

Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda Etkin Pişmanlık (TCK.m.110)

The Effective Remorse To Crime Of Deprivation Of Liberty



Ar. Gör. Dr. Zafer İÇER*

ÖZET

5237 sayılı TCK. sisteminde etkin pişmanlık, suç tamamlandıktan sonra mahiyeti etkin pişmanlığa müsait belli suçlar bağlamında cezayı ortadan kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak kabul edilmiştir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin etkin pişmanlık hükmüne ise, Kanun'un 110 uncu maddesinde yer verilmiştir. Buna göre, bu suçu işleyen kişi, soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.

Anahtar Kelimeler: *kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, etkin pişmanlık.*

ABSTRACT

Effective remorse has been accepted as a personal cause that requires dissolving or reducing of penalty within the context of determined crimes that's nature is available for effective remorse after crime is completed, in Turkish Penal Code with the number of 5237. The effective remorse provisions specified to crime of deprivation of liberty is regulated in article 110 of the Law. According to this, if the person who committed this crime frees the victim voluntarily, in a safe place, prior to the commencement of an investigation and without having caused any harm to the victim, then the penalty to be imposed shall be reduced by two thirds.

Key Words: *deprivation of liberty, effective remorse.*

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı.

1- GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK.) sisteminde etkin pişmanlık, hukuki değeri ihlale yönelen davranış tamamlandıktan sonra, niteliği ve yapısı gereği etkin pişmanlığa müsait olan ve yasada açıkça belirtilen suçlar bağlamında cezayı ortadan kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak kabul edilmiştir¹.

Etkin pişmanlık, belirli bazı suçlar bakımından failin/şerikin hiç cezalandırılmaması ya da daha az cezalandırılması sonucunu doğuran şahsi bir sebeptir. Suç ve ceza politikasının hayata geçirilmesinde ceza hukukunun önemli enstrümanlardan biri olarak karşımıza çıkan bu müessese, ceza hukukunun zımnen belirlediği amaçlarına ya da belirli faydalara ulaşılması kaydıyla, suç işlenmiş olmasına rağmen, devletin suçun failini ya da iştirak edenleri cezalandırmaktan ya da bu kimseleri tam ceza ile yaptırıma tabi tutmaktan feragat ettiği bir müessese olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin, bazı suçlarda, suçun işlenmesiyle ortaya çıkan bireysel mağduriyetlerin telafi edilmesi, suça iştirak eden kimselerin açıklanması, suç teşkil eden eşyanın yerinin gösterilmesi gibi hem bireysel hem de kamusal menfaatler sağlayan birtakım neticelerin elde edilebilmesini amaçlayan ceza hukuku, bu tarz durumlarda, etkin pişmanlık hükümleri sevk ederek, bu amaçlara ulaşılmasını kolaylaştırmayı hedeflemektedir.

Gerçekten de, suç faillerinin ya da suça iştirak eden diğer kimselerin tespiti, suçun, suçluların ortaya çıkarılması, suç mağdurunun ortaya çıkan mağduriyetinin giderilmesi, geniş manada ceza hukukunun amaçları arasında yer almaktadır. Bu tarz durumlarda, bu amaçların elde edilebilmesi, suç failinin/şerikinin cezalandırılması ya da tam ceza ile cezalandırılmasına tercih edilmeyi gerektirmektedir. İşte bu gereklilik, suç işleyen fail ya da şerikler yararına etkin pişmanlık hükümlerine yasalarda yer verilmesine vesile oluşturmaktadır. Böylelikle, hukuki değeri ihlale yönelmiş olan haksız davranışın tamamlanmasından sonra,

¹ Etkin pişmanlık için bkz. **İçel, Kayıhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul 2017, s.535, 536; **Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Alşahin, Mehmet Emin-Çakır, Kerim**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2017, s.635; **Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem Yenerer**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, İstanbul 2017, s.478, 479; **Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2017, s.437; **Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2017, s.478, 479; **Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, 3. Cilt, M.86-140, Ankara 2014, s.3828 vd.

suç faili ya da şeriklerine, meydana gelen zararı ortadan kaldırmak ya da azaltmak suretiyle hatasını telafi etme ve bu suretle bozulan hukuk barışını onarma imkânı tanınmakta, aynı zamanda suçun işlenmesinden sonra da olsa kişilerin olumlu davranışta bulunması, iyi hal göstermesi teşvik edilmiş olmaktadır².

Etkin pişmanlık bütün suçlar bakımından kabul edilmiş değildir. Esasen her suçun bünyesi (örneğin, kasten öldürme, resmi belgede sahtecilik, cinsel suçlar) etkin pişmanlığa müsait değildir. Bu sebeple, sadece kanunda öngörülmüş olan suçlarda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir.

Suç ve ceza politikasının amaçlarının hayata geçirilmesinde işlevsel bir araç niteliğini taşıyan etkin pişmanlık müessesesi, işlenen fiilin niteliği, suç tipinin özellikleri, ortaya çıkan tehlike veya zararın türü ve ağırlığı, pişmanlığın gerçekleşme tarzı ile zamanı gibi değişik kriterler kapsamında, pişmanlık gösteren kişinin bazen hiç cezalandırılmadığı, bazen de cezasında belirli oranlarda indirime gidildiği iki farklı türde karşımıza çıkmaktadır.

TCK.'da yer alan "organ ve doku ticareti suçu" (m.93/1), "uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu" (m.192/1, 2, 4), "örgüt suçları" (m.220/1-4) bakımından öngörülen etkin pişmanlık hükümleri, cezayı kaldıran etkin pişmanlığa örnek gösterilebilir. Diğer taraftan, "malvarlığına karşı suçlar" (m.168), "kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu" (m.110), "zimmet suçu" (m.248) bakımından öngörülen etkin pişmanlık hükümlerinde ise, cezanın kaldırılması değil azaltılması söz konusudur.

Kanun koyucu, TCK.'nın 109 uncu maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden, cezanın azaltılmasını gerektiren etkin pişmanlık hükmüne yer vermiştir. Bu suç tipine ilişkin etkin pişmanlık³, TCK.'nın 110 uncu maddesinde düzenlenmiş olup,

² Yenidünya, A. Caner-İçer, Zafer, "Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçlarında Etkin Pişmanlık", Fasikül Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 38, Ocak 2013, s.11.

³ Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin etkin pişmanlık için bkz. Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2017, s.506 vd.; Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Alşahin, Mehmet Emin-Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2017, s.278, 279; Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2017, s.418, 419; Özbek, Veli Özer-Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker, Türk Ceza

burada; "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 kadar indirilir" denilmektedir⁴.

Aşağıda 110 uncu maddede yer verilen etkin pişmanlık hükmünün uygulanma şartları ve sonuçları incelenecektir.

2- Etkin Pişmanlık Hükümünün Uygulanma Şartları

A- 109 uncu Maddede Düzenlenen Suç Tamamlanmış Olmalıdır

110 uncu maddedeki etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için gereken ilk şart, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tamamlanmış olmasıdır⁵. Bu suç, mağdurun hürriyetinin hukuka aykırı olarak kısıtlandığı anda tamamlanır. Ancak suç tipi mütemadi bir özellik arz ettiğinden, haksız sınırlama devam ettiği müddetçe suç işlenmeye devam etmektedir. Bu bakımdan, henüz suç tamamlanmadan, yani icra hareketleri sona ermeden önce failin gönüllü olarak hareketinden vazgeçmesi halinde, gönüllü vazgeçme (m.36) hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Suçun icra hareketleri tamamlandıktan ve suç tüm unsurları itibariyle gerçekleşikten sonra, haksızlık teşkil eden davranışın icrası devam ettiriliyorsa, suç tamamlanmış ancak henüz sona ermiş değildir. İşte etkin pişmanlık hükmü, bu aşamada tatbik imkânı bulabilir. Örneğin fail, mağduru arabaya zorla bindirmek için elini mağdurun koluna götürmek üzere hamle yapmış ancak başaramamış ve sonradan da ikin-

Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2017, s.426, 427; **Haftızoğulları, Zeki-Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2016, s.193; **Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016, s.270; **Toroslu, Nevzat**, Ceza Hukuku Özel Kısım, Eylül 2015, s.93, 94; **Yurtcan, Erdener**, Yargıtay Kararları Işığında Hürriyete Karşı Suçlar, 3. Baskı, Ankara 2012, s.147 vd.

⁴ 765 sayılı TCK.'da benzer bir düzenlemeye yer verilmişti. Buna göre, 180 nci maddenin 2 nci fıkrasında; "Eğer fail, hakkında takibat icra olunmazdan evvel tasavvur ettiği maksada nail olmaksızın ve hürriyetinden mahrum edilen şahsa bir güne zararı dokunmaksızın onu kendiliğinden serbest bırakırsa göreceği ceza altıda birinden yarısına kadar indirilir" denilmekteydi.

⁵ **Üzülmez, İlhan**, "Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sa.1, 2, Y.2007, s.1203; **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.3829.

ci bir hamle yapmayarak onu alıkoymaktan kendiliğinden vazgeçmişse, gönüllü vazgeçme hükümleri (m.36) uygulanacaktır. Zira, bu örnekte mağdur henüz hürriyetinden alıkonulmamış, suçun icrasına başlanmakla birlikte, henüz hareket tamamlanmadan icra hareketlerinden vazgeçilmiştir. Buna karşılık, fail, mağduru zorla arabaya bindirip onu alıkoymaktan sonra mağduru şahsına zarar vermeden serbest bırakırsa, etkin pişmanlık hükmünden yararlanır.

B- Fail, Mağduru Kendiliğinden Serbest Bırakmış Olmalıdır

Etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesinin ikinci şartı, failin mağduru serbest bırakmış olmasıdır. Serbest bırakma gerçek bir pişmanlık sonucu hür iradeyle "*kendiliğinden*" gerçekleştirilmelidir⁶. Pişmanlığın hangi gerekçelerle ortaya çıktığının önemi yoktur. Hükmün uygulanabilmesi bakımından önemli olan, failin mağduru serbest bırakma yönündeki iradesinin hür bir irade sonucu ortaya çıkmış olması, bir başkasının, soruşturma makamlarının baskısı⁷ yahut harici bir durumun tazyikinin söz konusu olmamasıdır⁸.

Etkin pişmanlık hükümlerinin temelinde gönüllülük bulunmaktadır. Yani fail, etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanmasına esas oluşturan davranışı serbest iradesiyle, hiçbir baskı ve zorlama olmadan yerine getirmiş olmalı, bu yöndeki iradesi samimi olmalıdır⁹. Failin iradesi, mağduru serbest bırakması konusunda baskı altına alınmışsa, fail

⁶ Tezcan-Erdem-Önok, s.507; Soyaslan, s.270; Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, s.279.

⁷ "Sanık Mehmet'in evlenmesi amacıyla mağdurenin hürriyetinden yoksun kılınması nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 109/5. maddesi kapsamında atılı suçun cinsel amaçla işlendiğinin kabulü gerektiği, ayrıca sanıkların araca bindirdikleri sırada mağdurenin bir kısım eşyasının olay yerinde kaldığı ve ihbar üzerine kolluk görevlilerinin olay yerine gitmeleri nedeniyle soruşturmanın başlamasından sonra sanıkların mağdureyi tanık ...'ya teslim etmelerinden dolayı haklarında 5237 sayılı TCK'nın 110. maddesinin uygulanma koşullarının bulunmadığı anlaşıldığından, tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir" *Yarg. 14. CD., 07.05.2015, 2013/6599, 2015/6198.*

⁸ Yaşar-Gökcan-Artuç, s.3831.

⁹ "Türk Dil Kurumunun Türkçe Sözlüğünde pişmanlığın; "yaptığı bir işin veya davranışın olumsuz sonucunu görerek üzülme, nadim olma" olarak açıklandığı da göz önüne alındığında, müştekiden cezası olduğundan bahisle sanıkların 3200 TL parayı aldıktan, diğer bir anlatımla amaçlarına ulaştıktan sonra serbest bırakmaları nedeniyle eylemlerinden dolayı pişmanlık duyduklarını gösterir bir kanıtın bulunmadığının dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, sanıklar haklarında TCK'nın 110. maddesinin uygulanmaması gerektiğinin gözetilmemesi aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." *Yarg. 14. CD., 30.03.2017, 2016/3546, 2017/1699.*

bu hususta tehdit edilmişse, zorlanmışsa, bu takdirde gönüllülükten söz edilemeyecektir. Kısacası, mağdurun serbest bırakılması, failin samimi olarak bunu istemesiyle gerçekleşmiş olmalıdır. Bununla birlikte, gönüllülüğün ortaya çıkmasında hangi faktörün etkili olduğunun bir önemi yoktur. Gönüllülük, acıma duygusu, pişmanlık, yaptırım korkusu gibi sebeplere bağlı olarak ortaya çıkmış olabilir. Burada tespiti gereken, failin, hangi sebeplerle ortaya çıkarsa çıksın, serbest ve özgür iradesiyle, samimi bir şekilde mağduru güvenli bir yerde serbest bırakıp bırakmadığıdır.

Mağdurun, onur, şeref, namus duygularını incitici tarzda serbest bırakılması halinde, etkin pişmanlık hükmü uygulanmamalıdır. Örneğin, mağdurun güvenli bir yerde çırılçıplak vaziyette bırakılması halinde, etkin pişmanlık uygulanmaz¹⁰. Zira, bu gibi durumlarda, samimi bir pişmanlığın bulunduğundan söz edilemeyeceği gibi, failin etkin pişmanlıktan yararlandırılması, hükmün konuluş amacına aykırı düşer.

Hükmün uygulanabilmesi bakımından serbest bırakmanın, ilk alıkoyma anından itibaren ne zaman sonra gerçekleştiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Mağdurun hürriyetinin kısıtlanmasından kısa bir süre sonra ya da uzun bir süre sonra serbest bırakılması, etkin pişmanlığın uygulanması açısından farksızdır¹¹.

C- Henüz Soruşturma Başlamamış Olmalıdır

110 uncu maddede yer verilen etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için, failin mağduru henüz soruşturma başlamadan önce serbest bırakmış olması gerekir. 5271 sayılı CMK.'nın 2-e maddesine göre soruşturma; *"kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi"* ifade etmektedir. Suç şüphesinin öğrenilmesi, resen, ihbar veya şikayet yoluyla ya da herhangi bir surette söz konusu olabilir. Bir suçun işlendiği şüphesinin soruşturmaya yetkili makamlar (Cumhuriyet savcısı, kolluk gibi) tara-

¹⁰ Yaşar-Gökcan-Artuç, s.3831.

¹¹ "Olay günü sanığın, evde resmi nikahlı eşi olan mağdureyle çıkan tartışmanın büyümesi üzerine onu zorla banyoya kapatarak kilitlemesinin ardından şahsına zarar vermeksizin ertesi gün sabah çıkartıp ailesine gönderdiği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, sanık hakkında TCK'nın 109/2,3-e. maddeleri ile belirlenen cezada aynı Kanununun 110. maddesinin tatbiki gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması neticesinde fazla ceza tayini" *Yarg. 14. CD., 05.07.2017, 2014/8021, 2017/3653.*

findan haber alınması ile birlikte soruşturma başlamış kabul edilir. Suç şüphesi, soruşturmaya yetkili makamlarca öğrenildikten sonra, failin mağduru serbest bırakmış olması halinde, etkin pişmanlık hükmünün uygulanması mümkün değildir¹².

Tatbikatta, 110 uncu maddenin uygulanması bakımından, soruşturmanın başladığı an olarak Cumhuriyet savcısının suç şüphesini öğrendiği an esas alınmakta ve suç şüphesi henüz Cumhuriyet savcısına intikal ettirilmeden önceki aşamada bu maddeye göre hareket edilmesi halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmektedir¹³. Ancak doktrinde kolluk kuvvetlerine yapılan soyut ih-

¹² Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, s.279; Soyaslan, s.270. "Sanığın (..) diğer sanık ...'le birlikte bıçak tehdidiyle araca bindirip kaçırdıkları mağdureyi haklarında başlatılan adli soruşturma devam ettiği sırada 28.02.2009 günü şahsına herhangi bir zarar vermeksizin ailesine teslim ettiği dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, hakkında 5237 sayılı TCK'nın 109/2,3-a,3-b,5. maddeleri gereğince belirlenen cezada koşulları oluşmadığı halde aynı Kanununun 110. maddesi ile indirim yapılması suretiyle eksik ceza tayini (..)" *Yarg. 14. CD., 23.02.2017, 2014/6226, 2017/955*; "Sanıkların yakınan N. K.'ü henüz serbest bırakmadan, eşi B. K.'ün şikayette bulunması üzerine soruşturmanın başlamış olması ve sanıkların yakınanın ellerini ve gözlerini bağlamak suretiyle özgürlüğünü kısıtlayarak yağma suçunu işlemeleri biçiminde oluşan eylemlerinde, 5237 sayılı TCK'nun 110. maddesindeki etkin pişmanlık koşullarının oluşmadığı gözetilmeden, anılan madde uyarınca indirim hükümlerinin uygulanması karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır" *Yarg. 6. CD., 15.07.2009, 2009/6491, 2009/11088*; "Sanıkların mağdureyi haklarında soruşturma başlatıldıktan sonra ailesine teslim ettiklerinin anlaşılması karşısında, sanıklar haklarında TCK'nun 110. maddesine göre indirim yapılması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır" *Yarg. 14. CD., 03.04.2012, 2011/14451, 2012/3920*.

¹³ "Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen 08.12.2015 gün ve 2014/710 Esas, 2015/502 sayılı Kararında, soruşturma evresinin suç şüphesinin Cumhuriyet Savcısı tarafından öğrenilmesiyle başlayacağını belirtmesi ve sanıkların, henüz Cumhuriyet Savcısına işlenen suçla ilgili bilgi verilmeden önce mağdureyi şahsına bir zarar vermeksizin babasına teslim ettiklerinin tüm dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, haklarında koşulları oluştuğu halde 5237 sayılı TCK'nın 110. maddesinin uygulanmaması suretiyle cezaların fazla tayini" *Yarg. 14. CD., 03.05.2017, 2016/9057, 2017/2385*; "Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen 17.10.2006 gün ve 165-213 sayılı Kararında da vurgulandığı üzere, soruşturma evresinin, suç şüphesinin Cumhuriyet savcısı tarafından öğrenilmesiyle başlayacağını ve dosya içeriğine göre suçun Cumhuriyet savcısına intikal ettirilmesinden önce mağdurenin şahsına zarar verilmeksizin sanıklar tarafından polis merkezine getirildiğinin anlaşılması karşısında, TCK'nın 110. maddesinin uygulanma koşullarının oluştuğu gözetilmeden yazılı şekilde aynı Kanununun 109/2, 109/3-b, 109/5. maddeleri gereğince hükümler kurulması suretiyle sanıklar haklarında fazla ceza tayini" *Yarg. 14. CD., 10.01.2017, 2014/6739, 2017/70*; "Dairemizce de benimsenen ve ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 08.12.2015 gün, 2014/14-710 Esas, 2015/502 Karar sayılı ilamında açıklandığı üzere Cumhuriyet Savcısının olaydan haberdar edilmesiyle soruşturmanın başlayacağı, dosya kapsamına göre sanıkların mağduru saat 22:00 sıralarında

barların da soruşturmanın başlaması bakımından yeterli olduğu ifade edilmiştir¹⁴.

Kanımızca, CMK.'nın 158/1 inci maddesinde yer alan; "Suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir" hükmü uyarınca, kolluk makamları da CMK.'nın 2-e maddesinde belirtilen yetkili mercilerden olduklarından, kolluk makamlarına yapılan suç bildirimini ile birlikte geniş manada soruşturmanın başladığını kabul etmek gerekir. Anlaşılan o ki, Yüksek Mahkeme, CMK.'nın sisteminde Cumhuriyet savcısının soruşturmaya tek yetkili merci olmasını göz önünde bulundurarak, Cumhuriyet savcısının suç şüphesini öğrenmesiyle birlikte soruşturmanın başlayacağını kabul etmiştir.

Fail, soruşturmanın başladığından habersiz bir şekilde, kendiliğinden mağduru güvenli bir yerde bırakmışsa, etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanamaz. Burada bizzatı pişmanlık, hükmün tatbiki bakımından yeterli olmayıp, aynı zamanda bunun etkin olması ve kanunda aranan şartları taşıması lazımdır. Bununla birlikte, soruşturmanın başlayıp başlamadığı ve pişmanlık gösteren kişilerin bunu bilip bilmediği hususunda tereddüt varsa, şüphe sanık lehine yorumlanabilir¹⁵.

Soruşturma makamlarının işe el koymasından sonra serbest bırakmada, bu koşul gerçekleşmiş sayılmaz. Pişmanlık, suç, yetkili ma-

serbest bırakmalarının ardından durumun saat 22:30'da Cumhuriyet Savcısına bildirildiği anlaşıldığından, sanıklar haklarında TCK'nın 110. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi" *Yarg. 14. CD.*, 15.12.2016, 2014/6727, 2016/8504.

¹⁴ Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.426.

¹⁵ "Kamu davasına konu olayda mağdureyi yaklaşık beş saat sonra serbest bırakan sanıkların olayın kolluk makamları tarafından soruşturulduğunu öğrendikleri ve bunun etkisiyle serbest bırakma iradesinin oluştuğuna dair sanıklar aleyhine somut bir delil bulunmadığı gibi mağdurenin olayın akabinde kollukta verdiği ilk ifadesinde geçen " ...daha sonra ben ağladım ve kendisini ikna ettim ve bana herhangi bir zorlamada bulunmadan beni aileme teslim etmeye karar verdi ve teslim etmek için Söğüt'e getirdi" şeklindeki beyanı ile de bu husustaki şüphenin sanıklar lehine yorumlanması gerektiği nazara alınarak tüm sanıklar hakkında TCK'nun 110. maddesinin tatbiki gerektiği halde soyut gerçeklerle anılan maddenin uygulanmaması" *Yarg. 5. CD.*, 26.10.2010, 2009/12527, 2010/7763; "Mağdure beyanları, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; soruşturmanın ne zaman başladığının tespit edilememesi nedeniyle şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işleyen sanığın, soruşturma başlamadan önce mağdureyi şahsına bir zararı dokunmaksızın güvenli bir yerde serbest bıraktığının kabulünde zorunluluk bulunması nedeniyle sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 110. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi" *Yarg. 14. CD.*, 28.04.2016, 2016/1486, 2016/4362.

kamlarca öğrenilmeden gerçekleşmelidir. Bu nedenle örneğin yetkili makama ihbar yapıldıktan sonra etkin pişmanlık mümkün değildir. Bununla birlikte, kanun koyucunun, 110 uncu madde kapsamında, failin haksız davranışını serbest iradesiyle sonlandırması ve mağdurun şahsına zarar vermeden onu güvenli bir yerde bırakmış olmasına bir değer atfettiği de bir gerçektir. Bu koşulun, soruşturma başladıktan sonra gerçekleştiği durumlarda, etkin pişmanlık hükmünün uygulanma imkanı kalmadığından, bu durum sanık lehine olacak şekilde temel cezanın tespitinde göz önünde bulundurulmalıdır (m.61).

D- Fail, Mağduru Güvenli Bir Yerde Bırakmış Olmalıdır

110 uncu maddede düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için, hürriyeti tahdit edilen mağdurun, fail tarafından alelade bir yerde değil, can ve mal güvenliği açısından tehdit oluşturmayan ve ileride oluşturmayacak bir yerde bırakılmış olması gerekir¹⁶. Bu açıdan sadece mevcut tehlikeler değil, potansiyel tehlikelilik durumu da değerlendirilmelidir. Örneğin gündüz vakti tehlikeli görülmeyen bir yer, aydınlatmanın bulunmaması sebebiyle gece vakti zifiri karanlığa bürünüyorsa, gündüz tehlikeli olmayan bu yer, gece vakti tehlikeli hale gelebilir. Bu açıdan, mağdurun serbest bırakıldığı yer ve zamana ilişkin tüm koşullar gözetilmeli ve olası tehlikelilik durumu göz önünde bulundurulmalıdır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre; *"TCY'nın 110. maddesi anlamında "güvenli bir yer"den sözedilebilmesi için, mağdurun istediği yere, özellikle bir yerleşim birimine kolaylıkla ulaşabileceği, fiziksel ya da manevi olarak zarar görmeyeceği ve herkesin gelip geçtiği bir yerde serbest bırakılmış olması gerekmektedir. Yasakoyucu, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için mağdurun serbest bırakılmasını yeterli bulmamış, diğer koşulların yanında mağdurun serbest bırakıldığı yerin güvenli olması koşulunu da aramıştır. Bu bağlamda mağdurun gece vakti, yerleşim yerine uzak ve ıssız bir yere bırakılması halinde fail, bu hükümden istifade edemeyecektir"*¹⁷.

¹⁶ Koca-Üzülmez, s.419; Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, s.279; Tezcan-Erdem-Önok, s.508; Yaşar-Gökcan-Artuç, s.3831. "sanıkların soruşturma başlamadan önce mağdur Mehmet Akpınar'ı şahsına zarar vermeden güvenli bir yer olan şehirlerarası otobüs terminaline bıraktıkları gözetilmeden, 5237 sayılı TCK.nun 110. maddesi uyarınca hükmedilen cezada indirim yapılmayarak fazla ceza tayin edilmesi" Yarg. 8. CD., 23.11.2009, 2007/7332, 2009/14826.

¹⁷ Yarg. CGK., 15.11.2011, 2011/6-188, 2011/231.

Fail, mağduru, can veya mal güvenliği açısından tehlike oluşturabilecek bir ortamda serbest bıraktığında, ahlaki kötülüğünü devam ettirmiş olacağından, samimi bir pişmanlık gösterdiğinden söz edilemeyecektir. Kanun koyucu, bu şarta etkin pişmanlık hükmünde yer vererek, mağdurun serbest bırakılmasından sonra, şahsı bakımından potansiyel tehdit ve tehlikelerle karşı karşıya kalmamasını, böylelikle onun can ve mal güvenliğinin korunmasını sağlamayı hedeflemiştir. Örneğin, fail mağduru hukuka aykırı olarak aracına bindirip bir süre dolaştırdıktan sonra, ıssız bir ormanın yanından geçerken yol kenarına bırakmış olması halinde, etkin pişmanlık hükümleri uygulanamayacaktır.

Mağdurun, niteliği itibariyle güvenli kabul edilen mekanlara ya da bunların yakınlarına bırakılması halinde, bu şartın değerlendirilmesi daha kolaydır. Örneğin mağdurun, adliyeye, polis merkezine, kamu kurumlarına bırakılması halinde bu şartın gerçekleştiği kabul edilebilir¹⁸.

Mekanın güvenli olup olmadığının değerlendirilmesinde, bulunan yerin özellikleri, nüfus yoğunluğu, serbest bırakma zamanı gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin Yargıtay'ın bir kararında, sanığın mağdureyi kolundan tutarak aracın içine çekmesinin ardından hareket ederek yaklaşık 200 metre ilerledikten sonra mağdurenin şahsına herhangi bir zarar vermeksizin kendiliğinden petrol istasyonu yakınına bırakması hadisesinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına hükmetmiştir¹⁹. Kanımızca belirli bir yerin güvenli olup olmadığı yönünden, yalnızca mekanın niteliği değil somut olayın tüm koşulları göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin mağdurun, son derece tenha olan bir yerleşim yerinde gece vakti, yol üzerinde bulunan ancak gece vakti olması sebebiyle kapalı olan bir benzin istasyonunun yakınına bırakılması halinde bu şartın gerçekleştiği söylenemeyecektir.

Fail, mağdurun evine girip onu alıkoyduysa ve bir müddet sonra kendiliğinden evden ayrılarak mağduru kendi evinde serbest bırakmışsa, mağdura ait ev kendisi açısından güvenli kabul edileceğinden bu

¹⁸ "Olay günü sanığın, dinlenme tesisinde araçla sıra beklerken resmi nikahlı eşi olan mağdureyle tartışmaya başlamasının ardından araçtan inerek uzaklaşan mağdurenin peşinden gidip zorla araca bindirerek hareket ettiği ve bir süre sonra alıkoyduğu mağdureyi şahsına zarar vermeksizin polis karakoluna götürüp teslim ettiği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, sanık hakkında TCK'nın 109/2,3-e. maddeleri ile belirlenen cezada aynı Kanunun 110. maddesi ile indirim yapılması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması neticesinde fazla ceza tayini" *Yarg. 14. CD., 05.07.2017, 2014/8499, 2017/3663.*

¹⁹ *Yarg. 14. CD., 01.12.2016, 2016/3265, 2016/8179.*

şartın gerçekleştiği kabul edilmelidir. Yargıtay bir kararında; sanığın, evin kapısını kilitlemek suretiyle mağdurenin hürriyetini kısıtladıktan bir süre sonra şahsına herhangi bir zarar vermeksizin kendiliğinden serbest bırakması eyleminde, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir²⁰.

E- Mağdurun Şahsına Bir Zarar Verilmemiş Olmalıdır

Etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmek için, hürriyeti sınırlandırıldıktan sonra serbest bırakılan mağdurun şahsına herhangi bir zarar verilmemiş olması gerekmektedir. Zarar kavramından maksat, mağdurun bizzat şahsına, onun vücut²¹ veya cinsel dokunulmazlığı-

²⁰ *Yarg. 14. CD.*, 12.06.2017, 2014/8240, 2017/3210.

²¹ "sanıkların yağma suçunu gerçekleştirmek için katılanları silah zoru ile birbirlerine kelepçeledikleri, katılan C. Ç. 'e etkili eylemde buldukları, dört saat kadar dolaşım özgürlüklerini kısıtladıkları ve yağma suçunu tamamladıktan sonra katılanları şikayetçi olmamaları konusunda tehdit ederek serbest bıraktıklarının anlaşılması karşısında, "mağdurun şahsına zarar vermeksizin güvenli bir yerde serbest bırakılması" halinde uygulanabilme olanağı olan ve somut olayda sanıkların yağma suçunu işlemekle ve etkili eylemde bulunmakla "zarar" unsurunun oluştuğu ve bu nedenle uygulama imkanı bulunmayan 5237 sayılı TCK'nın 110.maddesi ile cezalardan indirim yapılması, karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır" *Yarg. 6. CD.*, 27.09.2010, 2009/14853, 2010/14407; "..Adli Tıp Kurumu Ankara Adli Tıp Şube Müdürlüğünün 27.05.2007 tarihli doktor raporu içeriğinden mağdurenin eylem neticesinde darp edilerek şahsına zarar verildiği gözetilmeden, koşulları oluşmadığı halde, cezasından TCK'nın 110. maddesi ile indirim yapılması.." *Yarg. 14. CD.*, 12.04.2012, 2011/4981, 2012/4360; "Zorla alıkoyma sırasında yüzünde sigara söndürdüğü mağdurun şahsına zarar verdiği anlaşılan sanığa hükmolunan cezanın etkin pişmanlık nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 110. maddesi uyarınca indirilmesi suretiyle noksan ceza tayini aleyhine temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır" *Yarg. 8. CD.*, 24.03.2010, 2008/3681, 2010/4612; "Oluşa uygun kabule göre, sanığın haklarında kurulan hükümler daha önce kesinleşen diğer sanıklarla birlikte mağduru rızası dışında bindirdikleri araçla zorla kaçırıp hürriyetinden yoksun kılmalarının ardından götürdükleri bahçelikte ayrıca kasten yaralamak suretiyle şahsına zarar verdikleri tüm dosya içeriğinden anlaşılmalı, koşulları oluşmadığı halde sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 110. maddesinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini (..)" *Yarg. 14. CD.*, 09.03.2017, 2014/7646, 2017/1248.

na²² yönelik fiziki saldırılar, kısacası madden verilen bedensel zararlar anlaşılmalıdır²³.

Vücuda fiziki saldırı olmaksızın, mağdurun vücut bütünlüğüne, organlarına zarar verildiği durumlarda da, mağdurun şahsına zarar verilmiş olacağına tereddüt yoktur. Örneğin fiziki bir müdahale olmadan, yüksek sesle müzik dinletilerek mağdurun kulak zarının patlatılması halinde, mağdurun şahsına zarar verilmiş olur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 26.04.2011 gün ve 208–64 sayılı kararında, TCY'nın 110. maddesinde geçen "mağdurun şahsına zarar" kavramından, mağdurun vücut bütünlüğü ve cinsel dokunulmazlığına yönelik davranışların kastedildiğini belirterek, manevi ve ekonomik zararların bu kapsamda değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir²⁴. Bu kapsamda örneğin, kaçırdığı mağdurun cüzdanını alması, ona hakaret

²² **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.427. "Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, mağdureye yönelik basit cinsel istismar eyleminde bulunan sanık hakkında, koşulları oluşmadığı halde TCK'nın 110. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır" *Yarg. 14. CD.*, 16.05.2017, 2014/7731, 2017/2637; "Sanığın 5 yaşındaki mağdureyi hile ile evine götürüp cinsel istismarda bulunması karşısında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eyleminin mağdurenin şahsına zararı dokunmaksızın serbest bırakacak şekilde gerçekleşmediği ve TCK'nın 110. maddesinin uygulanmasının olanaklı olmadığı .." *Yarg. 14. CD.*, 09.01.2012, 2011/6017, 2012/27;

²³ **Üzülmez**, s.1204; **Tezcan-Erdem-Önok**, s.507; Doktrinde manevi bütünlüğe yönelik psikolojik zararların da bu kapsamda kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Bkz. **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.427; **Soyaslan**, s.270; **Yurtcan**, s.151.

²⁴ "Gerek öğretilerde baskın görüşlerde gerekse Yargıtay Özel Dairelerinin kararlarında TCY'nın 110. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması açısından mağdurun uğradığı her türlü zarar, bu Bağlamda manevi ve ekonomik zararlar "mağdurun şahsına verilmiş zarar" olarak değerlendirilmemektedir. Aksinin kabulü, yani mağdurun uğradığı her türlü zararın da bu kavram içinde değerlendirilmesi halinde, özgürlüğü kısıtlanan bir kişinin bundan etkilenmeyeceği ve üzüntü, korku vb. şekilde bir zarar görmeyeceği düşünilemeyeceğinden maddenin uygulanması fiilen olanaksız hale gelebilecektir. Kaldı ki, "mağdurun şahsına zarar" kavramının sanık aleyhine genişletilmesi sonucunu doğuracak böyle bir yorumun 5237 sayılı TCY'nın 2/3. maddesi karşısında yasal bir dayanağının bulunmadığı da ortadadır. TCY'nın 110. maddesinde yer alan "mağdurun şahsına zarar" kavramının yasa koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu, zira mağdurun uğrayacağı her türlü zararın bu maddenin uygulanmasına engel oluşturmasının istemesi halinde, "mağdurun şahsına zarar" ifadesi yerine "mağdura bir zarar" kavramının tercih edilmesi gerektiği de gözardı edilmemelidir. Bu nedenle TCY'nın 110. maddesinde geçen "mağdurun şahsına zarar" kavramından mağdurun vücut bütünlüğü ve cinsel dokunulmazlığına yönelik davranışların kastedildiğinin kabulü zorunludur" *Yarg. CGK.*, 26.04.2011, 2010/6-208, 2011/64.

veya tehdit etmesi, malına zarar vermesi²⁵, cinsel tacizde bulunması²⁶ gibi hallerde, mağdurun fiziki bütünlüğüne yönelik bir saldırıdan söz edilemeyeceğinden, bu durum etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasına engel oluşturmayacaktır.

Etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi bakımından, vücut dokunulmazlığına yönelik zararın ne boyutta olması gerektiği hususu üzerinde durmak gerekir. Zira, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu düzenleyen 109 uncu maddenin 2 nci fıkrasında; *"Kişi, fili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolünür"* denilmektedir. Böylelikle suçun cebir kullanılarak işlenmesi, nitelikli hal kabul edilerek, bileşik suç (m.42) düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, fiilin cebir kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, ayrıca cebir suçundan dolayı cezaya hükmolünmayacak, failin yalnızca 109 uncu maddenin 2 nci fıkrası uyarınca cezalandırılması söz konusu olacaktır. 109 uncu maddenin 6 ncı fıkrasında yer alan *"Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır"* hükmü gereğince de, uygulanan cebir sonucunda eğer 87 nci maddedeki ağırlaştırılmış hallerden biri gerçekleşmiş olursa, ayrıca bu ağırlaşan neticeden dolayı da failin sorumlu tutulması söz konusu olacaktır.

Yaralamanın hangi boyutta olması halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceği konusunda, Yargıtay'ın farklı kararları bulunmaktadır. Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 08.03.2016 tarih ve 2015/6009 E., 2016/2257 K. sayılı kararında; *"tüm dosya içeriğine göre, sanığın, temyize gelmeyen sanık ...'la beraber mağduru zorla araca bindirip ormanlık alana götürdükten sonra araçtan indirip basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde dövme suretiyle mağdurun şahsına zarar vermeleri karşısında, şartları oluşmadığı halde TCK'nın 110. maddesinin uygulanmasını"* yasaya aykırı bulmuştur.²⁷

²⁵ Tezcan-Erdem-Önok, s.508; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.427.

²⁶ "Tüm dosya kapsamına göre, sanığın olay günü sokakta oynamakta olan mağduru evine götürüp cinsel organını gösterdiği, mağdurun korkarak ağlamaya başlaması üzerine şahsına zararı dokunmaksızın hemen evinden gönderdiği anlaşılmalı, sanık hakkında koşulları olduğu halde 5237 sayılı TCK'nın 110. maddesinin tatbik edilmemesi neticesinde fazla ceza tayini" Yarg. 14. CD., 04.06.2015, 2013/6789, 2015/6897.

²⁷ Yargıtay'ın aynı yönde kararları bulunmaktadır. "Tüm dosya içeriğine göre, sanığın mağdur ...'i darp etmek amacıyla hürriyetinden yoksun kıldıktan sonra basit tıbbi müdahale

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 23.05.2016 tarih ve 2014/4796 E., 2016/4982 K. sayılı kararında ise; "kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi amacıyla, işlendiği süreyle sınırlı bir zaman dilimi içerisinde ve eylemin gerçekleştirilmesi sırasında mağdurun, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurunu oluşturacak ve kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine ulaşmayacak şekilde yaralanması halinde, diğer şartların da var olması kaydıyla etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceği, dosya içeriğine göre de, sanığın cebir kullanmak suretiyle araca bindirdiği mağduru bir süre alıkoyduktan sonra ve soruşturma başlamadan önce güvenli bir yerde bıraktığının ve mağdurun yaralanmasının da basit tıbbi müdahale ile iyileşebilecek şekilde olduğunun anlaşılması karşısında, sanık hakkında koşulları oluştuğu halde 5237 sayılı TCK'nın 110. maddesinde

ile giderilebilir şekilde yaralaması eyleminin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tamamlanmasından sonra gerçekleşmesi nedeniyle uygulama yeri bulunmadığı halde mağdur ...'e yönelik eylem nedeniyle de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan verilen cezada TCK'nın 110. maddesi uyarınca indirim yapılması" *Yarg. 14. CD., 22.06.2016, 2015/6533, 2016/6215*; "Sanığın, diğer sanıklar G... ve İ... ile birlikte zorla araca bindirdikleri mağduru, Afşin Devlet Hastanesinden alınan 15.02.2011 tarihli rapora göre basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralamak suretiyle şahsına zarar verdikten sonra bıraktıklarının anlaşılması karşısında, mahkemece koşulları oluşmadığı halde sanık lehine TCK'nın 110. maddesinin uygulanması sonucunda eksik ceza tayini karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır" *Yarg. 14. CD., 18.11.2015, 2013/11185, 2015/10733*; "sanığın mağdureyi basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaralayaarak şahsına zarar verdiği anlaşıldığından hakkında TCK'nın 110. maddesinin koşulları oluşmadığı halde yazılı şekilde uygulanması" *Yarg. 14. CD., 20.05.2015, 2013/6211, 2015/6615*; "Mağdureyi kaçırdıkları sırada basit tıbbi müdahale ile giderilebilir ölçüde yaralamak suretiyle şahsına zarar verdikleri anlaşılan sanıklar haklarında koşulları oluşmadığı halde 5237 sayılı TCK'nın 110. maddesinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini" *Yarg. 14. CD., 10.11.2015, 2013/11751, 2015/10451*; "Oluşa göre, eşi olan, katılan mağdureyi rızası dışında zorla götürüp hürriyetinden yoksun kılan sanığın, götürdüğü yerde ayrıca mağdureye tokat vurmak suretiyle şahsına zarar verdiği anlaşılmakla, koşulları oluşmadığı halde sanık hakkında TCK'nın 110. maddesinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini" *Yarg. 14. CD., 16.12.2014, 2013/3498, 2014/14307*; "Sanıkların mağdurenin elini birlikte bağlamalarının ardından sanık..in mağdureyi tokatladığı tüm dosya içeriğinden anlaşılacakla sanıklar haklarında şartları oluşmadığı halde TCK'nın 110. maddesinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır" *Yarg. 14. CD., 17.09.2015, 2013/8481, 2015/8503*; "Oluşa göre, eşi olan, katılan mağdureyi rızası dışında zorla götürüp hürriyetinden yoksun kılan sanığın, götürdüğü yerde ayrıca mağdureye tokat vurmak suretiyle şahsına zarar verdiği anlaşılmakla, koşulları oluşmadığı halde sanık hakkında TCK'nın 110. maddesinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini" *Yarg. 14. CD., 16.12.2014, 2013/3498, 2014/14307*.

düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmaması” bozma sebebi sayılmıştır²⁸.

109 uncu maddede, suçun cebir kullanılarak işlenmesi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelik unsuru olarak kabul edildiğinden ve etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması bakımından 110 uncu maddede bu hususta bir açıklamaya yer verilmediğinden, vücut dokunulmazlığına yönelik zararın boyutunun asgari olarak 86 ncı maddenin 1 ve 2 nci fıkralarında gösterilen yaralama düzeyinde olması gerektiği düşünülebilir²⁹.

²⁸ "Dosya kapsamı nazara alındığında, tokat atmak suretiyle cebir kullanarak mağdureyi araca bindirip hürriyetini kısıtlayan sanığın, soruşturma başlamadan önce ve şahsına zarar vermeksizin mağdureyi kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bıraktığının anlaşılması karşısında, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen 08.12.2015 gün ve 2014/14-645 Esas, 2015/498 sayılı Kararında da açıklandığı üzere, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemek için gerçekleştirilen ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama niteliğinde olmayan cebir eylemlerinin suçun unsuru olup diğer şartların varlığı halinde 5237 sayılı TCK'nın 110. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği gözetilerek sanık hakkında TCK'nın 110. maddesinde yer alan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerekirken kanuni olmayan gerekçeyle anılan maddenin uygulama dışı bırakılması" Yarg. 14. CD., 15.02.2016, 2014/2430, 2016/1286; "mağdurenin babası olan sanığın, mağdureyi ipe bağlarken uyguladığı cebirin TCK'nın 109/2. maddesinin unsuru olduğu, bu sebeple oluşan basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekildeki yaralanmanın mağdureye zarar verdiği anlamına gelmeyeceği, TCK'nın 110. maddesinin koşulları oluştuğu gözetilmeden anılan maddenin uygulanmayarak sanık hakkında fazla ceza tayini" Yarg. 14. CD., 22.12.2015, 2014/1156, 2015/11935.

²⁹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin, 16.12.2014 tarih ve 2013/3498 E., 2014/14307 K . sayılı kararının Karşı Oy Yazısında; "Etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için TCK 110/1 maddesindeki şahsa zarar verilmeme şartındakı zararın, yaralanmanın temel ve basit halindeki bir zarar mı yoksa nitelikli yaralamadaki zarar mı olduğu hususunu, TCK 109/1-2-6, 86/1-2, 87/1, 110/1 maddelerindeki tanım ve düzenlemeler dikkate alınarak ve bunlar göz ardı edilmeksizin yorumlamak gerekir. Bu düzenlemeler çerçevesinde TCK 109/2 maddesinde tanımlanan suçun gerçekleştirilmesi sırasındaki oluşan TCK 86/1 ve 2 kapsamında kalan basit ve temel nitelikteki yaralanmalar nedeniyle ayrıca yaralama suçundan ceza verilmemekte, bu yaralanmalar suçun unsuru olarak kabul edilmektedir. Bu yaralama (şahsa verilen zarar) nitelikli olursa, yani TCK 87/1 kapsamında kalırsa TCK 109/6 belirtildiği şekilde ayrı bir suç oluşturmaktadır. Bu açıklamalar ışığında, TCK 110/1 maddesindeki etkin pişmanlığa engel olan "mağdurun şahsına bir zarar dokunmaksızın" şartının, TCK 87/1 deki nitelikli hallerdeki yaralanmalar olduğu, suçun işlenmesi sırasında mukavemeti kırmak için oluşan ve suçun unsuru olan basit ve temel haldeki yaralanmaları kapsamadığı anlaşılmaktadır. Zira maddenin başında, " yukarıdaki suçu işleyen kişi " denilmektedir. Bu suçu işleyen kişi suçun basit halini işleyebileceği gibi TCK 109/2 maddesindeki nitelikli halini de işleyebilir. TCK 110 maddesindeki düzenlemede, etkin pişmanlığın sadece TCK 109/1 deki suçun basit halinde uygulanacağına, TCK 109/2. maddesindeki nitelikli hallerden olan eylem ile oluşursa uygulanmayacağına ilişkin bir ayırım yoktur. TCK 110 madde bir istisna getirmeksizin 109. maddeye bütünüyle bir atıf yapmaktadır. Bu nedenle TCK 109 mad-

Kanımızca, etkin pişmanlık hükümlerinin mahiyeti gereği, m.86/1 düzeyindeki yaralamalarda, mağdura zarar verilmediğini kabul etmek, hükmün konuluş amacına aykırı olduğu gibi, etkin pişmanlık düzenlemelerinin genel mantığı ile de bağdaşmamaktadır. Öte yandan, 86/2 düzeyindeki yaralamalarda, etkin pişmanlık hükmü uygulanamaz ise, 110 uncu maddenin uygulanma alanı oldukça daralmış olacaktır. O halde, mağdurun vücuduna yönelik zararın basit tıbbi müdahaleyle giderilebilir nitelikte olması (m.86/2) halinde (109 uncu maddedeki suçun çoğu zaman içerisinde belirli bir oranda zorlamayı da içerdiği ve 109 uncu maddenin 6 ncı fıkrasındaki özel düzenleme de gözetilerek), 110 uncu maddedeki etkin pişmanlık hükmünün uygulanması kabul edilmeli, bunu aşan düzeydeki yaralamalarda (m.86/1 ve 87) mağdurun vücuduna zarar verildiği sonucuna ulaşılarak, etkin pişmanlık hükmü tatbik edilmemelidir.

Son olarak, failin, belirli amaçlarla mağduru alıkoyduğu durumlarda, elde edilmek istenen hukuka aykırı amaca erişildikten sonra, maddede belirtilen şartların sağlanması halinde etkin pişmanlık hükmünün uygulanmaması gerekir. Bu gibi durumlarda, hürriyetten alıkoyma ile ulaşılmak istenen amaç arasındaki ilişki, yapılan haksızlığın

desindeki suçun işlenmesi esnasında, suçu gerçekleştirmek için veya gerçekleştirdiği sırada yapılan yaralamalar (verilen zarar) TCK 109/6. maddesinin atf yaptığı şekilde TCK 87/1 kapsamına varan düzeyde olmaması halinde ve cinsel bir eylemde de bulunulmamış ise, daha sonra herhangi bir saikle mağdureyi bırakan sanıkların, bu davranışı TCK 110 maddesi kapsamında kalmalıdır. Bu değerlendirmelerin aksini kabul halinde ceza yasasının ve ilgili maddelerin amacına uymayacak şekilde ceza adaletsizlikleri ortaya çıkacaktır. Örneğin; basit yaralamaya göre, TCK 106/2 de tanımlanan cezasıda daha fazla olan ve mağdure üzerinde etkisinde daha çok olacak şekilde mağdureye ruhsal yönden daha ağır zarar verecek silahlı bir tehditle kaçırıp daha sonra bırakacak bir sanık, mağdurenin şahsına zarar vermedi diye bu maddeden yararlanabileceken, hürriyetini yoksun kıldığı mağdureyi pişmanlıkla bırakan başka bir sanık, suçu gerçekleştirirken mukavemet sırasında mağdurenin basit yaralanması nedeniyle indirim maddesinden yararlanamayacaktır. Diğer bir halde de, ağır bir tehditle suçu işleyen ama mağdureyi serbest bırakmayan biri ile, basit yaralama ile suçu işleyip sonra pişman olup, mağdureye nitelikli bir zarar vermeksizin serbest bırakan kişi aynı cezayı alacaktır. Bu durumdaki farklılıklar, yasa koyucunun nitelikli haller arasındaki bilerek yaptığı bir tercihi veya yasanın eşitsiz düzenlemesine değil, yasada öngörülmediği halde farklı yorumlanmasından kaynaklanmış olacaktır. Sanıkların iyi davranışını ödüllendirerek mağdurların serbest bırakılmasını teşvik ile bu şekildeki çelişki ve adaletsizliklerin önüne geçilmiş olacaktır. Yukarıda açıkladığımız nedenlerle şahsa verilen zarar TCK.nın 87 maddesi düzeyinde ise etkin pişmanlığa engel kabul edilebilir. TCK.nın 87 maddesi kapsamına ulaşmayan 86/1 ve 2 maddesi kapsamında ki zararlar meydana gelen zararın ağırlığı da dikkate alınarak TCK.nın 61 maddesi kapsamında cezanın bireyselleştirilmesi sırasında değerlendirilmesi gereken bir husus olabilir. Bu hususları değerlendirme dışı tutan dairemizin sayın çoğunluk görüşüne katılmıyorum" şeklinde değerlendirmelere yer verilmiştir.

boyutu ve türü, etkin pişmanlık hükümlerinin konuluş amacı ve hakkaniyet kuralları gözetilerek bir sonuca ulaşılmalıdır. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında³⁰; *"sanığın tehdit ve silahla mağduru soyundurup fotoğraflarını çektikten sonra 150 TL alarak serbest bıraktığı anlaşıldığından, mevcut haliyle eylemde (..) istenen amaca ulaşılmasından sonra mağdurun serbest bırakılması nedeniyle sanık hakkında TCK'nın "Etkin pişmanlık" başlığı altında düzenlenen 110. maddesinin uygulanmasının Kanununun ruhu ve amacına, suçla korunan hukuki değerlere, adalet ve hakkaniyet kurallarına da uygun düşmeyeceği göz önüne alındığında sanık hakkında TCK'nın 110. maddesinin uygulanma koşulları bulunmadığı"* sonucuna ulaşılmıştır.

3- Etkin Pişmanlık Hükümünün Uygulanması ve Sonuçları

TCK. 110 uncu maddede, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işleyen kişinin, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadarının indirilmesi öngörülmüştür.

Buna göre, Cumhuriyet savcısı, m.110'da yer alan etkin pişmanlık hükümünün şartlarının gerçekleştiğini tespit etse dahi, kamu davası açmak zorundadır. 110 uncu maddede yer alan etkin pişmanlık hükümlerinin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği konusundaki değerlendirme yetkisi münhasıran mahkemeye aittir. Mahkeme, etkin pişmanlık hükümünün şartlarının gerçekleştiği kanaatine varırsa, temel cezayı belirledikten sonra 61 inci maddedeki sırayı takip edecek ve etkin pişmanlık hükmü uyarınca cezayı üçte ikisine kadar indirecektir.

4- Sonuç

5237 sayılı TCK. sisteminde etkin pişmanlık, hukuki değeri ihlale yönelik davranış tamamlandıktan sonra, mahiyeti etkin pişmanlığa müsait belli suçlar bağlamında cezayı ortadan kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak kabul edilmiş olup, 110 uncu maddede kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından cezayı azaltan etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir.

110 uncu maddedeki etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için gereken ilk şart, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçununun

³⁰ Yarg. 14. CD., 03.11.2015, 2013/11473, 2015/10093.

tamamlanmış olmasıdır. Bu suç mütemadi özellik gösterdiğinden, suçun icrası tamamlandıktan ve fakat sona ermeden önce etkin pişmanlık mümkün olabilir. Suçun icrası henüz tamamlanmadan önce failin icra hareketlerinden vazgeçmesi halinde, gönüllü vazgeçme (m.36) hükümleri uygulanır.

Etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesinin ikinci şartı, failin mağduru kendiliğinden serbest bırakmış olmasıdır. Serbest bırakma gerçek bir pişmanlık sonucu hür iradeyle gerçekleşmemişse, hükmün tatbiki mümkün değildir. Bununla birlikte, pişmanlığın hangi gerekçelerle ortaya çıktığının bir önemi yoktur.

Üçüncü şart, serbest bırakmanın, henüz soruşturma başlamadan önce gerçekleşmiş olmasıdır. Suç şüphesi, soruşturmaya yetkili makamlarca öğrenildikten sonra, failin mağduru serbest bırakmış olması halinde, etkin pişmanlık hükmünün uygulanması mümkün değildir. Uygulamada, 110 uncu maddenin uygulanması bakımından, soruşturmanın başladığı an olarak Cumhuriyet savcısının suç şüphesini öğrendiği an esas alınmakla birlikte, kanımızca CMK.'da yer alan düzenlemeler çerçevesinde, kolluk makamlarına bildirim yapılmasıyla geniş anlamda soruşturmanın başladığını kabul etmek gerekir.

Etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için, hürriyeti tehdit edilen mağdurun, fail tarafından herhangi bir yerde değil, can ve mal güvenliği açısından tehdit oluşturmayan ve ileride oluşturmayacak bir yerde bırakılmış olması gerekir. Mekanın güvenli olup olmadığının değerlendirilmesinde, bulunulan yerin özellikleri, nüfus yoğunluğu, serbest bırakma zamanı gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır.

Etkin pişmanlık hükmünden faydalanabilmek için gereken son şart, failin mağdurun hürriyetini sınırlandırıldıktan sonra onun şahsına herhangi bir zarar vermemiş olmasıdır. Burada geçen zarar kavramından anlaşılması gereken, mağdurun bizzat şahsına, onun vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik fiziki saldırılardır. Psikolojik ve manevi zararlar bu kapsamda kabul edilmez. Fiziksel saldırılarda, uygulanan yaralama hareketinin sınırını basit tıbbi müdahaleyle giderilebilir yaralamalar oluşturmalıdır (m.86/2). Diğer bir anlatımla, yaralayıcı hareket m.86/1 ve m.87 düzeyinde kalmışsa, bu ihtimalde etkin pişmanlık hükmü uygulanmamalıdır. Ayrıca mağdurun malvarlığına, iç huzuruna, şeref ve haysiyetine yönelik davranışlar, mağdurun bizzat şahsına zarar verici nitelik taşımadığından, hükmün tatbikine engel oluşturmaz.

110 uncu maddede cezayı azaltan etkin pişmanlık türüne yer verildiğinden, soruşturma evresinde etkin pişmanlık hükmünün uygulanma şartlarının bulunduğu Cumhuriyet savcısı tarafından tespit edilmesi halinde dahi, savcı iddianame düzenlemek zorundadır. Bu sebeple, etkin pişmanlık hükümlerini değerlendirme ve şartları varsa uygulama yetkisi münhasıran kovuşturma evresinde görevli ve yetkili mahkemeye aittir.

KAYNAKÇA

- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Alşahin, Mehmet Emin-Çakır, Kerim,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2017.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Alşahin, Mehmet Emin-Çakır, Kerim,** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2017.
- Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem Yenerer,** Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, İstanbul 2017.
- Demirbaş, Timur,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2017.
- Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem,** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2016.
- İçel, Kayıhan,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul 2017
- Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan,** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2017.
- Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan,** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2017.
- Özbek, Veli Özer-Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker,** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2017.
- Soyaslan, Doğan,** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016.
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, R. Murat,** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2017.
- Toroslu, Nevzat,** Ceza Hukuku Özel Kısım, Eylül 2015.
- Üzülmez, İlhan,** "Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi", C. XI, Sa.1, 2, Y.2007.
- Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa,** Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, 3. Cilt, M.86-140, Ankara 2014.
- Yenidünya, A. Caner-İçer, Zafer,** "Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçlarında Etkin Pişmanlık", Fasikül Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 38, Ocak 2013.
- Yurtcan, Erdener,** Yargıtay Kararları Işığı Altında Hürriyete Karşı Suçlar, 3. Baskı, Ankara 2012.