

Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunun Cinsel Amaçla İşlenmesi^(*)

Perpetration of the Sexually-Motivated Crime of Deprivation of Liberty

Dr. Öğr. Üyesi **Reşit KARAASLAN**^(**)

Öz

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilinin cinsel amaçla işlenmesi, TCK m.109/1'de düzenlenen suçun temel şekline nazaran cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli bir unsurdur (TCK m.109/5). Ancak söz konusu düzenleme özellikle iki noktada duraksamalara neden olmaktadır. Öncelikle kişi hürriyetinin cinsel bir amaçla sınırlandırılmasının nitelikli hal kabul edilmesi, kanun koyucunun cinsel suçlar konusunda ilgilinin rızası için koyduğu yaş sınırlamalarının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda da geçerli olup olmayacağı sorunsalına neden olmaktadır. Yine cinsel suçun işlendiği sırada ve eylemle sınırlı süre içinde, failin cinsel suçtan bağımsız olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hususu tartışmalara yol açmaktadır. Çalışmada bu iki soruya cevap aranacaktır.

Anahtar Kelimeler

Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Cinsel Suç, Nitelikli Hal, Rıza.

Abstract

Perpetration of the sexually-motivated crime of deprivation of liberty is a major crime requiring increase of sentence due to the type of crime as regulated by the article 109/1 of Turkish Penal Code. However, the above-mentioned regulation gives rise to hesitations particularly at two points. First of all, acceptance of the limitation of deprivation of a person of his/her liberty with a sexual purpose as a case of major crime gives rise to the problem of whether the age limits imposed by the legislator regarding the consent of the relevant person regarding sexual crimes will also apply for the crime of deprivation of liberty. Another issue also under discussion is whether the perpetrator will be sentenced for committing the crime of deprivation of liberty during the time of committing the crime and within the period limited with the act, independently from the sex crime. Answers will be sought for these two questions in this study.

Keywords

Crime of Deprivation of Liberty, Sex Crime, Major Crime, Consent.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 17.07.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 18.07.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 30.07.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 18.07.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 21.08.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: resitkaraaslan@anadolu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-2931-4284>.



1. GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu (TCK) m.109/5'e göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi halinde verilecek olan ceza artırılır. Dolayısıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi, nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. İlk bakışta oldukça rahat bir şekilde yorumlanabilecek ve somut olaylara aktarılırken de herhangi bir probleme neden olmayacak gibi duran bu düzenleme aslında birçok sorunsalı beraberinde getirmektedir. Zira söz konusu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin TCK m.102 ve devamında düzenlenen suçları işlemek amacıyla mağdurun hürriyetini kısıtlaması gerektiği kanunun ruhundan rahatlıkla anlaşılabilir. İse de, acaba mağdurun hürriyetinin yalnızca cinsel suç sırasında kısıtlandığı durumlarda, fail ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da cezalandırılacak mıdır? TCK m.109/5 uygulamasında büyük problemlere yol açan bir başka husus ise, suçun çocuğa karşı işlenmesi durumudur. Bu halde, acaba kanun koyucunun cinsel suçlar konusunda ilgilinin rızası için koyduğu yaş sınırlamaları kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından da geçerli olacak mıdır? Bu soruya verilecek olan yanıt TCK m.109/5 ile TCK m.234/3 arasındaki ilişkiyi belirlemede de etkili olacaktır.

Bu çalışmada tüm bu sorulara özellikle Yargıtay kararları çerçevesinde yanıt aranacaktır. Bu anlatımlardan da anlaşılacağı üzere, çalışma yalnızca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali olan suçun cinsel amaçla işlenmesini ele almaktadır. Dolayısıyla çalışmanın hacmini gereksiz yere genişletmemek için kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin genel bilgilerden yalnızca çalışmanın konusunu ilgilendirdiği ölçüde kısaca bahsedilecektir. Buna karşın yukarıdaki sorulara cevap aranırken ihtiyaç duyulmayan diğer tüm hususlarda, örneğin diğer nitelikli hallerde, ilgilinin rızası dışındaki diğer hukuka uygunluk hallerinde, suçun özel görünüş şekillerinde genel nitelikli kitaplara atf yapmak yeterli olacaktır.¹

¹ Mustafa Artuç *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 953 vd.; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim, Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 259 vd.; Keskin Kızıroğlu, "Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma", in: *Özel Ceza Hukuku Cilt III - Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, (Ed. Köksal Bayraktar), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 71 vd.; Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 399 vd.; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 424 vd.; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 509 vd.

2. SUÇA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

Kişiyi hürriyetten yoksun kılma suçu TCK'nın 109. maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre; “(1) Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Kişi, fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (3) Bu suçun; a) Silahla, b) Birden fazla kişi tarafından birlikte, c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, d) Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, e) Üstsoy, altsoy veya eşe karşı, f) Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır. (4) Bu suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması halinde, ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. (5) Suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır. (6) Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”

Görülüşü üzere madde birinci fıkrasında suçun temel halini düzenlemiş; ikinci, üçüncü ve beşinci fıkralarında nitelikli hallerde yer vermiş; dördüncü fıkrada suçun netice sebebiyle ağırlaşmış halini öngörmüş; altıncı fıkrasında ise suçun netice sebebiyle ağırlaşmış haline mahsus olarak gerçek içtimai düzenlemiştir. Dolayısıyla icra edilen cebrin kasten yaralamanın tabii sonucu dışında kalan başkaca neticelere yol açması halinde, faili nitelikli hürriyetten yoksun kılmanın yanı sıra neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralamadan da sorumlu tutmak gerekecektir.² Ayrıca bu suça ilişkin etin pişmanlık durumu da TCK'nın 110. maddesinde düzenlenmiştir.³

Suçla korunan hukuki yarar bireyin hareket serbestisidir. Dolayısıyla suç, bir kişiyi bedensel hareket özgürlüğünden yoksun kılarak, kişilerin kendi arzu ve iradesiyle hareket etme, hareket etmeme, yer değiştirme, yer değiştirmeme hürriyetini korumayı amaçlamaktadır. Öyleyse bu suç, temel haklardan olan ve Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının TCK'daki bir uzantısıdır.⁴

² Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 421 vd.

³ TCK m.110: “Yukarıdaki maddede tanımlanan suçu işleyen kişi, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.”

⁴ Artuç, a.g.e., s. 957; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 261 vd.; Kiziroğlu, a.g.m., s. 73 vd.; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 401; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 424 vd.; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 509 vd.

TCK'nın 109. maddesinde herhangi özel bir düzenleme öngörülmediğinden, suçun hem faili hem de mağduru herkes olabilir. Mağdur bakımından, öğretilerde farklı görüşlerin savunulmasına neden olan tek husus, mağdurun mutlaka hareket kabiliyetine sahip bir kişi olmasının gerekip gerekmediğidir. Diğer bir ifadeyle örneğin hareket yeteneğine sahip olmayan yatalak bir hasta, henüz yürüyemeyen bir bebek bu suçun mağduru olabilecek midir? Bir görüşe göre, bu suç ile aktüel hareket hürriyeti korunur, dolayısıyla mağdurun belli bir şekilde hareket etme yönünde irade oluşturabilen bir kimse olması gerekir. Baskın görüş ise, bu suç ile potansiyel hareket özgürlüğünün korunduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla bu suçta maddi konu olan kişinin bedensel hareket edebilme yeteneğinin süreli veya geçici yokluğu, eylemi işlenemez suç durumuna sokmaz.⁵ Bu görüşün TCK'nın öngördüğü sistem ile de uyumlu olduğu ortadadır; zira fiilin çocuklara ve kendini savunamayacak durumda olanlara karşı işlenmesi cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir.

Bu suç, kişinin bir yere gitmek veya bir yerde kalmasının engellenmesiyle işlenebileceğinden, seçimlik hareketli bir suçtur. Yine bir yere gitme veya kalma hürriyetini engelleyecek hareketler sayılmadığından veya sınırlanmadığından serbest hareketli bir suçtur. Bu nedenle suç ihmal suretiyle de işlenebilir. Suç aynı zamanda neticesi harekete bitişik bir suçtur; zira suçun oluşması için bir kimsenin bir yere gitmek veya kalmak hürriyetinden yoksun bırakılması şart ve yeterlidir, herhangi bir maddi sonucun doğup doğmaması önem teşkil etmez. Belirtilmesi gereken diğer bir husus ise, suçun mütemadi bir suç olduğudur. Dolayısıyla suç, kişinin bir yere gitme ve bir yerde kalma hürriyetinin önemsiz sayılamayacak bir zaman dilimi için sınırlanmasıyla tamamlanır ve mağdur yeniden hürriyetini elde edince sona erer. Temadinin sona erdiği an, uygulanacak yasa metninin tespitinde, zamanaşımı süreninin başlangıç ve bitiş anının hesaplanmasında ve yetkili mahkemenin belirlenmesinde etkili olduğu gibi; iştirakin mümkün olup olmadığı hususunda da önemlidir. Gerçekten de suç kesintisiz bir suç olduğuna göre, suçun sona ermesine kadar suça müşterek fail olarak katılmak mümkündür.⁶

Bu açıklamalar ışığında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturan fiillere şu örnekler verilebilir:⁷ Bir kişinin ayaklarını kollarını bağlamak,

⁵ Tartışmalar için bakınız Artuç, a.g.e., s. 958 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 267 vd.; Kızıroğlu, a.g.m., s. 74 vd.; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 401 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 425; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 510 vd.

⁶ Detaylar için bakınız Artuç, a.g.e., s. 959 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 262 vd.; Kızıroğlu, a.g.m., s. 76 vd.; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 404 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 426 vd.; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 509, 512 vd.

⁷ Örnekler için bakınız Artuç, a.g.e., s. 959 vd., 963 vd.

mağdurun alınıp bir yere götürülmesi, kişinin belirli bir yerden çıkmasına mani olacak şekilde onu orada kapalı tutmak, sakat birisinin tekerli sandalyesini almak, yüksek bir yere çıkan kişinin kullandığı merdiveni almak, bir kişinin bir yere gitmesini engellemek amacıyla nüfus cüzdanına, pasaportuna el koymak, çıplak birisinin elbiselerini almak, odada kilitli kaldığı anlaşılan mağdurun kapısını açmamak,⁸ evin kilidini değiştirerek eşin sokakta kalmasına neden olmak.

3. SUÇUN CİNSEL AMAÇLA İŞLENMESİ

A. Genel Bilgiler

TCK m.109/5'e göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi halinde verilecek olan ceza artırılır. Buna göre örneğin bir kimse cinsel amaçla diğer bir kimseyi bir yere gitmek veya bir yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakırsa ceza artırılarak verilecektir. Yargıtay örneğin mağdurenin zorla boş bir eve götürülerek burada soyulduktan sonra çıplak resminin çekilmesi⁹ veya makata şişe sokmak¹⁰ eylemlerinde cinsel amacı kabul etmiş ve nitelikli hali uygulamıştır. Yargıtay yine, evlenme amacıyla mağdurun hürriyetinin kısıtlanmasında nitelikli halin varlığını kabul etmiştir.¹¹ Yargıtay'ın bu uygulamasının kanunun ruhu ile uyumlu olduğu ortadadır; zira TCK sadece cinsel amaçtan bahsetmiş, TCK m.102 ve devamında düzenlenen suçlardan birine doğrudan atıf yapmamış-

⁸ Öğretide haklı olarak bu suçun ihmal suretiyle de işlenebileceği belirtilmektedir, Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 405. Ancak pek tabii ki, failin garantörlüğünün mevcut olması gerekmektedir.

⁹ Yarg. 14. CD., 16.05.2013, E: 2011/10392, K: 2013/6151: "Sanığın suç tarihinde, mağdurun bindiği servisi durdurarak mağduru elinde bulunan bıçakla zorla kendi aracına bindirdiği ve ardından mağduru boş bir eve götürdüğü ve burada sanığın mağdurun elbiselerini zorla çıkartarak fotoğraflarını çektiği bu nedenle sanığın eyleminin TCK m.109/5 kapsamında kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 14. CD., 17.04.2013, E: 2012/12406, K: 2013/4681: "Sanığın hıyileyle mağdurları işyerine götürüp hürriyetlerinden yoksun kıldıktan sonra herhangi bir temas olmaksızın soyunmasını istemesinin cinsel taciz suçunu da oluşturacağı gözetilmeden, eylemlerin bir bütün olarak kişiyi cinsel amaçla hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğunun kabulü, bozmayı gerektirmiştir."

¹⁰ Yarg. 14. CD., 21.06.2012, E: 2012/5600, K: 2012/7084: "Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından kurulan mahkûmiyet hükümlerinin incelenmesinde sanıkların kapıyı kilitleyip katılanın ellerini bağlayarak makatına şişe sokmak şeklindeki eylemlerinin cinsel amaçla işlenmesi ve bu durum mahkemece kabul edilerek TCK'nın 102/2 maddesi uyarınca cezalandırılmasına rağmen, sanıklar hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 109/5. maddesinin uygulanmaması, bozmayı gerektirmiştir."

¹¹ Yarg. 14. CD., 14.03.2013, E: 2012/324, K: 2013/2763: "Oluş ve kabule göre, sanığın, boşandı-ğı eşi olan mağdurenin annesinin evine gelerek mağdureyi zorla arabaya bindirdiği, arabanın çalışmaması üzerine, araçtan inerek kolundan tutmak suretiyle 100 metre kadar sürükleyip taksiye bindirmek için yola çıkardığı sırada, tanıkların haber verdiği polislerin gelmesi ile sanığın olay yerinden kaçarken yakalandığının anlaşılması karşısında, sanığın işlediği kişiyi cinsel amaçla hürriyetinden yoksun kılma suçunun tamamlandığı gözetilmeden hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir."

tır.¹² Dolayısıyla madde metnini, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma fiilinin cinsel saldırı, cinsel istismar ve cinsel taciz fiillerinden birinin işlenmesi amacıyla icra edildiği tüm hallerde uygulanabilir olarak anlamak mümkündür.¹³

TCK m.109/5'ten bahsedildiği zaman, manevi unsur ve bununla bağlantılı olarak da failin cezalandırılmasında özellik arz eden bazı noktalar dikkat çekicidir. Bilindiği üzere suçlar kural olarak kanuni tanımda yer alan unsurların kasten gerçekleştirilmesini şart koşar (TCK m.21) ve kural olarak bütün suçlarda bulunması gerekli olan kast, genel kast olarak adlandırılır. Dolayısıyla suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların öngörülmesi ve iradenin bunlara yönelmesi, neticenin faile subjektif olarak isnat edilmesi şart ve yeterlidir.¹⁴ Buna karşın bazı hallerde suçun maddi unsurlarının fail tarafından bilinmesi ve istenmesi suçun oluşumu için yeterli değildir. Tipiklikte failin kastı dışında ayrıca belli bir saikle, amaçla hareket etmesi şart koşulmuştur.¹⁵ Bu halde saik, suçun manevi unsurunun gerçekleşmesi bakımından zorunlu bir unsur haline gelmiştir. Buna ceza hukuku terminolojisinde özel kast denilmektedir.¹⁶ Saikin ceza hukuku bakımından önem taşıyabilmesi için kanuni tanımda açıkça belirtilmesi gereklidir.¹⁷ Saik, hırsızlık suçunun düzenlendiği TCK m.141'de olduğu gibi bazı suçlarda suçun temel şekli için veya bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla kasten adam öldürme suçunda olduğu gibi (TCK m.82/1-h) bazı suçlarda ise nitelikli halin varlığı için şart koşulmuştur.

Bu açıklama TCK m.109 için de önemlidir; zira suçun basit hali için genel kast yeterli iken suçun cinsel amaçla işlenmesi, suçun nitelikli hali için şart koşulmuştur.¹⁸ Diğer bir ifadeyle TCK m.109/5'te yer alan ağırlatıcı nedenin

¹² TCK m.102 ve devamında düzenlenen suçlar hakkında detaylı açıklamalar için Ali Parlar/Meltem Banko, *Cinsel Suçlar*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 2 vd.; Erdener Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar*, 3. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2018, s. 11 vd.; Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 79 vd.; Mustafa Arslantürk, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 57 vd.; Pınar Memiş Kartal, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, 1. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s. 113 vd.

¹³ Artuç, a.g.e., s. 988 vd.; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 417.

¹⁴ Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 345 vd.; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 343 vd.

¹⁵ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku - Genel Kısım, Cilt II*, 14. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2019, kn. 547 vd.

¹⁶ Dönmezer/Erman, a.g.e., kn. 558.

¹⁷ Akbulut, a.g.e., s. 348.

¹⁸ Artuç, a.g.e., s. 966 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 273; Kızıroğlu, a.g.m., s. 79 vd.; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 406; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 434; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 522 vd.; ayrıca bakınız Veli Kafes, *Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçu*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2019, s. 222 vd.

uygulanabilmesi için faildeki kastın cinsel amaç özel kastı olarak belirlenmiş olması şart ve yeterlidir.¹⁹ Cinsel amaçtan maksat failin eylemi işlerken cinsel arzularını tatmin gayesi ile hareket etmesidir.²⁰ Dolayısıyla nitelikli halin uygulanabilmesi failin özel kastının ispatına bağlıdır. Bu hususa ilişkin yeterli delil olmaması durumunda ise Yargıtay uygulamasında bu nitelikli halin uygulanabilmesi şüpheden sanık yararlanır ilkesi karşısında mümkün değildir.²¹ Yargıtay uygulamasında failin iç dünyasını ilgilendiren cinsel amacın varlığı, olayın oluşum ve gelişimi, suçun işleniş şekli, olay sırasında failin söylediği sözler, sergilediği tavırlar, sanık ile mağdurenin olay öncesi münasebetleri ve dış dünyaya yansıyan diğer tüm özellikler değerlendirilerek belirlenmektedir. Örneğin suçtan önce mağdurenin fail tarafından istenilmiş olması ancak olumsuz yanıt alması, failin daha önceki görüşmelerinde mağdura cinsel içerikli sözler söylemiş olması, özel kastın varlığı takdirinde değerlendirilmektedir.²²

TCK m.109/5 uygulamasında dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise fail tarafından gerçekleşen cinsel amacın gerçekleşip gerçekleşmediğinin herhangi bir öneme sahip olmadığıdır. Diğer bir ifadeyle örneğin kaçırma işlemi

¹⁹ Artuç, a.g.e., s. 966 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 273; Kiziroğlu, a.g.m., s. 79 vd.; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 406; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 434; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 522 vd.

²⁰ Artuç, a.g.e., s. 988 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 273; Kiziroğlu, a.g.m., s. 92; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 417; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 431; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 521 vd.

²¹ YCGK, 06.10.2015, E: 2013/14-778, K: 2015/306: "Sanıklardan Ergin ile mağdurenin 2005 yılı Ağustos ayında nişanlandıkları, 16.01.2006 tarihinde resmi nikâhla evlendikleri, düğünü yazın yapmayı kararlaştırdıklarından fiili birliklerinin gerçekleşmediği, nikâhtan sonra aralarındaki anlaşmazlıklar sebebiyle mağdurenin boşanmak istediği, bunun üzerine sanık Ergin'in diğer sanıklarla birlikte mağdureyi İstanbul'daki evine götürmek amacıyla zorla arabaya bindirdikten sonra yolda görevlilerce yakalandıkları somut olayda; sanık Ergin ile mağdurenin fiilen bir araya gelmemiş olsalar da suç tarihinde resmi nikâhla evli olmaları, sanık Ergin'in mağdurenin boşanma davası açacağını öğrenmesi üzerine boşanmak istemediği için eşini kaçırdığını belirtmesi ve sanıkların mağdureyi cinsel amaçla kaçırdıklarına dair dış dünyaya yansıyan bir davranışlarının bulunmaması karşısında; sanıkların atılı suçu sanık Ergin'in evlilik birliğinin devamını sağlama dışında bir amaçla işlediklerine dair delil mevcut olmadığından, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemini cinsel amaçla gerçekleştirdikleri kabul edilerek haklarında 5237 Sayılı TCK'nın 109/5. maddesinin uygulanmasına dair yerel mahkeme hükmü ile bu hükmü onayan Özel Daire kararı isabetsizdir."

²² Yarg. 14. CD., 18.04.2013, E: 2011/15158, K: 2013/4724: "Mağdure ile sanık Hakan arasında daha önce gönül ilişkisi yaşandığı, bu nedenle sanıkların üzerlerine atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu cinsel amaçla işledikleri halde ek savunma verilerek cezalarında TCK m.109/5 maddesi uyarınca artırım yapılmaması bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 14. CD., 09.05.2013, E: 2011/15573, K: 2013/5763: "Mağdurenin eski nişanlısı olan sanık Volkan'ın konuşma isteğini reddetmesi üzerine mağdureyi, bir eliyle ağzını kapamak, diğer eliyle de kollarından tutmak suretiyle sanık Recep'in kullandığı araca zorla bindirip kaçırmaya çalıştığı sırada, mağdurenin bağırmasıyla çevredeki insanların olaya müdahale etmesi üzerine sanıkların eylemlerini tamamlayamayarak olay yerinden araçla uzaklaştıkları, cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden kılmaya teşebbüs suçunu iştirak halinde işledikleri anlaşılmakla, ek savunma verilerek TCK'nın 109/2, 109/3-b-f, 109/5, 35/2 maddeleri uyarınca ayrı ayrı mahkûmiyetleri yerine yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir."

teşebbüs aşamasında kalsa bile, kaçırmanın cinsel amaçla işlendiği anlaşılabilirse, bu nitelikli hal uygulanabilecektir. Yine benzer şekilde kaçırma işlemi gerçekleşse ancak bir nedenden dolayı fail cinsel amacına ulaşmasa da faile verilecek olan ceza artırılacaktır. Buna karşın cinsel amaç gerçekleştirilir ise fail bu sefer her iki suçtan da cezalandırılır. Diğer bir ifadeyle eğer fail ayrıca cinsel amacına yönelik icra hareketlerine de başlarsa cinsel dokunulmazlığa karşı suçların da alanına girmiş olur ve bu halde her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılır.²³ Bu sonucun altında yatan sebep amaç suç kavramı ile açıklanabilir; zira amaç suçun TCK'daki en önemli örneklerinden biri olan bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla kasten adam öldürme suçunda olduğu gibi (TCK m.82/1-h), amaç suçlarda suçun başka bir suçun gerçekleştirilmesi amacıyla işlenmesi söz konusudur.²⁴ Nasıl ki öğretinin de onayladığı²⁵ TCK m.82/1-h uygulamasında, faile yalnızca nitelikli adam öldürme suçundan ceza verilmemekte, buna ilaveten amaç suçun cezasına da hükmedilmekte,²⁶ öyleyse TCK m.109/5 ve TCK m.102 ve devamında düzenlenen suçlar arasında da mürekkep suç ilişkisinin olmadığı ve bu nedenle gerçek içtima kurallarının uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.²⁷

B. Özel Durumlar

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesine ilişkin genel nitelikteki açıklamalardan sonra, çalışmanın bundan sonraki bölümünde TCK m.109/5'e ilişkin özellik arz eden durumlar, cinsel suçun işlendiği sırada ve eylemle sınırlı süre içinde, failin cinsel suçtan bağımsız olarak kişiyi

²³ Artuç, a.g.e., s. 988 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 273; Kızıroğlu, a.g.m., s. 92; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 417; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 431; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 521 vd.

²⁴ Kıyaslayınız Akbulut, a.g.e., s. 348.

²⁵ Dönmezer/Erman, a.g.e., kn. 757.

²⁶ YCGK, 11.10.2011, E: 2011/1-113, K: 2011/207: "5237 Sayılı TCK'nın 82/1-h maddesinde, "bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak, işlenmesini kolaylaştırmak, ya da yakalanmamak için işlenmesi" kasten öldürme suçunun nitelikli hali olarak öngörülmüştür. Burada kasten öldürme "araç suç", işlenmesi kastedilen diğer suç ise "amaç suç"tur. Anılan bentte, "amaç suç" açısından belirli bir suç açıkça öngörülmediğinden, bileşik suç söz konusu değildir. Fail, diğer suçu gizlemek, işlenmesini kolaylaştırmak, yakalanmamak veya diğer suçun delillerini ortadan kaldırmak için birini öldürürse, amaç suç bağımsızlığını korur. Bu halde fail, her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılır. Bu bendin uygulanabilmesi için, amaç suçun tamamlanması gerekmediği gibi, suçun teşebbüs derecesinde, hatta hazırlık hareketleri aşamasında kalmış olmasının da önemi yoktur. Failin öldürme eylemini, "amaç" suçu gizlemek, suçun işlenmesini kolaylaştırmak, delillerini ortadan kaldırmak veya yakalanmamak için gerçekleştirilmesi yeterlidir."

²⁷ Artuç, a.g.e., s. 988 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 273; Kızıroğlu, a.g.m., s. 92; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 417; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 431; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 521 vd.

hürriyetinden yoksun kılma suçunda da cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hususu ve suçun çocuğa karşı işlenmesi halinde çocuğun verdiği rızanın geçerliliği hususu, öğretinin ve Yargıtay'ın bakış açıları ortaya konulduktan sonra, eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirilecektir.

a. Cinsel Suçun İşlendiği Sırada ve Eylemle Sınırlı Süre İçinde, Failin Cinsel Suçtan Bağımsız Olarak Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda Da Cezalandırılıp Cezalandırılmayacağı Hususu

TCK m.109/5'te düzenlenen nitelikli halde, failin TCK m.102 ve devamında düzenlenen suçları işlemek için mağdurun hürriyetini kısıtladığı kanunun ruhundan rahatlıkla anlaşılmakta ise de, kanun metninden mağdurun hürriyetinin yalnızca cinsel saldırı veya cinsel istismar sırasında kısıtlandığı durumlarda, failin ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da cezalandırılıp cezalandırılmayacağı anlaşılmamaktadır.

aa. Öğreti

Öğretiye göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, cinsel dokunulmazlığa karşı suçu işleyebilmek için hazırlık niteliğindedir. Bu nedenle fail cinsel suçun öncesinde veya sonrasında mağdurun hürriyetini kısıtlamamışsa, failin ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ve dolayısıyla nitelikli halinden cezalandırılmasına olanak bulunmamaktadır. Zira cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar mağdurun vücudu üzerinde işlenmekte ve suçun özelliği gereği mağdurun belirli bir süre hareket özgürlüğü ortadan kalkmaktadır. Öyleyse cinsel suçun işlenmesi süresinde mağdurun hürriyetinin kısıtlanması cinsel suçun unsuru kabul edilmelidir. Buna karşın cinsel suçun işlenmesi amacıyla mağdurun bulunduğu yerden başka bir yere götürülmesi veya suçun işlenmesinden sonra da hürriyetinden yoksun bırakılması halinde ise failin hem TCK m.109/5 hem de yerine göre TCK m.102 veya TCK m.103'ten dolayı ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği kabul edilmektedir.²⁸

bb. Yargıtay

Yargıtay'ın istikrarlı uygulamasında da cinsel suçun işlendiği sırada ve eylemle sınırlı süre ile mağdurun iradesiyle hareket edebilme imkânının ortadan kaldırılmasının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayacağı, kişinin vücudunun suçun konusu olması sebebiyle mağdurun hareket edebilme özgürlüğü ortadan kaldırılmadan bu suçun işlenemeyeceği, failin mağdurun hürriyetini kısıtlayan başkaca bir hareketinin bulunmaması durumunda, mevcut

²⁸ Artuç, a.g.e., s. 960 vd.; 985 vd.; 988 vd.; 1004 vd.; 1015 vd.; Kızıroğlu, a.g.m., s. 92, 97; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 305 vd.; 422.

haliyle eylemin sadece cinsel saldırı veya cinsel istismar suçunu oluşturacağı kabul edilmektedir.²⁹ Buna karşın mağdurun hürriyetinden yoksun kılınması, cinsel dokunulmazlığa karşı suçun işlenmesi için gerekli olan süreyle sınırlı kalmamış ise gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır.³⁰

²⁹ Yarg. 14. CD., 14.01.2013, E: 2012/14328, K: 2013/74: "Sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan verilen hükmün temyiz incelemesine gelince; mağdur ve müşteki beyanları, sanık savunması ve tüm dosya içeriği nazara alındığında, mağdurun kek ve meyve suyu almak için sanığın çalıştığı bakkala gittiği, sanığın bakkal içinde mağdura önce "ağzını aç, gözünü kapat" demesi üzerine mağdurun sanığın dediklerini yaptığı, ardından sanığın "muz sever misin?" sorusuna karşılık mağdurun "severim" demesi üzerine sanığın aniden kendi cinsel organını mağdurun ağzına sokması şeklinde gerçekleşen eylemde, istismar eyleminin gerçekleştirildiği zaman zarfı dışında mağduru hürriyetinden yoksun kılma şeklinde bir fiilin bulunmadığı gözetilmeden, sanığın bu suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 14. CD., 13.12.2016, E: 2016/8127, K: 2016/8492: "Sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kurulan hükmün incelenmesinde; cinsel saldırı suçunun konusunun mağdurenin vücudu olduğu, suçun işlendiği sırada ve işlendiği süreyle sınırlı bir zaman diliminde mağdurenin hareket etme olanağının ortadan kaldırılmasının cinsel saldırı suçunun unsuru olduğu, zira mağdurenin hareket etme olanağını ortadan kaldırmadan bu suçun işlenemeyeceği, dosya kapsamına göre sanığın cinsel saldırı suçunu gerçekleştirmeye yönelik eylemi dışında mağdurenin hürriyetini kısıtlayan başkaca bir eyleminin bulunmaması karşısında eyleminin cinsel saldırı suçu yanında ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 14. CD., 23.11.2016, E: 2016/9425, K: 2016/7999: "Sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kurulan hükmün temyiz incelemesine gelince; vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunun işlendiği sırada ve eylemle sınırlı süre ile mağdurenin iradesiyle hareket edebilme imkânının ortadan kaldırılmasının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayacağı, kişinin vücudunun suçun konusu olması sebebiyle, mağdurenin hareket edebilme özgürlüğü ortadan kaldırılmadan bu suçun işlenemeyeceği, dosya kapsamına göre de hem kendi evine gelen hem de evine gittiği mağdureye karşı sanığın zincirleme şekilde nitelikli cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirenken ayrıca hürriyetini kısıtlayan başkaca bir hareketinin bulunmaması karşısında, mevcut haliyle eylemin sadece TCK'nın 103/2. maddesi kapsamındaki çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmeden, sanık hakkında yazılı şekilde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da mahkûmiyet kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 14. CD., 23.02.2017, E: 2015/6256, K: 2017/958: "Dava; basit cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarına ilişkindir. Olay gecesi sanığın önceden tanıdığı mağdureyle birlikte alkol aldıktan sonra buldukları restorandın yanındaki misafirhane olarak kullanılan odaya gittiği mağdure ile cinsel ilişkiye girmek istediği ve mağdurenin olumsuz yanıt vermesi üzerine rızası dışında yüzünü ve saçlarını okşadığı tüm dosya içeriğinden anlaşılacakla mevcut haliyle basit cinsel saldırı suçu işlendiği sırada ve eylemle sınırlı süre ile mağdurenin iradesiyle hareket edebilme imkânının ortadan kaldırılmasının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayacağı, kişinin vücudunun suçun konusu olması sebebiyle, mağdurenin hareket edebilme özgürlüğü ortadan kaldırılmadan bu suçun işlenemeyeceği, dosya kapsamına göre de sanığın, mağdurenin hürriyetini kısıtlayan başkaca bir hareketinin bulunmaması karşısında, mevcut haliyle eylemin sadece TCK'nın 102/1. maddesi kapsamındaki basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu gözetilmeden, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da mahkûmiyet kararı verilmesi bozma nedenidir."

³⁰ YCGK, 12.05.2015, E: 2013/14-550, K: 2015/158: "Katılan ile uzun süredir arkadaşlık yapan, gerçek ismi ve medeni durumuyla ilgili katılana yalan beyanlarda bulunan sanığın olay tarihinde katılanı ailesiyle tanıştıracacağını söyleyerek arkadaşının evine götürdüğü, katılan evde kimsenin olmadığını fark edince dışarı çıkmaya çalıştığı, sanığın kapıyı kilitleyerek katılanın çıkmasına engel olup ağzını bağlayarak zorla cinsel saldırıda bulunduğu olayda, sanığın aşamalarda birbiriyle çelişen beyanlarda bulunması, katılanın istikrarlı olarak sanığın evin kapısını kilitleyerek ve zor kullanarak evden çıkmasına engel olduğunu beyan etmesi karşısında, sanığın katılanın hareket özgürlüğünü kısıtlayarak üzerine atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlediğinin

cc. Değerlendirme

Suç politikası çerçevesinde kabul edilebilecek bu görüşün, yürürlükteki hukuk çerçevesinde savunulması zordur. Zira söz konusu problem 765 sayılı TCK'da yer temini kavramı altında değerlendirilmekte ve yukarıda zikredilen çözüme benzer şekilde yorumlanmaktaydı.³¹ Ancak 5237 sayılı TCK gerek cinsel dokunulmazlığa karşı suçları gerekse de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu 765 sayılı Kanun'dan oldukça farklı bir biçimde ele almıştır. Yürürlükteki hukuk, yer temini kavramına yer vermemiştir.³² Yine 5237 sayılı TCK, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu bir yere gitmek veya bir yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakma olarak tanımlamıştır, 765 sayılı Kanun döneminden farklı olarak suçun oluşumu açısından mağdurun üzerinde fiili hâkimiyet sağlanmasını veya mağdurun kapalı alana götürülmesini zorunlu unsur olarak kabul etmemiştir.³³ Dolayısıyla 5237 sayılı TCK, failin mağdurun hürriyetini nerede ve hangi ortamda olursa olsun çok kısa bir süre dahi sınırlamasını suçun oluşumu için yeterli görmüştür.³⁴ Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere öğretinin ve Yargıtay'ın

kabulü gerekmektedir. Öte yandan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun gerçekleştirildiği zaman aralığının bir bölümünde sanığın katılana karşı ayrıca cinsel saldırı suçunu da işlemiş olması, bu suçun oluşumuna engel olmayacaktır. Nitekim öğretilerde de, "Failin cinsel saldırı fiilini işlediği süre dışında da mağdurun özgürlüğünü kısıtlaması halinde faille ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ceza verilecektir.", "Bu suçla birlikte kişi özgürlüğünden yoksun bırakma da söz konusu ise failin ayrıca bu suçtan dolayı da cezalandırılması ve suçun cinsel amaçla işlenmesi nedeniyle de cezanın artırılması gerekir." şeklindeki görüşlere yer verilerek suretiyle, cinsel saldırı suçunu işleyen sanığın unsurlarının bulunması halinde ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da cezalandırılması gerektiği kabul edilmiştir. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken beraatine karar verilmesi isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

³¹ Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 411.

³² Artuç, a.g.e., s. 990 vd.

³³ Yarg. 5. CD., 20.05.2008, E: 2007/11696, K: 2008/4617: "Sanığın mağduru "sana bir şey vereceğim" diyerek henüz inşa halindeki binaya götürerek burada livata eylemini zorla gerçekleştirdiği olayda; 5237 sayılı TCK'nın 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 yaptırıma bağlanmış olması ve 765 sayılı Yasada öngörülen hâkimiyet tesisi unsurunun bu düzenleme karşısında tartışılmasına ve kabulüne imkân bulunmamasına nazaran cinsel amaçlı hürriyetten yoksun bırakma suçundan da mahkûmiyet hükmü kurulması yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, isabetsizdir."

³⁴ YCGK, 02.10.2012, E: 2011/8-778, K: 2012/1795: "Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda; uyuşmazlık; sanığın eyleminin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturup oluşturmadığı ve suçta kullanılan av tüfeğine ait fişeklerin zorlmasına karar verilmesinin gerekip gerekmediği noktalarında toplanmaktadır. Sanığın boşandığı ve ayrı yaşadığı eski eşi mağdura telefon ederek evde bulunan bir kısım eşyalarını almak için izin istediği, istediği eşyaları alarak arabaya yüklediği, sonra tekrar eve mağdurenin yanına gelerek "benimle var mısın yok musun" şeklinde sorduğu ve tekrar bir araya gelmek istediğini söylediği, ancak mağdurenin psikolojik sorunları olduğunu söyleyerek bunu reddettiği, bunun üzerine sanığın mağdureyi göğüs bölgesinden iterek eline pompalı tüfeği aldığı ve mağdureye doğrultarak "bu iş olmayacaksa bu dünyada ben de yokum sen de yoksun" dediği, mağdurenin de hemen yakındaki evde oturmakta olan mağdura telefon ederek sanığın kendisini silahla rehin aldığı ve gelmesini söylediği, mağdurun sanı-

ulaştığı sonuç, yani kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu cinsel suçun unsuru görmek ve bileşik suç hükümlerini uygulamak, ancak TCK m.109/5'in kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda değil TCK m.102 ve/veya TCK m.103'ün nitelikli hali kabul edilmesi ihtimalinde mümkün olurdu. Ancak kanun metni bu şekilde kaleme alınmadığına göre, sorunun çözümünü içtima kuralları çerçevesinde ele almak ve fikri içtima hükümlerini uygulamak gerekmektedir. Gerçekten de failin mağdurun hürriyetini yalnızca cinsel saldırı veya cinsel istismar sırasında kısıtladığı durumda, fail TCK m.44 anlamında işlediği bir fiil ile birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet vermektedir. Buna karşın mağdurun hürriyetinden yoksun kılınması, cinsel dokunulmazlığa karşı suçun işlenmesi için gerekli olan süreyle sınırlı kalmamış ise gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır.³⁵

b. Suçun Çocuğa Karşı İşlenmesi Halinde Çocuğun Verdiği Rızanın Geçerliliği Hususu

TCK m.109/5 uygulamasında büyük problemlere yol açan bir başka husus ise, suçun çocuğa karşı işlenmesi durumunda, çocuğun vermiş olduğu rızanın eylemi hukuka uygun hale getirip getirmediğidir. Zira TCK m.109/5'in kaleme alınış şekliyle, kanun koyucunun cinsel suçlar konusunda ilgilinin rızası için koyduğu yaş sınırlamalarının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından da geçerli olup olmayacağı anlaşılmalıdır.

aa. Öğreti

Öğretiye göre TCK m.109 rızaya ehliyet hususunda herhangi bir düzenleme içermediğine göre, genel kuralların devreye girmesi gerekmektedir. Dolayısıyla akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olmayıp ayırt etme gücüne sahip kişi hürriyetten yoksun bırakma suçu çerçevesinde rıza gösterme ehliyetine sahiptir. Öğreti bu noktada yalnızca 12 yaşını doldurmamış çocukların verdikleri rızanın, TCK'nın 12 yaşını doldurmamış küçüklerin davranışlarına hukuki anlam ve sonuç bağlamaması sebebiyle, geçerli olmayacağına dair bir sınırlama getirmektedir. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere öğretiye göre, hürriyeti sınırlamanın cinsel amaçlı olarak işlendiği hallerde dahi, algılama yeteneğine sahip olan çocuğun verdiği rıza fiili TCK m.109/1 ve dolayısıyla TCK m.109/5

ğın kapıyı açarak arkasına gizlediği av tüfeğini çıkardığı ve mağdurenin kardeşine doğrulttuğu, bu sırada fırsatını bulan mağdurenin üst kata çıktığı, terastan atlayarak kaçtığı ve kolluğa haber verdiği, bundan sonra kolluk görevlilerinin uzun süren çabası sonucu sanığın mağduru serbest bırakarak kolluğa teslim olduğu ve elindeki pompalı tüfek ile 5 adet 12'li tabir edilen av fişliğini teslim ettiği anlaşılmaktadır. Bu şekilde gerçekleşen olayda sanık, tam olarak tespit edilememekle birlikte en az 10 dakika kadar süren bir zaman dilimi içinde elindeki av tüfeği ile mağdurun özgürlüğünü kısıtladığından, eyleminin silahla tehdit suçunu değil, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğunun kabulü gerekir."

³⁵ Aynı yönde Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 411.

çerçevesinde suç olmaktan çıkaracaktır. Ancak pek tabii ki cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar çerçevesinde failin sorumluluğu şartların gerçekleşmesi halinde saklı kalmaya devam edecektir.³⁶

bb. Yargıtay

Yargıtay, TCK'nın çocukların cinsel istismarı suçunda 15 yaşını tamamlamamış çocukların rızasını geçersiz sayan 103. maddesinin 2. fıkrasını olduğu gibi TCK m.109/5'e aktarmaktadır. Diğer bir ifadeyle Yargıtay'a göre TCK m.109/5 kapsamında da ilgilinin rızası, 15 yaşını tamamlayanlar ve 15 yaşından küçük olanlar ayırımına göre yapılmalıdır. Dolayısıyla Yargıtay'a göre tıpkı TCK m.103/2'de olduğu gibi TCK m.109/5 kapsamında da 15 yaşından küçüklerin rıza açıklama ehliyeti yoktur; verdikleri rıza eylemi hukuka uygun hale getirmemektedir.³⁷ 15 yaşını tamamlamış kişilerin rızası ise buna karşın eylemi

³⁶ Kiziroğlu, a.g.m., s. 83 vd.; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 409 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 433 vd.; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 524 vd.; ayrı görüş için Artuç, a.g.e., s. 968 vd., 986, 1015 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s. 277.

³⁷ YCGK, 17.02.2015, E: 2014/14-307, K: 2015/8: "Ceza Genel Kurulu'nun 10.6.2014 gün ve 2013/14-551-311, Ceza Genel Kurulu'nun 12.11.2013 gün ve 2013/14-511-449 ile Ceza Genel Kurulu'nun 11.3.2008 gün ve 2007/5-253-52 sayılı kararlarında da vurgulandığı üzere 5237 Sayılı TCK'nın 6/1-a maddesinde, "henüz 18 yaşını doldurmamış kişi" olarak tanımlanan çocuk kavramının, kanun koyucu tarafından cinsel dokunulmazlığa karşı suçların düzenlendiği bölümde, "on beş yaşını bitirmiş", "on beş yaşını tamamlamamış" şeklinde iki ayrı dönem olarak ele alındığı görülmektedir. Buna göre bu bölümde "on beş yaşını tamamlamamış" çocuklar ile "on beş yaşını bitirmiş olup da on sekiz yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar farklı kategoride mütalaa edilmiştir. TCK'nın 103/1-a maddesinde, "on beş yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak tanımlanmışken, aynı maddenin (b) bendinde ise diğer çocuklar ifadesiyle "on beş yaşını bitirmiş olup da on sekiz yaşını tamamlamamış" 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. Böylece kanun koyucu bu maddede "on beş yaşını bitirmiş olup da on sekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı rızalarıyla işlenen cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamına almamış ve bu kategorideki çocukların rızalarına önem vermişken, "on beş yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranış rızaları olsa bile çocukların cinsel istismarı suçu kapsamına almıştır. Aynı Kanun'un 104. maddesinde de: cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlemiştir. Bu düzenlemeden hareketle çocuklara karşı işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun da iki kategoride ele alınması gerekmektedir: Birinci kategoride yer alan "on beş yaşını tamamlamamış" çocukların kendi iradeleriyle serbestçe hareket etme hakkı, niteliği itibarıyla üzerinde mutlak surette tasarruf edebilecekleri bir hak olmadığından, bu haklarının ihlaline yönelik olarak gerçekleştirilen eylemlerle ilgili gösterdikleri rıza kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Buna karşın 2. kategoride yer alan "on beş yaşını bitirmiş olup da on sekiz yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı işlenen suçlarda ise, mümayyiz olmaları halinde rızaları hukuka uygunluk nedeni olabilecektir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30.9.2014 gün ve 2014/14-389-413 sayılı kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır. Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde sanığın 15 yaşından küçük mağdureyi evlenmek amacıyla rızasıyla kaçırıp yakın başka bir ildeki akrabalarının evine götürerek orada bir müddet alıkoyduğu somut olayda, mağdurenin rızası hukuken üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka dair olmadığından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla 15 yaşından küçük mağdurenin rızasıyla bile gerçekleşmiş olsa bu eylem TCK'nın 109/1, 109/3-f., 109/5. maddelerinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır."

hukuka uygun hale getirmektedir.³⁸ Yargıtay'ın 15 yaşını tamamlamış çocukların cinsel amaçlı olarak hürriyetlerinin sınırlandırılmasına gösterdikleri rızanın geçerli olduğu ve 15 yaşından küçüklerin rızalarına ise itibar edilemeyeceği yönündeki uygulamasının istikrar kazanmış olduğunun da altı çizilmelidir.³⁹

³⁸ YCGK, 12.11.2013, E: 2013/14-511, K: 2013/449: "Ceza Genel Kurulu'nun 11.3.2008 gün ve 253-52 Sayılı kararında da vurgulandığı üzere 5237 Sayılı TCK'nın 6/1-a maddesinde, "henüz 18 yaşını doldurmamış kişi" olarak tanımlanan çocuk kavramının, kanun koyucu tarafından cinsel dokunulmazlığa karşı suçların düzenlendiği bölümde, "on beş yaşını bitirmiş", "on beş yaşını tamamlamamış" şeklinde iki ayrı dönem olarak ele alındığı görülmektedir. Buna göre bu bölümde "on beş yaşını tamamlamamış" çocuklar ile "on beş yaşını bitirmiş olup ta on sekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar farklı kategoride mütalaa edilmiştir. TCK'nın 103/1-a maddesinde, "on beş yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak tanımlanmışken, aynı maddenin (b) bendinde ise diğer çocuklar ifadesiyle "on beş yaşını bitirmiş olup ta on sekiz 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. Kanun koyucu bu maddede "on beş yaşını bitirmiş olup ta on sekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı rızalarıyla yapılan cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamına almamış ve bu kategorideki çocukların rızalarına önem vermişken, "on beş yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranış rızaları olsa bile çocukların cinsel istismarı suçu kapsamına almıştır. 5237 Sayılı TCK'nın 104. maddesinde de, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlemiştir. Bu sebeple çocuklara karşı cinsel amaçlı olarak işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının da iki kategoride ele alınması gerekmektedir: Birinci kategoride yer alan "on beş yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı işlenen "cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" suçunda, çocukların rızaları hukuken değer ifade etmemektedir. İkinci kategoride yer alan "on beş yaşını bitirmiş olup ta on sekiz yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı işlenen "cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" suçunda çocukların rızalarının bu suç açısından 5237 Sayılı TCK'nın 26/2. maddesi anlamında hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu istikrarlı yargı kararlarıyla kabul edilmektedir."

³⁹ YCGK, 21.03.2017, E: 2014/14-468, K: 2017/181: "İlgilinin rızası TCK'nın 26/2. maddesinde, "kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına dair olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez" şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, suçla korunan hukuki yararın sahibinin ihlale rıza göstermesi durumunda, bu rıza failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır. Ceza sorumluluğunu ortadan kaldırabilmesi için rızanın, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir bir hukuki menfaate dair olması, kişinin rıza açıklamasına ehil olması ve tasarrufun kanuna, adaba ve genel ahlaka aykırı şekilde yapılmamış olması gerekir. Bu noktada bir hakkın üzerinde serbestçe tasarruf edilip edilemeyeceği hukuk düzenine hâkim genel ilkelere göre belirlenecektir. Kişinin rıza ehliyetinin varlığından söz edebilmek için o kişinin mutlaka reşit olması gerekmez. Ancak Kanun'un özel olarak mağdurun yaşı konusunda belirlemeye gittiği durumlarda, mağdurun rızası failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Örneğin kişiler cinsel hakları üzerinde mutlak surette tasarruf hakkına sahip olsa da, Türk Ceza Kanunu 103 ve 104. maddelerinde çocukların bu konudaki rıza açıklamalarını kabul etmemiştir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu düzenleyen TCK'nın 109. maddesi de ise mağdurun rıza açıklama ehliyetini belirleme noktasında bir yaş sınırı getirilmiştir. Bu halde yaşı küçük mağdurun rızasının failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı, failin amacının toplumda kabul gören bir davranış ya da genel ahlak kurallarına uygun olup olmadığı nazara alınarak belirlenmelidir. Bu anlamda küçük yaşta çocuğun gideceği yere bırakılması ya da çocuğun ailesini evde bulamadığı için komşularına gitmesi örneklerinde olduğu gibi kişinin meşru amaçla hareket ettiği durumlarda yaşı küçük çocuğun rızası geçerli olacak, kişinin haksızlık bilinciyle hareket ettiği ve küçük çocuğun rızasının kanuna, adaba veya genel ahlak kurallarına aykırı olduğu hallerde ise yaşı küçük çocuğun rızası geçerli olmayacaktır. Bu sebeple yaşı küçük mağdurun rızasının failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı her olayın özelliğine göre değerlendirilip belirlenmelidir. Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; sanığın yaşı küçük (suç tarihi itibarıyla 14 yaş 3 aylık)

cc. Değerlendirme

Ceza hukukunda mağdur tarafından verilen rıza,⁴⁰ eylemle korunan hukuki yarar mağdurun üzerinde tasarruf edebileceği nitelikte bir hak ise ve rıza kanuna, ahlaka ve kamu düzenine aykırı değil ise eylemi suç olmaktan çıkarır. Bu kurala uygun olarak da TCK m.26/2 kişinin üzerinde mutlak tasarruf edileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmeyeceğini belirtmektedir. Bu genel kural, kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyeti, kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği haklar arasında yer aldığına göre,⁴¹ kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna da aktarılmalıdır. Bu noktada mağdurun çocuk olması da herhangi bir etkiye sahip değildir. Zira TCK m.26/2, herhangi bir yaş sınırı öngörülme-yen tüm suçlarda uygulanabilecektir. Diğer bir ifadeyle kanun belli bir yaş grubundaki çocukların verecekleri rızanın hukuken bir anlam ifade etmediğini açıkça düzenlemediği her durumda, çocuğun vermiş olduğu rıza, eylemi hukuka uygun hale getirecektir. Bunun tek şartı, çocuğun vermiş olduğu rızasının hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilecek durumda olmasıdır.

Bu açıklamalar inceleme konusuna aktarıldığı zaman şu tablo ortaya çıkmaktadır: TCK m.109/5, rıza açıklama açısından herhangi bir yaş şartı öngörmemektedir. Dolayısıyla hürriyeti sınırlamanın cinsel amaçlı olarak işlendiği hallerde dahi, algılama yeteneğine sahip olan çocuğun verdiği rıza fiili TCK m.109/1 ve dolayısıyla TCK m.109/5 çerçevesinde suç olmaktan çıkaracaktır. Buna karşın 5237 sayılı TCK'nın henüz 18 yaşını doldurmamış kişi olarak tanımladığı çocuğu, cinsel dokunulmazlığa karşı suçları düzenlediği bölümde on beş yaşını bitiren

mağdureyi rızasıyla kendi ikametinde dört gün süre ile alıkoyduğu olayda; kanuna, adaba ve genel ahlaka aykırı olan mağdurenin rızası haksızlık bilinciyle hareket eden sanığın ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Dolayısıyla yaşı küçük mağdurenin hukuken geçerli sayılan rızası bulunmadan gerçekleşen bu eylem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır. Bu nedenle, yerel mahkeme hükmünün, Özel Dairece mağdurenin sanığın evine cebir, tehdit veya hile kullanılmaksızın gitmesi ve sanığın mağdureye yönelik hukuka aykırı herhangi bir eyleminin olmaması gerekçeleriyle eylemin çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturduğundan bahisle bozulmasına karar verilmesi isabetli değildir. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün esasının incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesine karar verilmelidir.”

⁴⁰ Rıza hakkında detaylı açıklamalar için Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, kn. 460 vd.; Fatih Selami Mahmutoğlu/Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, 1. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2017, s. 563 vd.; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 355 vd.; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 366 vd.; Nur Centel/Hamide Zaffer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016, s. 323 vd.; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 330 vd.

⁴¹ Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 409.

miş ve on beş yaşını tamamlamamış şeklinde iki ayrı dönem olarak ele aldığı görülmektedir. Buna göre bu bölümde on beş yaşını tamamlamamış çocuklar ile on beş yaşını bitirmiş olup da on sekiz yaşını tamamlamamış çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar farklı kategoride mütalaa edilmiştir. TCK'nın 103/1-a maddesinde, on beş yaşını tamamlamamış olan çocuklara karşı her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak tanımlanmışken, aynı maddenin (b) bendinde ise, diğer çocuklar ifadesiyle on beş yaşını bitirmiş olup da on sekiz yaşını tamamlamamış 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. Böylece kanun koyucu bu maddede on beş yaşını bitirmiş olup da on sekiz yaşını tamamlamamış olan çocuklara karşı rızalarıyla işlenen cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamına almamış ve bu kategorideki çocukların rızalarına önem vermişken, on beş yaşını tamamlamamış çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranışı rızaları olsa bile çocukların cinsel istismarı suçu kapsamına almıştır. Aynı Kanununun 104. maddesinde de cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlemiştir.

Bu tablo nasıl okunmalıdır? Yukarıda da ifade edildiği üzere, Yargıtay, kanun koyucunun çocukların cinsel istismarı suçunda on beş yaşını tamamlamamış olan çocukların verdiği rızayı geçersiz saymasını, olduğu gibi kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesine de aktarmakta ve dolayısıyla bu kişilerin verdiği rızayı bu suç çerçevesinde de geçersiz saymaktadır. Ancak kişi hürriyetinin cinsel amaçla sınırlandırılmasının TCK m.109/5'te kabul edilmiş olması cinsel suçlarda ilgilinin rızası için konulan yaş sınırlamasının burada da geçerli olacağına anlamına gelmez.⁴² Unutulmamalıdır ki, TCK m.109/5, cinsel suçların ağırlatıcı nedeni ya da bir unsuru değildir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve çocuğa karşı işlenen cinsel suçların her biri birbirinden bağımsız suç tipleridir. Dolayısıyla TCK m.109/5 çerçevesinde rıza verme ehliyetine sahip olan çocuğun verdiği rızayı, cinsel suçlardaki düzenlemeleri dikkate alarak geçersiz saymak, *“Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”* hükmünü içeren TCK m.2 karşısında mümkün olmamalıdır;⁴³ zira aksi halde failin hukuka uygunluk nedeninden faydalanmasının önü kesilmiş olmaktadır.⁴⁴ Öyleyse on beş yaşını tamamlamamış

⁴² Koca/Üzülmüş, a.g.e., s. 410.

⁴³ Kızıroğlu, a.g.m., s. 84; ayrıca Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 433.

⁴⁴ Kıyaslayınız YCGK, 05.02.2019, E: 2018/1-310, K: 2019/62: Bu aşamada “suçta ve cezada kanunilik” ilkesinin üzerinde durulması gerekmektedir. Latince “nullum crimen sine lege” ve “nulla poena sine lege” olarak ifade edilen kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi hukukun egemen

çocuklara karşı cinsel amaçla işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda çocuğun rızasına değer atfetmeyen Yargıtay uygulaması ceza hukukunun genel ilkeleri ile çelişmektedir. Doğru olan, çocuklara yönelik rıza ile işlenen cinsel amaçlı hürriyetten yoksun kılma ile çocuğa karşı rızaya dayalı olarak işlenen cinsel davranışların farklı şekilde değerlendirilmesidir. Diğer bir ifadeyle eğer çocuk verdiği rızanın anlam ve sonuçlarını kavrayabiliyorsa ve bu şekilde cinsel amaçlı hürriyetten yoksun kılmaya rıza gösteriyorsa somut olayda TCK m.109/1 ve dolayısıyla TCK m.109/5 gerçekleşmemiştir. Buna karşın rıza ile de olsa on beş yaşından küçük bir çocuğa karşı cinsel suç işleyen fail, çocuğun bu suça ilişkin verdiği rızanın geçersiz olması sebebiyle cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar çerçevesinde sorumlu olacaktır.

Son olarak Yargıtay uygulamasının, TCK m.234/3 ile de çeliştiğinin altı çizilmelidir. TCK m.234/3 hükmüne göre kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları

olduğu tüm demokratik ülkelerde kabul edilmiş ve yasal güvenceye kavuşturulmuştur (Anayasa m.38, İHAM m.7; kıyaslayınız TCK m.2, 61/10). Ceza hukukunun temel ilkelerinden birini oluşturan suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin ve bu fiillere uygulanacak yaptırımların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi gerekmektedir. Bireylerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle, temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Ceza veya güvenlik tedbiri yaptırımı uygulanabilmesi için fiili kanunun açıkça suç sayması gerektiğinden, suç ve cezaların şekli bakımından kanunla düzenlenmesi yeterli olmayıp, içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerekir. Ceza hukukunda belirlilik ilkesi olarak tanımlanan ilkeye göre, suç ve ceza içeren kanun maddesinde hangi davranışların suçu oluşturduğunun açık ve anlaşılır bir biçimde tarif edilmesi, sınırlarının belli olması ve suç için uygulanacak ceza ile güvenlik tedbirlerinin gösterilmesi gerekmektedir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya, hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Hem Anayasal hem de yasal düzeyde yapılan bu düzenlemelere göre suç ve cezanın kaynağı ancak kanun olabilir. Anayasa'nın 7. maddesi gereğince yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu gözetildiğinde, kanunda suç olarak düzenlenmemiş fiillerin, kanunla suç olarak düzenlenmiş fiillerle benzerliği dolayısıyla ve kıyas yoluyla suç sayılıp yaptırma bağlanması kabul edilemez. Çünkü kıyas bu yönüyle kanunilik ilkesinin ihlalidir. Kanunda düzenlenen belli bir duruma benzeyen bir durum sonuçta kanunda düzenlenmemiş demektir. Bir yargısal faaliyet şeklinde ortaya çıkan kıyas bir yasama faaliyeti olan kanunun tekelciliğini bu bakımdan ihlal etmektedir. Roma Hukukunda kaynağını bulan Latince "singularia non sunt extenda" olarak ifade edilen "istisnalar geniş yorumlanamaz" ilkesi paralelinde ceza kanunlarının veya diğer kanunların, genel kurallara istisna oluşturan hükümlerinin, öngörüldükleri süre ve olaylar dışında uygulanamayacakları kabul edilmiştir. Kıyas veya genişletici yorum yoluyla, hakkında düzenleme olmayan bir ceza hukuku konusunda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı başta olmak üzere, kişi hak ve hürriyetlerinin aleyhine uygulama geliştirilemez. Hâkimler kanuna göre adalet dağıtırlar, kendilerine göre adalet dağıtamazlar. Hâkim kanunu beğendiği veya adil bulduğu için değil, içinde bulunduğu ceza hukuku düzeninde var olan çıkar çatışmalarını ve dolayısıyla irade uyumsuzluklarını çözmek üzere usulüne uygun olarak konulmuş ve yürürlükte olan beşeri davranış kuralı olan ceza normunu, salt bu niteliğinden dolayı yani usulüne uygun olarak konulmuş "Kanun" olma niteliğinden dolayı uygulamak zorundadır. Bu norm adalet duygusunu incitse bile hâkim kanunu uygulamaktan kaçınmaz zira kanun emreder, tartışmaz. (lex iubeat, non disputet)."

durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda rıza açıklama ehliyeti bakımından algılama yeteneği dışında bir şart koşmamıştır. Zira algılama yeteneğine sahip olan bir çocuğu kendi rızasıyla yanında bulunduran kişi, TCK m.234/3 çerçevesinde sorumlu olacaktır. Diğer bir ifadeyle özel norm-genel norm çatışması gereğince yalnızca özel nitelikli suç olan TCK m.234/3 günde-me gelecek, TCK m.109/5 özel hükmün önceliği ilkesi uyarınca uygulanmayacaktır.⁴⁵

4. SONUÇ

Bu çalışmada kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi incelenmiş ve iki temel soruya yanıt aranmıştır. Ulaşılan sonuçlar şu şekilde özetlenebilir: (1) Mağdurun hürriyetinin yalnızca cinsel saldırı veya cinsel istismar sırasında kısıtlandığı durumlarda, failin sorumluluğu - Yargıtay uygulamasından farklı olarak - fikri içtima (TCK m.44) kurallarına göre çözümlenmelidir. (2) Kanun koyucunun cinsel suçlar konusunda ilgilinin rızası için koyduğu yaş sınırlamaları - Yargıtay uygulamasından farklı olarak - kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından geçerli değildir. Hürriyeti sınırlamanın cinsel amaçla işlendiği hallerde dahi, algılama yeteneğine sahip olan çocuğun verdiği rıza, fiili TCK m.109/1 ve dolayısıyla TCK m.109/5 çerçevesinde suç olmaktan çıkaracaktır. Ancak pek tabii ki cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar çerçevesinde failin sorumluluğu saklı kalmaya devam edecektir.

⁴⁵ Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 411.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Arslantürk, Mustafa, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Artaç, Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Dönmezer, Sulhi/Erman Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku - Genel Kısım, Cilt II*, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Kafes, Veli, *Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçu*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2019.
- Kartal, Pınar Memiş, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, 1. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2014.
- Kızıroğlu, Keskin, "Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma", in: *Özel Ceza Hukuku Cilt III - Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, Bayraktar, Köksal (ed.), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami/Karadeniz, Serra, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, 1. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2017.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Parlar, Ali/Banko, Meltem, *Cinsel Suçlar*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

- Taner, Fahri Gökçen, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Yurtcan, Erdener, *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar*, 3. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2018.