur huzurunda evlilik töreni yapılmış olması gerekmektedir. Bu itibarla, sadece dini tören yapılmış, resmi törenin söz konusu olmadığı bir durumda geçerli bir evlilik olmadığından, bu kişilerin birbirlerine karşı hürriyetten yoksun kılma suçunu işlemeleri bu ağırlaştırıcı sebebin uygulanmasına yol açmayacaktır.³⁹² Ayrıca resmi tören yapılmasından, evliliğin herhangi bir şekilde sona ermesinin kesinleşmesine değin, “eş” olma sıfatı

³⁹¹ Benzer görüş için bkz: ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1197.

³⁹² ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 263.

süreceğinden, boşanma davasının açılması yahut boşanmaya karar verilmekle birlikte kararın kesinleşmemesi hallerinde, ağırlaştırıcı sebep uygulanmaya devam edecektir.

TMK'nın 282. maddesinde; çocuk ile ana arasında soy bağıının doğumla, çocuk ile baba arasında soy bağıının, ana ile evlilik, tanıma veya hakim hükmüyle, evlat edinilen ile evlat edinen arasında ise soy bağıının evlat edinme yoluyla kurulacağı düzenlenmiştir.³⁹³ Üstsoy, altsoy ilişkisinin TMK'ya uygun olması dışında, meşru olup olmaması hususunda ağırlaştırıcı sebebin uygulanması yönünden bir farklılık yoktur.³⁹⁴ Ancak üstsoy ve altsoy ibarelerinin kanuni³⁹⁵ mi yoksa fiili³⁹⁶ anlamda mı kullanıldığı hususu tartışmalıdır. Kanuni anlamda kullanıldığı kabul edildiğinde, suçun üstsoy ve altsoya karşı işlenilmesi biçimindeki ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi üstsoy-altsoy ilişkisinin nüfus kayıtlarına dayanmasını gerektirmektedir. Uygulamada belirsizliğin olmaması ve kolaylık sağlanması adına söz konusu kabul uygun olabilmekle birlikte, ağırlaştırıcı sebebin getiriliş gerekçesini içeren kişiler arasında gerçekleştirilen hürriyetten yoksun kılma suçuna, farklı ceza uygulanması sebebiyle kişiler arasında eşitsizlik yaratacağı da bir gerçektir.

Mülga TCK'da da hürriyetten mahrum etme suçunun "*failin usul ve fürruundan yahut karı kocadan biri tarafından diğeri aleyhine işlenmesi*" cezayı ağırlaştıran bir sebep sayılmıştı. Ancak Mülga TCK döneminde umumiyetle, kocanın evlilik birliğinin devamını temin etmek için karısına karşı hürriyetten mahrum edici

³⁹³ GÜLŞEN, evlat edinilen ile evlat edinen arasında soy bağı bulunmaktaysa da, ağırlaştırıcı sebebi düzenleyen maddede açıkça belirtilmediğinden kapsama alınmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir. GÜLŞEN, s. 114. GÜLŞEN, bir yandan alt soyn nüfus kayıtları ile saptanacağını, ağırlaştırıcı sebepte kastedilenin yasal akrabalık olduğunu ifade etmekte, bir yandan da evlat edinen ile evlat edinen arasındaki soy bağıının kapsamda olmadığını kabul ederek çelişmektedir.

³⁹⁴ ÖNDER, *Özel Hükümler*, s. 37; ÇAĞLAYAN, *Türk Ceza Kanunu*, s. 418.

³⁹⁵ GÜLŞEN, s. 114.

³⁹⁶ ARTUK, "*Hürriyeti Tahdit Cürmü*", s. 73.

fiil uygulaması halinde, hürriyetten mahrum etme suçunun değil aile efradına karşı kötü muamele gibi başka bir suçun oluştuğu kabul edilmekte; ağırlaştırıcı sebebin uygulanması da bu surette oldukça kısıtlı olmaktadır.³⁹⁷

f- Suçun Çocuğa ya da Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi

5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin 3. fıkrasının f bendinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenilmesi cezayı arttıran bir sebep olarak düzenlenmiştir. Suçun maddede sayılı bulunan kimselere karşı işlenmesi daha kolay olabileceğinden ve bu hallerden yaralanılması suçun ahlak dışılığının yoğunluğunu arttırdığından bu yönde bir düzenlemeye gidilmiştir.³⁹⁸

Mülga TCK'da, 5237 sayılı TCK'da yer alan bu ağırlaştırıcı sebebe yer verilmemişti. Mülga TCK'nın 182. maddesinde şehvet hissi veya evlenmek niyeti olmaksızın on beş yaşından küçük bir çocuğun kendi rızasıyla kaçırılması ve alıkonulması hürriyetten mahrum etme suçundan bağımsız bir suç olarak ve daha hafif bir cezaya tabi tutularak düzenlenmişti. Söz konusu suçun, çocuğun rızası dışında gerçekleşmesi yahut çocuğun on iki yaşından küçük olması, suçun cezasının hürriyetten mahrum etme suçuna göre daha ağır olarak belirlenmesine yol

³⁹⁷ Yar. İBGK. , 11.06.1956 T. , 1954/5 E. , 1956/12 K. sayılı ilamında; “müşterek evi terekeden karısını koca, bu sıfatla eve getirmek isteyebilir. Maksat ve gayesi birliğin bozulmaması, yuvanın dağılmamasıdır. Maksadın bu olduğu karısı evden gitmeden hürriyeti tahdit yolunda bir harekette bulunmadığı gibi eve getirdikten sonra da bu mahiyette bir harekette bulunmamasından anlaşılır. Karısını rızası hilafına ev getiren kocanın hareketi vâsfına göre müessir fiili veya fena muamele gibi suçları teşkil edebilirse de; hürriyeti tahdit hususi kastı ile hareket edilmediği için hürriyeti tahdit suçunun teşekkül edemeyeceğine” karar verilmiştir.

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

³⁹⁸ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 263.

açmaktaydı. Ancak reşit olmayan bir kimsenin rızası hilafına cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırılması veya alıkonulması ise, genel ahlak ve aile düzenini sarstığı kabul edilerek³⁹⁹, adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümler arasında düzenleme altına alınarak hürriyetten mahrum etme suçundan daha ağır cezalara tabi tutulmuştu. Reşit olmayan kimsenin rızası ile kaçırılmış veya alıkonulmuş olduğu halde ise, ceza oldukça azalmaktaydı.⁴⁰⁰

5237 sayılı TCK'daki ağırlaştırıcı sebebin uygulanması bakımından, Kanunun 6. maddesinin 1. fıkrasının b bendindeki tanım doğrultusunda çocuk, fiilin gerçekleştiği tarihte “on sekiz yaşını doldurmamış kişi” dir. 5237 sayılı TCK'da, kimi ifadelere Kanunun birçok maddesinde, maddenin içeriği göz önünde bulundurulmaksızın, yer verilmesi anlam karmaşalarına, hatalı düzenlemelere sebebiyet verebilmektedir.⁴⁰¹ Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin düzenlemede de suçun çocuğa karşı işlenilmesinin mutlak bir biçimde ağırlaştırıcı sebep sayılması, failin de çocuk olduğu ve hatta mağdurdan yaş olarak küçük olduğu hallerde fiilin icrasının kolaylaştığından bahsedilemeyeceğinden eleştirilmektedir. Maddede ağırlaştırıcı sebebin sadece beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olma hali ile sınırlandırılması ve somut olaya göre

³⁹⁹ ÖZEN, Muharrem, **Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**, US-A Yay. , Ankara 1998, s. 203.

⁴⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz: AKBULUT, s. 313–351; ARTUK, Mehmet Emin, “*Küçükleri Kaçırma veya Alıkoyma Cürmü (TCK m. 182)*”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998, s. 19–31; MALKOÇ, İsmail, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 334–500; GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, C. IV, Sevinç Mat. , Ankara 1972, s. 201–225.

⁴⁰¹ 5237 sayılı Kanunun kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, eziyet, cinsel saldırı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, hırsızlık, yağma ve suçlu bildirmeme suçları ile ilgili olarak cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak yer verilen “*kendi(si)ni savunamayacak*” durumda olma hali, 5271 sayılı Kanunun müdafinin görevlendirilmesinin ve katılanın haklarının düzenlediği 150. ve 239. maddelerde, avukat görevlendirilmesi için istem aranıp aranmamasının kıstası olarak kullanılmıştır. Ancak şüpheli/sanığın veya mağdur/suçtan zarar görenin, hiçbir surette kendisini savunacak durumda olması beklenemez.

mağdurun çocuk olması halinin bu sınır içine değerlendirilmesi söz konusu olduğunda ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁰² Suçun çocuğa karşı işlenilmesinin suçun icrasını kolaylaştırdığı düşüncesiyle ağırlaştırıcı sebep sayılması söz konusu olmakla birlikte, bu ağırlaştırıcı sebep mağdur dikkate alınmak suretiyle düzenlenmiş olduğundan failin niteliklerine bakılarak hükme varmak uygun olmayabilecektir. Kaldı ki, failin suçu işlediği sırada Kanun gereğince çocuk statüsünde olması yaş küçüklüğü sebebiyle cezasında indirimine gidilmesine yol açacaktır.

5237 sayılı TCK'daki ağırlaştırıcı sebebin uygulanması bakımından, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak olma durumu, kişinin kendisini savunmasına olanak bırakmayan ölçüdeki her türlü hali kapsamına almaktadır. Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olma, ağır hastalık, sakatlık, engelli olma, akıl zayıflığı, ruh hastalığı gibi nedenlerle mağdurun hürriyetini koruma hususunda direnç gösteremeyecek durumda olmasını ifade etmektedir.⁴⁰³ Bu hal, mağdurun genel durumu olabileceği gibi, bu halin suçun işlendiği sırada geçici olarak mevcut olması da mümkündür.⁴⁰⁴ Maddenin uygulanması yönünden akıl hastalığı, ileri yaşlılık, ruhi veya fiziki yönden güçsüzlük, sağırlık ve dilsizlik, geçici nedenler gibi haller, kişinin kendisini savunmasına engel teşkil etmelidir. Mağdurun alkol veya uyuşturucu madde kullanımında olduğu gibi, bu hale kendi fiili neticesinde düşmüş olması da tabiidir ki ağırlaştırıcı sebebin uygulanması yönünde önem arz etmeyecektir.⁴⁰⁵ Kişilerin kendileri üzerindeki tasarrufları hiçbir surette başkalarının kendilerine karşı suç

⁴⁰² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 356.

⁴⁰³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 356.

⁴⁰⁴ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 264.

⁴⁰⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 356.

işlemesi olanağını tanımadığı gibi, bu halde suç işlenmesi sırasında yaşanan kolaylık da suça verilen cezaya yansıtılacaktır. Bu ağırlaştırıcı sebebin uygulanması için mağdurun, fail tarafından beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak bir hale getirilmiş olması da gerekmemektedir ve hatta failin bu yönde bir eylemi olduğu takdirde ayrıca 109. maddenin 2. fıkrasından da cezalandırılmaya gidilmesi söz konusu olabilecektir.

4- SUÇUN CİNSEL AMAÇLA İŞLENMESİ

5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin 5. fıkrasında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenilmesi cezayı arttıran bir sebep olarak düzenlenmiştir. Suçun cinsel amaçla işlenilmesi, cinsel hürriyete karşı tehlike oluşturduğundan ağırlaştırıcı bir sebep olarak belirlenmiştir.⁴⁰⁶

Mülga TCK'da hürriyetten mahrum etme suçunun cinsel amaçla işlenilmesi yönünde bir ağırlaştırıcı sebebe yer verilmemekle birlikte; şehvet hissi veya evlenme maksadıyla⁴⁰⁷ kaçırma veya alıkoyma, bağımsız suç tipleri olarak, adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümlerin ikinci faslında, kız ve kadın ve erkek kaçırmak başlığı altında, 429–434. maddeler arasında düzenlenmişti. Söz konusu maddelerde sırasıyla reşit olan veya reşit kılınan kadının rızası hilafına kaçırılması ve alıkonulması⁴⁰⁸, reşit olmayan bir kimsenin rızası hilafına yahut rızasıyla kaçırılması ve alıkonulması ile suçların ortak ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerine yer

⁴⁰⁶ ÖZBEK, **TCK İzmir Şerhi**, s. 722.

⁴⁰⁷ 5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin 5. fıkrasında yer alan “*cinsel amaç*” deyiminin evlenme maksadını içerip içermediği hususu tartışmalıdır. MALKOÇ, evlenme maksadının da cinsel amaca dahil edilebileceğini ifade etmektedir. MALKOÇ, **Cinsel Suçlar**, s. 467. Aksi görüşte ise, “*cinsel amaç*” deyiminin şehvet hissini kapsamakla birlikte evlenme maksadını içermediği ileri sürülmektedir. Bkz: TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 358, dp. 198.

⁴⁰⁸ Mülga TCK'da reşit bir erkeğin rızası hilafında şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırılması veya alıkonulması suç kapsamına alınmamıştı.

verilmişti.⁴⁰⁹ Kanunun 434. maddesinde ise, kamuoyunda büyük tartışmalara yol açan, kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkûmlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku âmme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesinin tecil olunacağına ilişkin hüküm bulunmaktaydı.⁴¹⁰

5237 sayılı TCK'da, Mülga TCK'da yer alan kız, kadın ve erkek kaçırma ve alıkoyma suçlarına bağımsız birer suç tipi olarak yer verilmemiş; sadece kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenilmesi hali düzenleme altına alınmıştır. Mülga TCK'daki kız ve kadın kaçırma ve alıkoyma suçlarına yer verilmeyerek, cinsel amaçla hürriyetten yoksun kılmanın suçun cezasını ağırlaştıran bir sebep olarak düzenlemesi, doktrinde ülke şartlarında kız ve kadın kaçırma fiillerine özellikle kırsal kesimde sıkça rastlanması ve düzenlemeyle bu fiillerin önlenmesinde sıkıntı yaşanabileceği sebebiyle eleştirilmiştir.⁴¹¹

Doktrinde hürriyetten yoksun kılmada cinsel amaç gözetilmesinin suça niteliğini veren unsur olduğu, bu halde korunan hukuki yararın cinsel hürriyet olduğu, hükmün bağımsız bir suç olarak cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmesinin sistematik yönünden daha uygun olacağı ifade edilmiştir.⁴¹²

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel şeklinde fail, hangi saikle suç içeren fiili gerçekleştirmiş olursa olsun hürriyetten yoksun kılma suçu işlenmiş

⁴⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: MALKOÇ, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s. 334–500; GÖZÜBÜYÜK, s. 201–225.

⁴¹⁰ APAYDIN, söz konusu hükme 5237 sayılı TCK'da yer verilmemesini eleştirerek, hükmün en azından rızayla kaçırma ve alıkoyma hallerine ilişkin bir etkin pişmanlık nedeni olarak düzenlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. APAYDIN, Necati, “*Türk Ceza Kanunu Tasarısı'ndaki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler*”, **TBB, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar**, 2004, s. 160–161.

⁴¹¹ APAYDIN, s. 159; BAYRAKTAR, Köksal, “*Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*”, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, Bahar 2005, s. 225.

⁴¹² Bkz: TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 358, dp. 198.

kabul edilecektir.⁴¹³ Suçun cinsel amaçla işlenilmesi durumunda ise, saik cezayı ağırlaştırıcı bir sebep olup; failin bu nitelikli halden sorumlu tutulabilmesi için özel kastının bulunması gerekmektedir. Söz konusu ağırlaştırıcı sebebin uygulanması için failin suçu işlerken cinsel amaç gütmesi yeterlidir. Bunun dışında, fail, cinsel amaç yönünde suç içerir herhangi bir harekette bulunmuşsa, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ağırlaştırılmış hali dışında ayrıca bu suça ilişkin ceza ile de cezalandırılacaktır.

Söz konusu ağırlaştırıcı sebebin uygulanması bakımından cinsel amaçtan maksat⁴¹⁴, failin mağdura karşı 5237 sayılı TCK'nın 102 ila 105. maddeleri arasında sayılı bulunan cinsel dokunulmazlığa karşı suçları işlemeyi mutlak biçimde amaçlaması değil⁴¹⁵, cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket etmiş olmasıdır.⁴¹⁶ Ancak cinsel amaç dahilinde söz konusu suçları gerçekleştirme imkanının sağlanması için kişinin hürriyetinden yoksun kılındığı söylenebilecektir.⁴¹⁷

Söz konusu ağırlaştırıcı sebebin uygulanması yönünden, müşterek faillerden herhangi birinin yahut suça azmettiren kişinin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesinde cinsel saik taşınması durumunda bu durumu bilenler yönünden de ağırlaştırıcı sebebin geçerli olacağı söylenebilecektir.⁴¹⁸

⁴¹³ ŞEN, s. 440.

⁴¹⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, cinsel amaç sözü ile kastedilenin ne olduğu hususunun belirsiz olduğunu, herhangi bir açıklık bulunmadığını, Mülga TCK'da yer alan evlenme maksadını içerdiğini kabul etmenin düşündürücü olduğunu ifade etmektedir. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, "Hürriyet Karşı Suçlar", s. 2727.

⁴¹⁵ GÜNDEL, Ahmet, **5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı-Cinsel İstismar-Cinsel Taciz-Rızaen Irza Geçme-Hürriyeti Kısıtlama-Alıkoyma-Fuhuş Ve Müstehcen Yayın Suçları**, Seçkin Yay. , Ankara Mayıs 2009, s. 188.

⁴¹⁶ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 264.

⁴¹⁷ ÜZÜLMEZ, "Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu", s. 1197.

⁴¹⁸ ARTUÇ, s. 855.

5- EKONOMİK BAKIMDAN ÖNEMLİ BİR KAYBA NEDEN OLMA

5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin 4. fıkrasında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması halinde, fail hakkında hapis cezası yanında bin güne kadar adli para cezasına da hükmolunacağı düzenlenmiştir. Düzenlemenin sarıh ifadesi gereğince, bu ağırlaştırıcı sebebin kabulü için mağdurun ekonomik bakımdan önemli olan kaybı ile suça ilişkin fiil arasında neden sonuç ilişkisi mevcut olmalıdır.

Kanunun gerekçesinde, suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması durumunun, suçun netice nedeniyle ağırlaşmış bir hali olduğu, failin bu neticeye yönelik kastının bulunmasının gerekmediği vurgulanmıştır. Bunun dışında, hükmün uygulanabilmesi için, mağdurun ekonomik kaybının önemli miktarda olması gerektiği belirtilmiştir.⁴¹⁹ Ekonomik kaybın önemli olup olmadığı ise, somut olaya göre mağdurun durumu da dikkate alınarak tespit edilecektir.⁴²⁰

Suç sonucunda mağdurun ekonomik olarak önemli bir kaybının olması dışında suçun mağdurdan maddi çıkar temin etmek maksadıyla işlenmesi veya suçun işlenmesi sırasında mağdurun mallarına zarar verilmesi ve bunun neticesinde mağdurun ekonomik kayba uğraması halinde ağırlaşmış bu halden değil, diğer şartları da mevcutsa kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve ilgili suçtan ayrı ayrı ceza verilecektir.

⁴¹⁹ TCK Tasarısı Ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 520.

⁴²⁰ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 722; ŞEN, s. 446.

Mülga TCK’da ise, hürriyetten mahrum etme fiili sebebiyle mağdurun şahsına veya sıhhatine yahut malına bir zarar⁴²¹ gelmesi hapis cezasını ağırlaştıran bir sebep olarak düzenlenmişti. Mülga TCK’da sadece “*mağdurun malına zarar gelmesi*” hususu düzenlenmiş; zararın ağır veya hafif olması yönünde bir belirleme ise yapılmamıştı. Ayrıca Mülga Kanunda objektif sorumluluk söz konusu olabildiğinden, zararın meydana gelmesi yeterli olup; failin meydana gelen zarara yönelik taksiri dahi aranmayabilmekteydi.⁴²²

6- KASTEN YARALAMA SUÇUNUN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLERİNİN GERÇEKLEŞMESİ

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin düzenlemenin son fıkrasında, “*suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır*” denilmektedir.

Kasten yaralama, 5237 sayılı TCK’nın 86. maddesinde basit hali, hafif yaralama ve ağırlaştırıcı sebepleri ile birlikte düzenlenmiştir. Kanunun 87. maddesinde ise, kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri, hükme bağlanmıştır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin söz konusu düzenlemeden, suçun işlenmesi amacıyla veya işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun, Kanunun 86. maddesinde yer alan halleri meydana getirildiği takdirde, sadece cebir kullanmaya ilişkin ağırlaştırıcı sebebi içeren 109. maddenin 2.

⁴²¹ Mala zarar deyimi, sadece malvarlığında azalmaya mahsus olmayıp; muhtemel kardan mahrumiyet de bu deyim kapsamında görülmektedir. EREM, **Hürriyet Ve Suç**, s. 71; ARTUK, “*Hürriyeti Tahdit Cürmü*”, s. 76; ÖNDER, **Özel Hükümler**, s. 39.

⁴²² ÖNDER, **Özel Hükümler**, s. 38–39; GÜLŞEN, s. 121.

fikrasından cezalandırmaya gidileceği anlaşılmaktadır.⁴²³ Ancak suçun işlenmesi amacıyla veya işlenmesi sırasında Kanunun 87. maddesinde yer alan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçu gerçekleştiği takdirde hem 109. maddenin 2. fıkrası gereğince kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan hem de Kanunun 87. maddesinden cezalandırmaya gidilecektir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla veya işlenmesi sırasında mağdura cebir kullanılması neticesinde mağdurun vücuduna acı verilmesi veya sağlığının veya algılama yeteneğinin bozulmasına neden olunması halinde faile 5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin 2. fıkrası gereğince cebir kullanmak suretiyle hürriyetten yoksun kılma suçundan ceza verilecektir. Buna karşın, failin mağdura karşı kullandığı cebir mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına veya yitirilmesine, konuşmasında sürekli zorluğa veya konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, yüzünde sabit ize veya yüzünün sürekli değişikliğine, yaşamını tehlikeye sokan bir duruma veya iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine veya ölmesine, gebe olması halinde çocuğunun vaktinden önce doğmasına veya düşmesine, vücudunda kemik kırılması veya çıkığı oluşmasına neden olduğu takdirde fail neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış bu hallerden de ayrıca cezalandırılacaktır.

⁴²³ Kanunun gerekçesinde de, kasten yaralama suçunun temel şeklinin gerçekleşmesi halinde, maddenin 2. fıkrasından cezaya hükmedileceği belirtilmiştir. **TCK Tasarısı Ve Adalet Komisyonu Raporu**, s. 520.

B- HAFİFLETİCİ SEBEP

1- GENEL OLARAK

5237 sayılı TCK'nın 110. maddesinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden hafifletici bir sebebe yer verilmiştir. Etkin pişmanlık başlığı altında düzenlenen maddede kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu failinin, suç hakkında soruşturma başlatılmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, mağduru kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakması halinde cezasında indirim yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Kanunun gerekçesinde, etkin pişmanlığın kabulü için, suç tamamlandıktan sonra şahsına bir zarar verilmeden mağdurun güvenli bir yerde serbest bırakılması, failin bunu kendiliğinden yani herhangi bir zorlama olmadan gerçekleştirmesi, serbest bırakmanın soruşturma başlamadan önce yani soruşturma makamlarının işe el koymasından önce olması gerektiği ifade edilmiştir.⁴²⁴

Mülga TCK'da da 5237 sayılı TCK'daki düzenlemeye benzer mahiyette bir hafifletici sebep bulunmaktaydı. Mülga TCK'nın 180. maddesinin 2. fıkrasında hürriyetten mahrum etme suçunun faili, *“hakkında takibat icra olunmazdan evvel”*⁴²⁵ tasavvur ettiği maksada nail olmaksızın ve hürriyetinden mahrum edilen şahsa bir

⁴²⁴ TCK Tasarısı Ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 520, 522.

⁴²⁵ Doktrinde *“takibat icra olunmazdan evvel”* ibaresinin kovuşturma başlamadan önce anlamına geldiği, kovuşturmanın ise, şikayet yapılmakla başlamış olacağı ifade edilmekteydi. ARTUK, *“Hürriyeti Tahdit Cürmü”*, s. 77; ÖNDER, *Özel Hükümler*, s. 39.

*gûna zararı dokunmaksızın onu kendiliğinden serbest bırakırsa” cezasında indirim yapılacağı düzenlenmişti.*⁴²⁶

Maddede düzenlenen cezada indirim yapılmasına yol açan sebebin hukuki yapısının ne olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır. EREM, söz konusu halin bir çeşit faal nedamet olduğunu⁴²⁷, ÖNDER, bu hafifletici nedenin faal nedamet olduğunu⁴²⁸ ifade etmekte; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, mütemadi suçta etkin pişmanlığı, failin, serbest iradesiyle, yani isteyerek, kendiliğinden temadiye son vermesi olarak tanımlamaktadır.⁴²⁹ ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, hükmün kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için vazedilmiş bir etkin pişmanlık hali olduğu belirtilmesine karşın, pişmanlık içeren fiilin suçun tamamlanmasından sonra gerçekleştirilmiş olması nedeniyle bir hafifletici neden olduğunu ileri sürmüştür.⁴³⁰ TOROSLU, etkin pişmanlık diye adlandırılan bu durumun aslında suç sonrası pişmanlık olduğunu⁴³¹, suç sonrası pişmanlığın ise, suç tamamlandıktan sonra fail tarafından pişmanlık gösterilerek suçun zararlı sonuçlarının kaldırılması, devam ettirilmemesi olduğunu belirtmiştir.⁴³² ARTUK ise, hafifletici sebebin ne etkin pişmanlık ne de gönüllü vazgeçme olduğunu, suçun tamamlanmasından sonra belirli şartların

⁴²⁶ Yar. 8. CD. 16.12.1983 T. , 1983/2650 E. , 1983/2867 K. sayılı ilamında; “*Mağdur, sanıklar tarafından evinden alınıp götürüldükten sonra, aile bireylerinin şikayeti üzerine olaya jandarmanın el koyduğunu ve amaçlarına ulaşamayacaklarını anlayınca serbest bırakmış olmalarına göre; TCK.nun 180. maddesinin ikinci fıkrasının (Takibata başlamadan önce) ve (Kendiliğinden bırakma) koşulları gerçekleşmiş sayılamayacağı*” ifade edilmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

⁴²⁷ EREM, **Hürriyet Ve Suç**, s. 71.

⁴²⁸ ÖNDER, **Özel Hükümler**, s. 39.

⁴²⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, “*Hürriyet Karşı Suçlar*”, s. 2727.

⁴³⁰ ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, s. 503

⁴³¹ TOROSLU, **Özel Kısım**, s. 89.

⁴³² TOROSLU, **Ceza Hukuku**, s. 198.

gerçekleştirilmesi halinde failin cezasının azaltılması nedeni olduğunu ifade etmiştir.⁴³³

5237 sayılı Kanunun 36. maddesi gereğince fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; ancak tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda icra hareketlerinin bitirilmesinden fail, kendi isteği ile vazgeçerse, etkin pişmanlık değil gönüllü vazgeçme meydana gelecektir. Etkin pişmanlığa ilişkin hükmün söz konusu olabilmesi için, suçun tamamlanmış olması gerekmektedir.

5237 sayılı TCK'nın 110. maddesinde düzenlenen hafifletici neden, ne surette adlandırılrsa adlandırılsın içerdiği şartların tamamının bulunması halinde failin cezasında belirli oranda indirim yapılması sonucu doğuran bir hükümdür. Failin söz konusu hükümden yararlanabilmesi için gerekli şartlar; soruşturmaya başlanmamış olması, mağdurun şahsına bir zarar gelmemesi, failin, mağduru kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakmasıdır. Aşağıda bu şartlar sırasıyla incelenecektir.

2- ŞARTLARI

a- Soruşturmaya Başlanmamış Olması

Soruşturma, 5271 sayılı CMK'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının e bendi gereğince yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade etmektedir. Söz konusu tanımlama doğrultusunda, suçun

⁴³³ ARTUK, “Hürriyeti Tahdit Cürmü”, s. 77.

varlığı hakkında bilginin ihbar veya şikayet gibi herhangi bir biçimde yetkili merciler tarafından öğrenilmesi sonrasında etkin pişmanlık hükmünden yararlanılamayacağı anlaşılmaktadır.

5237 sayılı TCK'da muhtelif suç tiplerine ilişkin olarak etkin pişmanlık başlığı altında düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemeler arasında terminoloji ve uygulanış yönünden bir tutarlılığın bulunduğu söylenemeyecektir. Ancak kullanılan terimler⁴³⁴ farklı olmakla birlikte, genelde suç tiplerinde etkin pişmanlığın iki safhada birbirinden farklı indirim oranlarını gerektirir bir biçimde düzenlendiği görülmektedir. Buna karşın, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda etkin pişmanlığın sadece soruşturmaya başlanmadan önce uygulanabilmesine yer verilmiştir. Soruşturmaya başlanmadan önce olması şartı dışında, failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için uyması gerekli, sınırlayıcı bir başka süre bulunmamaktadır.

Söz konusu hüküm ile amaçlanan faile pişmanlık göstermesi neticesinde bir avantaj sağlamak suretiyle mağdurun suçtan daha fazla zarar görmesini önlemek olduğundan⁴³⁵, failin soruşturma başladıktan sonra da mağduru serbest bırakmasına bir değer tanımak, cezada belli oranda indirime gitmek uygun olacaktır.⁴³⁶ Ancak soruşturmanın başlamasının etkin pişmanlığın bir diğer şartı olan serbest bırakmanın

⁴³⁴ Etkin pişmanlığın uygulanmasında sürenin belirlenmesi yönünden, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce-resmi makamlar tarafından haber alındıktan sonra ya da kovuşturmaya başlamadan önce-hüküm verilmezden önce ya da soruşturma başlamadan önce-kovuşturma başlamadan ibarelerinin kullanıldığı görülmektedir.

⁴³⁵ GÜLŞEN, s. 124.

⁴³⁶ APAYDIN, s. 160.

kendiliğinden olması imkanını ortadan kaldırdığı⁴³⁷, somut olaya göre belirlendiği takdirde indirimden yararlanılmaması tabiidir.

b- Mağdurun Şahsına Zarar Gelmemesi

5237 sayılı TCK'nın 110. maddesinde düzenlenen hafifletici nedenin uygulanabilmesi için bir diğer şart, mağdurun şahsına bir zarar gelmemiş olmasıdır. Maddede mağdurun şahsına zarar verilmemesi şartı getirildiğinden, mağdurun malına veya mağdurun bir yakınının şahsına zarar verilmesi hafifletici sebebin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir. Bu itibarla, söz konusu hüküm getirilirken mağdurun hürriyetinden daha fazla yoksun kılınmaması dışında, şahsına zarar verilmemesi amaçlanmış olup; mağdurun menfaatinin ilk planda tutulduğu söylenebilecektir.

Maddede mağdurun şahsına zarar verilmemesi ile kastedilen, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilinin içerdiği zorunlu zararın ötesindeki fiziksel, psikolojik, maddi, manevi her türlü zarardır.⁴³⁸

⁴³⁷ Bkz: GÜLŞEN, s. 127.

⁴³⁸ Yar. 6. CD. 17.04.2007 T. , 2006/23122 E. , 2007/4864 K. sayılı ilamında; “Kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak suçunun, iki yakınana karşı işlenmiş olmasına göre, her bir yakınana yönelik eylemleri nedeniyle ayrı ayrı uygulama yapılması gerektiği gözetilmeden, zincirleme suç kabul edilerek yazılı biçimde uygulama yapılması; sanıkların, yakının Halit'e zorla imzalatmış oldukları senetler karşılığında, para vermesi için tehdit ederek serbest bırakmış olmalarına göre, 5237 sayılı Yasa'nın 110. maddesinin uygulanma koşullarının oluşmadığı dikkate alınmadan anılan maddenin uygulanması, karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” ifadelerine yer verilmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

c- Failin, Mağduru Kendiliğinden Güvenli Bir Yerde Serbest Bırakması

5237 sayılı TCK'nın 110. maddesinde düzenlenen hafifletici nedenin uygulanabilmesi için son şart ise, failin mağduru kendiliğinden, güvenli bir yerde serbest bırakmasıdır.

Failin mağduru serbest bırakmasının iradi olması yeterli değildir.⁴³⁹ Örneğin failin, suç işlediğinin birisi tarafından anlaşıldığından şüphelenmesi ile iradi bir kararı neticesinde mağduru serbest bırakması kendiliğinden serbest bırakma anlamına gelmeyecektir. Kendiliğinden bir serbest bırakma için, fail, serbest bırakmayı dış zorlamalardan bağımsız olarak kendiliğinden istemiş olmalıdır. Failin serbest bırakmasına yol açan mağdura acıma, vicdan azabı gibi saiklerin ise, bir önemi bulunmamaktadır.⁴⁴⁰ Ancak failin suçu işlemesine yol açan saike ulaşamayacağını anlaması yahut ulaştığını düşünmesi ya da mağdurun sözlerinden korkması halinde serbest bırakma kendiliğinden olma niteliğini taşımayacaktır. Bunun dışında, mağdurun çabası neticesinde gerçekleşen serbest kalma durumunda da tabiidir ki failin kendiliğinden serbest bırakmasından söz edilemeyecektir.⁴⁴¹

Failin mağduru kendiliğinden serbest bırakması dışında serbest bıraktığı yer de hafifletici nedenden yararlanabilmesi için önem taşımaktadır. Fail, mağduru güvenli bir yerde serbest bırakmalıdır. Güvenli yer ile kastedilen mağdurun fiziksel ya da manevi olarak zarar görmeyeceği bir yerdir. Fail tarafından mağdurun

⁴³⁹ EREM, **Hürriyet Ve Suç**, s. 71.

⁴⁴⁰ GÜLŞEN, s. 125.

⁴⁴¹ Yar. 5. CD. 13.11.2006 T. , 2006/10552 E. , 2006/8856 K. sayılı ilamında; "5237 sayılı TCK'nın 110. maddesi uyarınca, cezada indirim uygulanabilmesi için mağdurun, zorlama olmaksızın, kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakılması gerekir. Zorla kaçırıp alıkoyma suçundan yargılanan sanıklar tarafından tutulduğu evde gizlice ailesi ile telefonla görüşüp yerini bildiren mağdurenin kolluk kuvvetleri tarafından bulunması nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 110. maddesinin uygulanma olanağı bulunmadığı sonucuna varılır." ifadelerine yer verilmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

bırakıldığı yerin Kanunun aradığı güvenli yer tabiri içerisine girip giremeyeceği somut olaya göre hakim tarafından belirlenecektir.⁴⁴²

III- YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA

A- YAPTIRIM

Mülga TCK'ya göre hürriyetten mahrum etme suçunun basit şeklinin yaptırımı, Kanununun 179. maddesinin birinci fıkrasında, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin liradan az olmamak üzere ağır para cezası olarak belirlenmişti. Maddenin ikinci fıkrasında, sayılan suçun ağırlaştırıcı sebepleri bakımından, (failin fiili işlemek için yahut işlediği zamanda tehdit veya kötü muamele etmesi veya hile kullanması yahut bu fiili öç alma kastıyla veya dini veya milli bir maksatla yahut 499 uncu maddedeki haller dışında maddi çıkar sağlama kastıyla veya siyasi veya ideolojik veya sosyal görüş ayrılıklarından kaynaklanan herhangi bir amaçla işlemesi yahut mağduru askerlikte kullanılmak üzere yabancı bir ülkeye teslim etmesi) verilecek ceza üç yıldan sekiz yıla kadar ağır hapis ve on bin liradan az olmamak üzere ağır para cezasıydı. Maddenin 3. fıkrasında ise, suç fiillerinin silâhla veya birden çok kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde cezanın üçte birden yarıya kadar arttırılacağı düzenlenmişti.

Mülga TCK'nın 180. maddesinde sayılı ağırlaştırıcı sebeplerin (usûl ve fîruundan yahut karı kocadan biri tarafından diğeri aleyhine yahut TBMM üyesinden biri yahut memuriyeti işlerinden dolayı bir memur aleyhine işlenmesi yahut bu fiil

⁴⁴² ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, s. 1204.

sebebiyle mağdurun şahsına veya sıhhatine yahut malına bir zarar gelmesi) mevcudiyeti halinde, suçun cezası beş seneden on beş seneye kadar ağır hapis ve kırk liradan iki yüz liraya kadar ağır para cezasıydı. Maddenin 2. fıkrasında düzenlenen şartların varlığı halinde (failin, hakkında takibat icra olunmazdan evvel tasavvur ettiği maksada nail olmaksızın ve hürriyetinden mahrum edilen şahsa her hangi bir zararı dokunmaksızın onu kendiliğinden serbest bırakması) ise, faile verilecek ceza altıda birinden yarısına kadar indirilmekteydi.

Mülga TCK'nın 181. maddesinde düzenlenen memur tarafından işlenilen hürriyetten mahrum etme suçunun cezası, bir seneden üç seneye kadar hapis cezasıydı. Ancak bu fiile Kanunun 179 uncu maddesinin 2. fıkrası ile 180. maddesinin 1. fıkrasında yazılı hallerden biri ile gerçekleşmişse ceza üç seneden beş seneye kadar hapis olmaktaydı. Kanunun 180 inci maddenin son fıkrasında yazılı halde ceza altıda birden yarıya kadar indirilmekteydi.

Mülga TCK'nın 182. maddesinde, çocuk kaçırma veya alıkoyma suçunun cezası, on beş yaşına girmeyen bir çocuğu kendi rızası kaçırma yahut alıkoyma halinde bir seneye kadar hapis olduğu, çocuğun rızası olmaması yahut çocuğun on iki yaşını doldurmamış olması halinde ise, cezalandırmanın Kanunun 179, 180. maddelerine göre belirleneceği düzenlenmişti.

5237 sayılı TCK'da Mülga Kanuna kıyasla genel olarak hapis cezalarının niceliğinin azaltıldığı, Mülga Kanunda hapis cezasına ek olarak düzenleme altına alınmış olan para cezasına suçun mağdurun ekonomik bakımından önemli bir kaybına yol açması hali dışında yer verilmediği görülmektedir.

5237 sayılı TCK'da kişiyi hürriyetten yoksun kılma suçunun basit şeklinin yaptırımı, TCK'nın 109. maddesinin birinci fıkrasında, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir.

Suçun ağırlaştırıcı sebepleri bakımından ise maddenin ikinci fıkrasında, fail, fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile araçlarından en azından birini kullanması halinde, cezası iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası olacaktır.

Maddenin 3. fıkrasında 6 bent halinde sayılı bulunan suçun; silahla, birden fazla kişi tarafından birlikte, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, üstsoy, altsoy veya eşe karşı, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi biçimindeki ağırlaştırıcı sebeplerden bir veya birkaçının bulunması halinde yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılabacaktır. Bu halde, maddenin 1. fıkrasındaki hükme göre ceza, iki yıldan on yıla kadar, 2. fıkrasındaki hükme göre ise, dört yıldan on dört yıla kadar hapis cezası olacaktır.

Ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, mağdurun ekonomik bakımından önemli bir kaybına neden olması halinde, hapis cezası yanında bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunacaktır. Para cezasının alt sınırı ise 5237 sayılı TCK'nın 52. maddesi gereğince beş gündür.

Öte yandan suçun, cinsel amaçla işlenmesi durumunda, anılan maddeye göre verilecek cezalar yarı oranında arttırılacaktır. Bu halde maddenin 1. fıkrasındaki hükme göre ceza, bir buçuk yıldan yedi buçuk yıla kadar, 2. fıkrasındaki hükme göre ise, üç yıldan on buçuk yıla kadar, 3. fıkrasındaki hükme göre ise, üç yıldan on beş yıla ya da altı yıldan yirmi bir yıla kadar hapis cezası olacaktır.

Buna ilaveten söz konusu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler gerçek içtima hükümlerince uygulanacaktır.

Diğer taraftan, bu suçu işleyen kimse, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlamadan evvel mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadar indirilecektir.

Kanundaki indirim sebepleri ve ağırlaştırıcı nedenleri düzenleyen anılan maddelerde, “*indirilir*”, “*artırılır*”, “*hükmolunur*”, şeklinde emir kipleri kullanıldığından, yargıcın indirim sebeplerinin ve/veya ağırlaştırıcı nedenlerin oluşması durumunda, bu indirim sebeplerini ve ağırlaştırıcı nedenleri uygulayıp uygulamama konusunda, bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.

Ayrıca Kanunun 111. maddesinde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi sonucunda yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında 5237 sayılı TCK’nın 60. maddesinde düzenlenen bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin fiili işlediği sırada fail, on iki yaşını doldurmamışsa yahut on beş yaşını doldurmamış sağır ve dilsizse yahut işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneği yeterince gelişmemiş on iki yaşını doldurmuş olmasına karşın on beş yaşını doldurmamış veya akıl hastası olması halinde cezalandırılmaz; ancak, güvenlik tedbirlerine tabi tutulabilir. İşlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip on iki yaş ila on beş

yaş arasındaki fail ve on beş yaş ile on sekiz yaş arasındaki failin cezalarında birbirinden farklı oranlarda suçun cezası ölçüsünde indirime gidilecektir.

5237 sayılı TCK'nın 34. maddesi gereğince, geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez.

B- KOVUŞTURMA

Mülga TCK'da olduğu gibi 5237 sayılı TCK'da da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, şikayete tabi olmayan resen takip edilen bir suçtur.

Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulacağından, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cezasının üst sınırı olan beş yıla göre belirleme yapılacaktır. 5235 sayılı Kanunun 11. maddesi gereğince asliye ceza mahkemelerinin görevi sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere bakmaktır. Bu itibarla sulh ceza mahkemelerinin görevinin iki yıla kadar hapis cezalarını kapsadığı, ağır ceza mahkemelerin de on yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlar hususunda görevli olduğu göz önüne alındığında kişiyi hürriyeti yoksun kılma suçu yönünden görevli mahkeme asliye ceza mahkemeleridir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, mütemadi bir suç olduğundan, kovuşturmaya yetkili mahkeme 5271 sayılı CMK'nın 12. maddesinin 2. fıkrasında da

ifade edildiği üzere, temadinin kesildiği yere göre belirlenecektir. Bu itibarla, suçun temadisinin bitirildiği yer Asliye Ceza Mahkemesi kovuşturmaya yetkili mahkemedir.

5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinin 3. fıkrasının d bendinde yazılı suçun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri cari olacaktır. Kamu görevlisinin adliyeye ilişkin görev ve işler dolayısıyla bu suç işlenmesi halinde 5271 sayılı CMK'nın 161. maddesinin 5. fıkrası gereğince soruşturma Cumhuriyet savcılar tarafından doğrudan doğruya yapılacaktır.⁴⁴³

5237 sayılı TCK ile, Mülga TCK'ya göre dava zamanaşımı süreleri arttırılmış ve suça ilişkin zamanaşımının süreleri artmıştır. Ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, mütemadi bir suç olduğundan zamanaşımının başlangıcı 5237 sayılı TCK'nın 66. maddesinin 6. fıkrasında da ifade edildiği üzere, temadinin bittiği andır.

⁴⁴³ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 270.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Kişinin varoluşuyla eş zamanlı olarak sahip olduğu yaşam hakkından sonra gelen ve yaşam hakkının anlam kazanabilmesini sağlayan hareket hürriyetini koruma altına alması sebebiyle büyük önemi haiz kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, 5237 sayılı TCK'nın 109, 110 ve 111. maddelerinde düzenleme altına alınmıştır. Suç, Anayasal hükümle teminat altına alınmış olan kişi hürriyetini ve seyahat hürriyetini, ihlaline ilişkin cezai müeyyideler getirmek suretiyle korumaktadır.

Suçun hukuki konusu, kişinin hür irade içinde verdiği kararlara uygun olarak hareket serbestisini kullanması, bulunduğu yeri terk edebilme yahut bulunduğu yerde kalma imkan ve iktidarındır. Suçla korunan kişinin aktüel değil, potansiyel hareket hürriyetidir; kişinin o anda kullanıp kullanmadığına bakılmaksızın hareket hürriyeti suçun konusunu oluşturur.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun faili ve mağduru herhangi bir kimse olabilir. Suç failinin ve mağdurunun belirli niteliklere sahip olması, Kanunda cezayı ağırlaştırıcı bir sebep olarak düzenleme altına alınmıştır. Mülga TCK'da memurlar tarafından işlenen hürriyetten mahrum etme fiilleri bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmişken 5237 sayılı TCK'da failin kamu görevlisi sıfatı cezayı ağırlaştıran bir sebep olabilmektedir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun maddi unsuru, *“bir kimseyi bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmak”*tır. Suçun maddi unsuru, *“kişi hürriyeti”* kavramının içeriğine ilişkin belirlemeler ve sınırlamalar verilmek suretiyle somutlaştırılmıştır.

Suç herhangi bir araçla ve hareketle işlenebilen serbest hareketli bir suçtur. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılacak hareketin yapılması ile suç tamamlandığından, hareketten ayrı bir neticeye sahip olmadığından suç, sırf hareket suçu olarak nitelendirilmektedir. Suç, esasen icrai hareketle işlenmekle birlikte ihmali hareketle de işlenebilecektir. Mağdurun hürriyetine kavuşmak için maddi veya manevi engelleri kolaylıkla aşamayacak olması suçun oluşumu için yeterlidir.

Suç, zorunlu mütemadi bir suçtur. Mağdurun bir an için tutulması ile hürriyetten yoksun kılma suçunun oluştuğu kabul edilemeyeceğinden; suçun anlık olmanın ötesinde uzun veya kısa belirli bir süre devam etmesi gerekmektedir. Ancak suça ilişkin düzenlemede süre yönünden bir belirleme olmadığı gibi, sürenin uzun veya kısa oluşuna bir hüküm de bağlanmış değildir. Mütemadi suçun varlığından bahsedebilmek için, devam etmesi gereken unsurun ne olduğu hususu, doktrinde tartışmalıdır. Kanımızca neticenin temadisi mümkün olmayıp; sırf hareket suçu olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda devam etmesi gereken unsur, failin kanuni tipte yer alan hareketidir. Mütemadi suçun kabulü için bir diğer koşul, temadinin ortaya çıkmasının failin kusurundan ileri gelmesi ve temadiye son verebilmek failin maddi anlamda olmasa bile hukuken iktidarında olması gereğidir. Mütemadi suç vasfı, zamanaşımının başlangıcı, iştirak kurallarının uygulanması ve suçun işlendiği yerin ve zamanın belirlenmesinde önem arz etmektedir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin olarak tüm hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanabileceği söylenebilecektir. Ancak ilgilinin rızası başlığı altında düzenlenmiş olan hukuka uygunluk nedeni rızanın muteber sayılacağı yaş hususunda önem arz etmektedir. Rızanın, MK'nın 23. maddesine aykırı olmaması, fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlenmesine değin verilmesi, fiilin

temadisi süresince varlığını sürdürmesi şartları dışında, fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine bağlı olarak rızanın geçerli sayılabilmesi gerekmektedir. Rızanın geçerli sayılacağı yaş hususunda, Kanunun genel hükümlerinde herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olduğundan, hürriyetten yoksun kılma suçuna ilişkin rızanın geçerli kabul edileceği yaş hususu tartışmalıdır. Birbirinden farklı görüşlere rastlanmakla birlikte, doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında genel kabul gören görüş; on beş yaşını doldurmayanların rızasının herhangi bir geçerliliğinin olmadığı, on beş yaşını doldurmuş olanların ise, rızası muteber sayılarak suçun oluşmayacağı yönündedir. Yargıtay'ın, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin olarak verilen rızanın muteber sayılacağı yaş hususunda bir başka suça ilişkin özel düzenlemeyi esas alması ve on beş yaşını doldurmamış olanlarının rızasını kati bir surette geçersiz kabul etmesi, bizce hatalıdır. Rızanın muteber sayılacağı yaş hususunda kati bir belirleme yapılması mümkün görülmemekle birlikte, Kanunun fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği hususunda getirmiş olduğu kıstasın kullanılması suretiyle bir sonuca varılabilmesi mümkündür. Bu doğrultuda, on iki yaşını doldurmuş olup on beş yaşından küçük olanların rızasına, rıza verdiği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmiş olması halinde değer verilmesi, on beş yaşını doldurmuş olanların ise, bu yeteneğe sahip olduğundan rızasının muteber sayılması gerektiği kanaatineyiz.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin düzenlemede hukuka aykırılık ayrıca belirtilmiştir. Doktrinde yaygın olarak ileri sürüldüğünün aksine hukuka aykırılığa Kanun metninde ayrıca yer verilmiş olması, failde hukuka aykırılık bilincinin aranması gerektiği sonucunu doğurmamaktadır. Hukuka aykırılığa Kanunda yer verilmesi, suça ilişkin fiilin esasen hukuka uygun olarak yapılması

mmkn bir fiili cezalandırmaya tabi tuttuğundan, sadece hukuka aykırı hallerin kapsama alındığı ve hukuka uygun bir durum bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekliliğinden öte bir anlam ifade etmemektedir. Yargıtay içtihatlarında ve doktrinde, failin fiili işlerken hukuka aykırılık bilincine sahip olup olmadığına ilişkin olarak inceleme yapılması gerekliliğı, Kanundaki hukuka aykırılık ifadesinden değil, fiil üzerinde hatanın değeriendirilmesi gerekliliğinden doğmaktadır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun manevi unsuru, bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmayı bilmek ve istemek biçiminde ifade edilebilecek genel kasttır. Fiil gerçekleştirilirken özel bir saik öngörülmesi, suçun cezasını ağırlaştırıcı bir sebep teşkil edebileceğı gibi, fiilin bir başka suça dönüşmesine de yol açabilecektir. Sırf hareket suçu olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, neticesiz bir suç olduğunda taksirle ve olası kastla işlenmesi mmkn değildir. Suç mütemadi bir suç olduğundan, temadi süresince hiddet ve şiddetli elem etkisinde olma halinin sürmesi şartıyla fail, haksız tahrik indiriminden yararlanabilecektir.

Suçun tek bir hareketle birden fazla kişiye karşı hürriyetten yoksun kılma suçunun gerçekleştirilmesi halinde tek bir suç var kabul edilecek ancak ceza arttırılacaktır. Söz konusu istisna dışında ise, mağdur sayısı kadar suç oluşacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, zorunlu mütemadi bir suç olduğundan, suçun tamamlanma ve bitme anları birbirinden farklıdır. Bu itibarla, suçun tamamlanması anına kadar, suça her türlü biçimde iştirak edilebileceğı gibi, suçun tamamlanmasından temadinin sonlandırılmasına kadar da suça azmettirme dışında müşterek faillik de dahil olmak üzere her türlü iştirak mmkndür.

5237 sayılı TCK’da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçı, maddi unsurunu oluşturan hareketlerin gerçekleştirilmesiyle tamamlanmaktadır. Bu itibarla, ancak icra hareketlerinin parçalara bölünebildiği durumlarda, icra hareketlerine başlandıktan sonra hareket failin istemi dışında tamamlanamazsa teşebbüs söz konusu olabilir. Ayrıca zorunlu mütemadi bir suç olması sebebiyle, hareketin devam etmesi gereken önemli ve ciddi sayılabilecek bir süre sürdürülememesi halinde de teşebbüsten söz edilebilecektir.

5237 sayılı TCK’da düzenlenmiş olan suçun ağırlaştırıcı sebeplerinin bir kısmı, bir takım farklılıklar içermekle birlikte Mülga TCK’da yer almakta, bir kısmı ise, ilk kez bu Kanunla kabul edilmiş bulunmaktadır. 5237 sayılı TCK’da yer alan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ağırlaştırıcı sebepleri; failin suç içeren fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanması, suçun silahla, birden fazla kişi tarafından birlikte, yerine getirilen kamu görevi nedeniyle, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, üstsoy, altsoy veya eşe karşı, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenilmesi, cinsel amaçla işlenmesi, suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması ve suçun işlenilmesi amacıyla veya işlenilmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleştirilmesi olarak sayılmıştır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçı yönünden hafifletici bir sebebe de yer verilmiş bulunmaktadır. Kanunda etkin pişmanlık başlığı altında yer alan düzenlemede kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçı failinin suç hakkında soruşturma başlatılmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, mağduru

kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakması halinde cezasında indirim yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, şikayete tabi olmayan resen takip edilen bir suç olup; suçun cezasının üst sınırı olan beş yıl olduğundan görevli mahkeme asliye ceza mahkemeleridir.

KAYNAKÇA

(KİTAPLAR)

AKDAĞ, Selami, **Türk Ceza Kanunu Şerhi, Emsal İçtihatlar ve İlgili Kanunlar**, Olgaç Mat. , Ankara 1976.

AKMAN, Mehmet, **Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması**, Eren Yay. , İstanbul Mart 2004.

ALACAKAPTAN, Uğur, **Suçun Unsurları**, AÜHF Yay. , No:263, Ankara 1970.

ARMAĞAN Servet, **İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler**, Baştan Sonuna Kadar Okunarak Gözden Geçirilmiş ve İlaveler Yapılmış 4. B. , Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları:274, Ankara 2001.

ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara Kasım 2004.

ARTUÇ, Mustafa, **Kişilere Karşı Suçlar**, Adalet Yay. , Ankara 2008.

ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, **5237 sayılı Kanuna göre hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler**, yeniden gözden geçirilmiş 7. B. , Ankara 2006.

ATAY, Oğuz, **Tutunamayanlar**, Oğuz Atay Bütün Eserleri Dizisi 1, İletişim Yay. , 28. B. , İstanbul 2002.

AYDIN, Nurullah, **Türk Suç Ve Ceza Hukuku, Genel Hükümler Özel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

BAYTEMİR, Erdal, **Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar**, Adalet Yay. , 2. B. , Ankara 2009.

BECCARIA, Cesare, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev. SELÇUK, Sami, İmge Kitabevi, 1. B. , Haziran 2004.

CENTEL/ZAFER, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yay. , gözden geçirilmiş 2. B. , İstanbul Kasım 2002.

CİHAN, Erol, **Cebir Kullanma Cürmü (TCK m. 188)**, İÜHF Yay. , No:573, İstanbul 1978.

ÇAĞLAYAN, M. Muhtar, **Türk Ceza Kanunu: En Son Değişiklikleriyle Birlikte Gerekçeli Açıklamalı**, Yetkin Yay. , Ankara 1984.

ÇINAR, Ali Rıza, **Tehdit Suçu**, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

DONAY, Süheyl, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İÜHF Yay. , No:2378, İstanbul 1978.

DÖNMEZER, Sulhi, **Ceza Hukuku Hususi Kısım, Şahıslara Karşı ve Mal Aleyhinde Cürümler**, İÜHF Yay. , 2. B. , İstanbul 1978.

Genel Ceza Hukuku Dersleri, Bahçeşehir Üniversitesi Yay. , İstanbul 2003.

DÖNMEZER/ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I**, İÜHF Yay. , yeniden gözden geçirilmiş Beşinci B. , İstanbul 1973.

Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II, İÜHF Yay. , yeniden gözden geçirilmiş 5. B. , İstanbul 1978.

EKDEMİR, İbrahim, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Diğer İlgili Kanunlar**, Sözkese Mat. , Ankara 2005.

ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasa Ve Özgürlük**, Yetkin Yay. , Ankara 2002.

EREM, Faruk, **Ceza Hukuku Hususi Hükümler**, C. 2, Bilim Yay. , No:1, Ankara 1968.

Hürriyet Ve Suç, AÜHF Yay. , Ankara 1952.

- Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler C. II**, Seçkin Yay. , Ankara 1993.
- EREM/TOROSLU, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Savaş Yay. , 6. B. , Ankara 1994.
- ERMAN/ÖZEK, **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar (TCK 448–490)**, İstanbul 1994.
- EROL, Haydar, **Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu**, Yayın Mat. , 2005.
- ERSOY, Yüksel, **Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar (TCK. M. 201 ve 275 sayılı Kanunun İlgili Hükümleri)**, AÜSBF Yay. , No:345, Ankara 1973.
- ERZEN, Edip Ünal, **Hürriyet Nedir ve Hürriyet Aleyhinde İşlenen Cürümler**, Bursa 1938.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, **Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti (Muvakkat Yakalama-Tevkif) (Türk Hukukunda)**, AÜSBF Yay. , No:81–63, Ankara 1958.
- GÖRGÜN, Mehmet, **Uygulamada Asliye Ceza Davaları**, Adalet Yay. , Ankara 1999.
- GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Ekin Kitabevi, Bursa 2004.
- İdare Hukuku**, C. II, Ekin Kitabevi, Bursa 2003.
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, C. IV, Sevinç Mat. , Ankara 1972.
- GÜLŞEN, Recep, **Hürriyeti Tahdit Suçları (TCK m. 179–187)**, Adalet Yay. , Ankara 2002.

GÜNDEL, Ahmet, **5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı-Cinsel İstismar- Cinsel Taciz-Rızaen Irza Geçme-Hürriyeti Kısıtlama-Alıkoyma-Fuhuş Ve Müstehcen Yayın Suçları**, Seçkin Yay. , Ankara Mayıs 2009.

GÜNEŞ, Seyithan, **Teori Ve Uygulamada Kişi Özgürlüğü Ve Güvencesi**, Kazancı Hukuk Yay. , No:159, İstanbul 1998.

GÜNGÖR, Devrim, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Yetkin Yay. , Ankara 2007.

Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, Yetkin Yay. , Ankara 2010.

GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, İkinci B. , Ankara, 1987.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Ceza Normu, Normatif bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, gözden geçirilmiş, ek konulmuş 2. B. , Ankara 1996.

HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yay. , Gözden Geçirilmiş, İşlenmiş ve Yenilenmiş 2. B. , Ankara 2010.

Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yay. , Ankara 2010.

HAKERİ, Hakan, **Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Genel Hükümler**, Seçkin Yay. , 3. B. , Ankara 2005.

Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, Seçkin Yay. , Ankara 1999.

HOBBS, Thomas, **Leviathan**, Çev: LİM, Semih, Kazım Taşkent Klasik Yapıtlar Dizisi, Yapı Kredi Yay. , 8. B. , İstanbul Ocak 2010.

IMBER, Colin, **Şeriattan Kanuna Ebussuud Ve Osmanlı'da İslami Hukuk**, Çev: BEDİR, Murteza Tarih Vakfı Yurt Yay. , No:145, İstanbul Eylül 2004.

JESCHECK/SIEBER, **Ceza Hukukuna Giriş, Alman Ceza Hukuku, Kusur İlkesi, Ceza Hukuku Sınırları**, Çev: YENİSEY, Feridun, Beta Yay. , 2. B. , İstanbul Eylül 2007.

KABOĞLU, İbrahim Ö. **Özgürlükler Hukuku**, İmge Kitabevi, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 6. B. , İstanbul Kasım 2002.

KARAKEHYA, Hakan, **İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast**, Savaş Yay. , Ankara 2010.

KAPANI, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yay. , 7. Baskı (Tıpkı Basım), Ankara 1993.

KATOĞLU, Tuğrul, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Seçkin Yay. , Ankara 2003.

Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Seçkin Yay. , Ankara 2008.

KUZU, Burhan, **Ülkemizde Kişi Özgürlüğü Ve Güvenliği**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1997.

MALKOÇ, İsmail **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.

Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Malkoç Kitabevi, Ankara 2009.

MERAN, Necati, **Kişilere Karşı Suçlar**, Seçkin Yay. , Ankara Eylül 2005.

MUMCU, Ahmet, **İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri**, Savaş Yay. , Yenilenmiş
2. B. , Ankara 1994.

NUHOĞLU, Ayşe, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, Beta Yay. , İstanbul 2009.

OZANSÜ, Mehmet Cemil, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif
Sorumluluk**, Seçkin Yay. , Ankara 2007.

ÖKTEM, M. Niyazi, **Özgürlük Sorunu ve Hukuk**, İstanbul 1977.

ÖNDER, Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Filiz Kitabevi, yenilenmiş
ve genişletilmiş 4. B. , İstanbul 1994.

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

ÖZBEK/BACAKSIZ/DOĞAN, **Açıklamalı-Şematik Çalışma Kitabı -I-, Ceza
Hukuku-Genel Hükümler**, Seçkin Yay. , Ankara Nisan 2006.

ÖZEN, Muharrem, **Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**, US-A Yay. , Ankara
1998.

Hakimin Cezai Sorumluluğu, Seçkin Yay. , Ankara Mayıs 2004.

Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Seçkin Yay. , Ankara 1995.

ÖZÖN, Mustafa Nihat, **Osmanlıca-Türkçe Sözlük**, İnkılap ve Aka Kitabevi,
Genişletilmiş 3. B. , İstanbul 1959.

ÖZTÜRK, Baki, **Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, DEÜHF Döner
Sermaye İşletmesi Yay. , No:40, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. B. ,
Ankara 1994.

ÖZTÜRK, Mehmet Onat, **Türk Ceza Kanununda İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu**, Legal Yay. , İstanbul 2006.

PARLAR/HATİPOĞLU, **5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları**, Adalet Yay. , Ankara 2008.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu (72–145. Maddeler), C. 2, Seçkin Yay. , Ankara 2008.

SANCAR, YALÇIN, Türkan, **Müteselsil Suç**, Seçkin Yay. , Ankara 1995.

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yay. , Ankara 1998.

Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yay. , gözden geçirilmiş III. B. , Ankara Haziran 1999.

ŞAHİN, Cumhur, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Yetkin Yay. , Ankara 1994.

ŞEN, Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yay. , 5. B. , Ankara Şubat 2007.

TOROSLU, Nevzat, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, AÜHF Yay. , No:273, Ankara 1970.

Ceza Hukuku, Savaş Yay. , 7. B. , Ankara 2005.

Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yay. , Ankara Ekim 2005.

Ceza Hukukunda Zaruret Hali, AÜHF Yay. , No:234, Ankara 1970.

ÜNAL, Şeref, **Temel Hak Ve Özgürlükler Ve İnsan Hakları Hukuku**, Yetkin Yay. , Ankara 1997.

ÜZÜLMEZ, İlhan, **Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

YAŞAR, Osman, **Uygulamada Ve Öğretide Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar**, Seçkin Yay. , Ankara 2001.

YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Genişletilmiş Beşinci B. , Yetkin Yay. , Ankara, 1996.

_____ **Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedi**, C. 9, Sabah Gazetesi Yay. , İstanbul, 1992.

_____ **TCK Tasarısı Ve Adalet Komisyonu Raporu**, TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, S. Sayısı:664, 2004.

_____ **Tutanaklarla Ceza Kanunu**, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2005.

_____ **Türkçe Sözlük**, 10. B. , Ankara, 2009.

(TEZLER)

DURSUN, İsmail, **Hürriyeti Tahdit Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enst. İstanbul 1999.

KATOĞLU, Tuğrul, **Mütemadi Suç**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enst. Ankara 1996.

(MAKALELER)

AKBULUT BOZDOĞAN, Berrin “*Kaçırma ve Alıkoyma Suçları*”, **SÜHFD**, Milenyum Armağanı, C. 8, S. 1–2, s. Y. 2000, 313–351.

ALACAKAPTAN, Uğur, “*Haksız Tutma Ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti*”, **AÜHFD**, C. XVIII, S. 1–4, Ayrı Baskı, Y. 1961, s. 185–221.

APAYDIN, Necati, “*Türk Ceza Kanunu Tasarısı’ndaki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler*”, **TBB, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar**, 2004, s. 147–162.

ARTUK, M. Emin, “*Hürriyeti Tahdit Cürmü*”, **Halid Kemal Elbir’e Armağan**, İstanbul 1996 s. 48–85.

“*Küçükleri Kaçırma veya Alıkoyma Cürmü (TCK m. 182)*”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul 1998, s. 19–31.

AYBAY, Rona, “*İnsan Hakları’nda Birinci Öncelik: ‘Koruma’ Ve ‘Önleyicilik’*”, **Mehmet Ali Aybar Sempozyumları 1997–2002 Özgürleşmenin Sorunları**, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yay. , İstanbul Ekim 2003, s. 159–170.

BAYRAKTAR, Köksal, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar”, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, Bahar 2005, s. 220–226.

CİHAN, Erol, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit)”, **İÜHFM**, C. XLI, S. 1–2, 1975, s. 47–69.

ÇAĞLAYAN, M. Muhtar, “Şahsi Hürriyetten Mahrum Etme Cürmü”, **İD**, S. 249, Y. 28, Kasım-Aralık 1957, s. 26–42.

ÇINAR/ŞAHBAZ, “Memurlar Tarafından İşlenen Özgürlükten Yoksun Bırakma Suçu”, **ABD**, S. 1, Y. 53, Ankara Ocak 1996, s. 47–66.

DEMİRBAŞ, Timur, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Karşılaştırmalı Olarak Haksız Yakalama ve Tutuklama”, **İBD**, S. 3, Y. 61, Temmuz 1996, s. 15–39.

EREM, Faruk, “Siyasi Haklara Karşı İşlenen Suçlar”, **AÜHFD**, C. VIII S. 1–2, Y. 1951, s. 73–89.

“Suça İştirak”, **AÜHFD**, C. 3, S. 1, Y. 1946, s. 62–107.

FEYZİOĞLU, Metin “Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlemelerinde Habeas Corpus Kurumu”, **AÜHFD**, C. XXXIV, S. 1–4, Y. 1995, s.665–688.

GÖKÇEN, Ahmet, “Hürriyete Karşı Suçlar (5237 Sayılı TCK. m. 106–122)”, **www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc** E.T:16.05.2009.

GÜNER, Aslı, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, http://www.turkhukusitesi.com/makale_817.htm. E.T:12.10.2010.

GÜRİZ, Adnan, “İrade Hürriyeti”, **AÜHFD**, C. 22–23, S. 1–4, Y. 1965–1966, s. 635–673.

GÜVEN, Mustafa, “*Kişisel Özgürlüğü Sınırlandırma Cürmü ve Şartlı Tehdit Cürmü İle Karşılaştırılması*”, **AD**, S. 3, Ankara 1981, s. 311–324.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunda Fail”,
<http://www.abchukuk.com/makale/makale308.html>, E.T: 13.11.2010.

HAFIZOĞULLARI/GÜNGÖR, “*Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi*”,
TBBD, S. 69, Mart-Nisan 2007, s. 21–50.

HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, “*Hürriyet Karşı Suçlar*”, **Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’A Armağan**, C. II, Turhan Kitabevi Yay. , Ankara Şubat 2010, s. 2711–2759.

JEZE, Gaston, “*Ferdi Hürriyetler*”, Çev: ÖZYÖRÜK, Mukbil, **AÜHFD**, C. III, S. 1, Y. 1946, s. 214–217.

KEYMAN, Selahattin, “*Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket*”, **AÜHFD**, C. 40, S. 1–4, Y. 1988, s. 121–171.

KUZU, Burhan, “*Kişi Özgürlüğü Ve Güvenliği Bağlamında Keyfi Tutuklamaya Karşı Korunma*”, **Vecdi ARAL’a Armağan**, KOÜHF Yay. , 2001, s. 183–210.

ÖNDER, Ayhan, “*Mütemadi Suç*”, **İÜHFM**, C. XXIX, S. 1–2, İstanbul 1963, s. 75–120.

ÖZEK, Çetin, “*Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri*”, **İÜHFM**, C. XXIX, S. 4, İstanbul 1964 s. 933–995.

“*Siyasi Hürriyet Aleyhinde Cürümler*”, **İÜHFM**, C. XLI, S. 1–2, İstanbul 1975, s. 25–45.

SAVTOK, Bülent, “*Kişi Güvenliği*”, **YD**, C. 35, S. 1–2, Ocak-Nisan 2009, s. 104–142.

SOYER, Sesim, “İş Ve Çalışma Hürriyetinin İhlali İle Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçlarına İlişkin Bazı Düşünceler”, **HPD**, S. 07, Temmuz 2006, s. 99–108.

SÖZÜER, Adem, “Tehdit Suçu”, **İÜHF**, C. LIV, S. 1–4, İstanbul 1991–1994, s. 125–146.

SURLU, Mehmet Handan, “Tarihsel Gelişiminin Işığında Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklamanın Tazmini (Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat)” **Uğur ALACAKAPTAN’a Armağan**, Der: İNCEOĞLU, Mehmet Murat, C. I, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay. , İstanbul Haziran 2008, s. 675–685.

ŞAHBAZ, İbrahim, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Kişi Özgürlük Ve Güvenliği”, **TBBD**, S. 58, Mayıs-Haziran 2005, s. 163–188.

ÜZÜLMEZ, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 2007, C. XI, S. 1–2, **Yrd. Doç. Dr. İbrahim ONGÜN’e Armağan**, Ankara 2009, s. 1183–1210.

YAZICIOĞLU, R. Yılmaz, “Tehdit Suçu Üzerine”, **YD**, S. 3, 1993, s. 236–247.

YÜCE, Turhan Tufan, “Temel Hakların Özü Kavramı ve Sınırlanması Problemi”, **Dr. Recai Seçkin’e Armağan**, AÜHF Yay. No:351, Ankara 1974, s. 637–656.

_____, “Türk Ceza Kanunu Tasarı’sı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, **TBB, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar**, 2004, s. 285–317

Diğer Kaynaklar

Kazancı İctihat Bilgi Bankası

<http://www.osmanlicaturkce.com/?k=h%FCrriyet&t=@>, E.T: 29.10.2010.

ÖZET

Bu tezin konusu, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçudur. Tez, giriş ve sonuç bölümü dışında üç bölümden oluşmaktadır. Giriş bölümünde konunun takdimi ve çalışma planına yer verilmiştir. Birinci bölümde, hürriyet kavramı, kavramın Avrupa’da ve Türkiye’de kavramsal gelişimi, hürriyet aleyhinde işlenen suçlar ve bu suç türünün kavramsal gelişimi, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu dönemi öncesi ve mezkûr Kanun dönemine ilişkin olarak Türk hukukundaki durumu ile birlikte irdelenmiştir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun hukuki konusu, faili, mağduru ve unsurları başlıklı ikinci bölümde ise, söz konusu hususlar geniş bir şekilde incelenmiştir. Bölümde, suçun niteliğinin ve düzenlenişinin gereği olarak mütemadi suç vasfına ve hukuka aykırılığa ilişkin açıklamalara da yer verilmiştir. Üçüncü bölümde suçun özel görünüş biçimleri; suça etki eden sebepler: suçun ağırlaştırıcı sebepleri ve hafifletici sebebi olmak üzere iki başlık altında ayrıntılı bir biçimde tek tek ele alınmış; suçun yaptırımına ve kovuşturma usulüne ilişkin bilgilere yer verilmiştir. Sonuç ve değerlendirme bölümünde ise, hürriyete karşı gerçekleştirilebilecek müdahaleleri önlemeye yönelik olarak ihdas edilmiş olan suç tipinin önemine ve suçun düzenlenişine ilişkin tartışma konularına yönelik görüşlerle birlikte bir kısım değerlendirmelere yer verilmiştir.

ABSTRACT

The subject of this thesis is the crime of deprivation of the liberty. The thesis consists of three parts except the introduction and conclusion parts. In the introduction part, the subject introduction and working plan are tried to be presented. In the first part, the concept of liberty, the evolution of the concept in Europe and Turkey, the crime committed against liberty and the evolution of this type of crime are studied with the period before Turkish Criminal Code numbered as 765 and the situation in the Turkish law related to this code. In the second part headed by the legal subject, offender, victim and elements of the crime of deprivation of the liberty, the matter in question is investigated comprehensively. In this part, additionally, in accordance with the qualification and regulation of the crime, the explanations of the feature of crime and the notion of contradiction to law are tried to be mentioned. In the third part, the special configurations of crime such as the circumstances which affect the crime, aggravating circumstances of crime and the attenuating circumstances are discussed severally in the name of two titles. Additionally the informations about sanction of crime and the procedure of prosecution are mentioned. In the last and evaluation part, the importance of the crime which is formed in order to prevent any intervention into the liberty and opinions about the discussions on the regulations of the crime are mentioned.

ÖZET

Özgüven, Ayşe Duygu, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Yrd. Doç. Dr. Devrim Güngör, 177 s.

Bu tezin konusu, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçudur. Tez, giriş ve sonuç bölümü dışında üç bölümden oluşmaktadır. Giriş bölümünde konunun takdimi ve çalışma planına yer verilmiştir. Birinci bölümde, hürriyet kavramı, kavramın Avrupa’da ve Türkiye’de kavramsal gelişimi, hürriyet aleyhinde işlenen suçlar ve bu suç türünün kavramsal gelişimi, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu dönemi öncesi ve mezkûr Kanun dönemine ilişkin olarak Türk hukukundaki durumu ile birlikte irdelenmiştir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun hukuki konusu, faili, mağduru ve unsurları başlıklı ikinci bölümde ise, söz konusu hususlar geniş bir şekilde incelenmiştir. Bölümde, suçun niteliğinin ve düzenlenişinin gereği olarak mütemadi suç vasfına ve hukuka aykırılığa ilişkin açıklamalara da yer verilmiştir. Üçüncü bölümde suçun özel görünüş biçimleri; suça etki eden sebepler: suçun ağırlaştırıcı sebepleri ve hafifletici sebebi olmak üzere iki başlık altında ayrıntılı bir biçimde tek tek ele alınmış; suçun yaptırımına ve kovuşturma usulüne ilişkin bilgilere yer verilmiştir. Sonuç ve değerlendirme bölümünde ise, hürriyete karşı gerçekleştirilebilecek müdahaleleri önlemeye yönelik olarak ihdas edilmiş olan suç tipinin önemine ve suçun düzenlenişine ilişkin tartışma konularına yönelik görüşlerle birlikte bir kısım değerlendirmelere yer verilmiştir.

ABSTRACT

Özgüven, Ayşe Duygu, The Crime of Deprivation of The Liberty, Master's Thesis,
Advisor: Asst. Assoc. Prof. Devrim Güngör, 177 p.

The subject of this thesis is the crime of deprivation of the liberty. The thesis consists of three parts except the introduction and conclusion parts. In the introduction part, the subject introduction and working plan are tried to be presented. In the first part, the concept of liberty, the evolution of the concept in Europe and Turkey, the crime committed against liberty and the evolution of this type of crime are studied with the period before Turkish Criminal Code numbered as 765 and the situation in the Turkish law related to this code. In the second part headed by the legal subject, offender, victim and elements of the crime of deprivation of the liberty, the matter in question is investigated comprehensively. In this part, additionally, in accordance with the qualification and regulation of the crime, the explanations of the feature of crime and the notion of contradiction to law are tried to be mentioned. In the third part, the special configurations of crime such as the circumstances which affect the crime, aggravating circumstances of crime and the attenuating circumstances are discussed severally in the name of two titles. Additionally the informations about sanction of crime and the procedure of prosecution are mentioned. In the last and evaluation part, the importance of the crime which is formed in order to prevent any intervention into the liberty and opinions about the discussions on the regulations of the crime are mentioned.

