

KİŞİSEL ÖZGÜRLÜĞÜ SINIRLAMA CÜRMÜ (HÜRRIYETİ TAHDİT)

(TCK. m. 179)

Doç. Dr. Erol CİHAN

Plân. **I. Hüküm ile tarihsel gelişim.** 1. Hüküm. 2. Tarihsel gelişim. 3. Yabancı kanunlarda gelişimi. 4. Anayasalarda düzenlenişi. **II. Korunan hukukî değer.** 1. Genel olarak. 2. Özel olarak. **III. Fail.** **IV. Mağdur.** 1. Mağdurun maddî şartları. 2. Mağdurun manevî şartları. **V. Kişisel özgürlüğün sınırlandırılması.** 1. Öznel ayıraç. 2. Nesnel ayıraç. **VI. Maddî unsur.** 1. Faille ilgili olarak gerçekleşen hukuka aykırı ilişki. 2. Mağdurla ilgili olarak gerçekleştirilen hukuka aykırı ilişki. 3. Özgürlüğü sınırlandırmanın süresi. 4. Kendini özgürlüğe kavuşturma olasılığı. 5. Özgürlüğü sınırlandırma rejimi. **VII. Fiilin hukuka aykırılığı.** 1. Failin kanaati. 2. Özgürlüğü sınırlandırmanın hukuka uygunluğuna rağmen aracın cezalandırılabilmesi. 3. Hukuka uygun durumlar. 4. Sınırın aşılmasından doğan hukuka aykırılık. **VIII. İcra.** 1. Suçun niteliği. 2. Teşebbüs. 3. Suçların içtimaı. 4. Özgürlüğü sınırlandırma fiili ile bazı sorunların ilişkisi. **IX. Manevî unsur.** 1. Taksir. 2. Özel kast. 3. Hukuka aykırılık bilinci. **X. Müeyyide.**

I. Hüküm ile tarihsel gelişim.

1. TCK. m. 179 hükmü.

İnceleme konusu cürmü TCK. m. 179 şöyle düzenlemektedir: «Bir kimse diğer kimseyi gayri meşru surette şahsi hürriyetinden mahrum ederse beş seneye kadar hapis ve elli liraya kadar ağır cezaî nakdiye mahkûm olur».

Bu hükmün çok çeşitli kaynakları vardır.

2. Tarihsel gelişim.

TCK. m. 179 daki hükmü, 1889 İtalyan Ceza Kanununun 146. maddesi hükmünün özdeşidir. Mehzın bu maddesi, Projesinin 142. maddesinde yer almıştır. Kökeninde Sardunya Ceza Kanununun 199. maddesi ile Toscana CK. m. 190, 360; Parmense. m. 378; Estenze m. 235; İki Sicilya, m. 169 bulunmaktadır (1).

TCK. m. 179 da düzenlenen hükümler, bugüne dek, bir değişikliğe uğramamıştır; 1926 yılından bu yana 29 değişiklik, incelenen maddeyi kapsamına almamıştır. Sadece maddenin ikinci fıkrasındaki para cezası 5435 sayılı Kanunla beş misline çıkarılmıştır (2).

3. Yabancı Kanunlarda düzenlenişi.

Birçok kanun, özgürlüğü güvence altına alma yoluna gitmiştir. Şöyle ki:

a) İngilterede (The Petition of Rights) adlı belgede, «ülkede geçerli olan hukukta ve Büyük Ferman'da (Magna Charta) saptanan ilkelere aykırı olarak, hiç kimse, savunması alınmaksızın tutuklanamayacağı gibi, hayattan ya da bir organdan yoksun olmayan ya da hapse mahküm edilemez» (3) denilmektedir.

b) 12 haziran 1776 tarihli Virginia Bildirisi'nin 9. maddesinde: «...Ülke kanunları gerektirmedikçe ya da emsali tarafından verilmiş bir hüküm olmadıkça, hiçkimse hürriyetinden mahrum edilemez» denilmektedir (4).

c) İnsan Hakları Bildirisi'nin 3. maddesinde: «Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği her bireyin hakkıdır» denilmektedir (5).

4. Anayasalarda düzenlenişi.

Anayasalar bireyin hak ve özgürlüklerini büyük bir özenle, ayrıntılı olarak düzenleme eğilimi içindedirler. Özellikle çağdaş Ana-

(1) Bak. Suman, Il Codice Penale Italiano, 1892 Torino, m. 146, s. 375.

(2) Bak. Müeyyide kısmı, X.

(3) Çağlayan, Türk Ceza Kanunu, 1962 Ankara, 2. cilt, s. 561.

(4) Aynı yazar, aynı yer.

(5) Aynı yazar, aynı yer.

yasalar açısından bu eğilim daha da kesin bir özellik taşımaktadır. Şöyle ki:

a) Türk Anayasasının 30/4. maddesinde «...yakalanan veya tutuklanan kimse, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç, kırksekiz saat — ve kanunun açıkça belli ettiği hallerde toplu olarak işlenen suçlarda yedi gün içinde — hâkim önüne çıkarılır ve bu süre geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun kılınamaz». Bu madde 20.9.1971 tarihinde 1488 sayılı Kanunla değiştirilerek bu duruma getirilmiştir. Anayasanın kişi güvenliğine, özgürlüğüne verdiği önemi, değeri deyimlemektedir.

b) İtalyan Anayasası'nın 13. maddesinde (6): «Kişisel özgürlüğe dokunulamaz. — Adlî makamların gerekçeli kararlarına ve yalnız kanunlarda gösterilen hal ve koşullara dayanmadıkça bir kimse tutuklanamayacağı gibi ne kontrole, ne kişisel olarak aranmaya ve ne de kişisel özgürlüğü başkaca sınırlandırmalara tâbi tutulabilir» denilmektedir.

c) Alman Anayasasının Temel Haklar bölümünün 2. maddesinin 2. fıkrasında: «...Kişi özgürlüğüne dokunulamaz. Bu haklara ancak bir kanunla müdahale edilebilir.» denilmektedir (7).

c) Fransız Anayasası'nın 66. maddesinde: «Hiç kimse keyfî olarak tutulamaz» denilmektedir (8).

II. Korunan hukukî değer.

Korunan hukuk değerini ve yararını, inceleme konusu olan hükmün yer aldığı bütün içinde, tümel kavrayışı içinde belirttikten sonra, daha özel bir biçimde sadece TCK. m. 179 ile güdülen hedefi belirlemek gerekir. Şöyle ki:

1. Genel olarak.

TCK. m. 179 hükmü, Türk Ceza Kanununun ikinci kitabında, (Hürriyet Aleyhinde İşlenen Cürümler) başlıklı ikinci Bab'ının,

(6) Bak. Lütem, Yeni Anayasalar, Ankara 1954, kitap III.

(7) Bak. Lütem, 1953, I.

(8) Bak. Çağlayan, I, s. 562.

«Şahsın Hürriyeti Aleyhinde Cürümler» başlığını taşıyan üçüncü faslında yer almaktadır.

Bu bölümde düzenlenen hükümlerin hedefi, «kişi özgürlüğü»nü korumak ve güvence altına almaktır.

Kişi özgürlüğüne ilişkin saldırılar, çeşitli biçimlerde görünebilir; bu nedenle, sözkonusu bulunan çeşitli nitelikteki saldırıları, doğal olarak çeşitli hükümlerle güvence altına alma yoluna gidilmiştir. Bunlardan bir kısmı «bireyin beden özgürlüğünü ortadan kaldıran, kısıtlayan» eylemlerdir. Bu eylemlerden biri de (özgürlüğü sınırlandırma suçu)dur (9).

Kişi özgürlüğüne karşı işlenen suçlardan bazıları, bireylerin hareket serbestliğini ortadan kaldırır ya da kısıtlar, sınırlandırır. Sözgelimi bir kimsenin hapsedilmesi gibi. Bu nedenle bu çeşit suçların (Dış Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlar) olarak adlandırılması, ancak kişilerin korkusuz karar verme özgürlüğünü sınırlandırılanların da (İç Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlar) biçiminde ayrılması gereği savunulmuştur (10).

2. Özel olarak.

Bu hüküm ile kanunun cezalandırmak istediği husus; kişilerin, bireylerin hareket özgürlüğünün hukuka aykırı bir biçimde kaldırılması, kısıtlanmasıdır. Daha açık bir söyleyişle TCK. m. 179 da düzenlenen fiil tipinin temel düşüncesi, kişinin bulunduğu yerle ilgili olarak yer değiştirme konusundaki iradesini açıklama özgürlüğünün güvence altına alınmasıdır (11).

Bu madde hükmünün, mağdurun bir yere kapatılması fiilleriyle sınırlandırılmış olduğu zannedilmemelidir. Özgürlükten yoksunluk, kanunun 179. maddesindeki deyimıyla «hürriyetten mahrum olma» ibaresinin, geniş yorumlanması gereği ileri sürülmektedir.

(9) Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, İkinci Bası, 2. cilt, Ankara 1968, s. 267.

(10) Erem, Türk Ceza Hukuku, Hususî Hükümler, 2. bası, 1965 Ankara, s. 210.

(11) Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Auflage (Lorenz/Freisleben/Niethammer, Kirchner, Gutjahr, 1927, m. 239 not 1); Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 15. Auflage, München 1970, m. 239, not 1.

Gerekçe olarak da, özgürlüğe ilişkin hükümleri düzenlerken kanun-koyucunun, bireyin - kişinin özgürlüğünü en geniş bir biçimde korumak istemiş olduğu belirtilmektedir (12). Özet olarak belirtmek gerekirse, özgürlüğü sınırlandırma eyleminin koruduğu hukukî yarar ve değer, yer itibariyle hareket özgürlüğü, yani irade açıklaması özgürlüğünün bir biçimi olan hareket özgürlüğüdür (13).

III. Fail.

Ceza yeteneği olan herkes, bu suçun faili olabilir. Bu nedenle fail, bir kamu görevlisi de olabilir. Sözelimi memurların özgürlüğü sınırlandırma suçu gibi (14). Ancak bu kişi, memurluk görevlerini, sıfatlarını kullanarak hareket etmiş olmamalıdır. Bu takdirde, TCK. m. 181 deki suç gerçekleşir.

Sonuç olarak inceleme konusu suç, sivil kişilerce veya sivil kişiler olarak hareket eden kamu görevlileri tarafından işlenebilir.

IV. Mağdur.

Bu suçla korunan hukukî değerler (15) herhangi bir kimse ile ilgilidir. Bir başka deyişle suçun mağduru herhangi bir insan (fizik kişi) olabilir (16). Sözelimi din adamları, akıl hastaları, kötürümler, harp suçluları ile fahişeler de mağdur olabilirler. Ancak mağdurların maddî ve manevî şartlarını ayrıca incelemelidir. Şöyle ki:

1. Mağdurun maddî şartları.

Mağdurun maddî şartları tek başına önemli değildir. Yaşayan ve irade eden herhangi bir kişi, bu suçun mağdurunu oluşturabilir.

(12) Florian, II, s. 361; Erem, 1965, s. 210-211.

(13) Thormann/von Overbeck, Schweizerisches Strafgesetzbuch, II Besonderer Teil Einführung und Anwendung, Zürich 1941, m. 182 not I. s. 178.

(14) Manzini, IV. 1921, s. 482.

(15) Bak. yukarda II.

(16) Schönke/Schröder, m. 239, s. 1188, III 3; Manzini, 1921, IV, s. 483; Leipziger Kommentar, 8. Auflage, 1958, c. II, s. 287 I.

Hatta isnat kabiliyeti olmayan bir kişiye karşı da bu suç işlenebilir. Önemli olan husus, ilgilinin, doğal anlamda, iradî olarak bulunduğu yeri değiştirebilme yeteneğidir (17). Bulunduğu yeri ancak başkalarının yardımıyla terk edebilen veya ayrıca teknik yardımcı araçlar kullanmak zorunda kalan (kızaklı iskemle, gözlük vb.) kişinin özgürlüğü, sözkonusu bu yardımcı araçların uzaklaştırılması yoluyla bertaraf edilebilir (18). Sözelimi bir bacağı olmayan kişinin hareket özgürlüğünü kaldırmak, sınırlandırmak için, onun takma bacağına saklamak gibi hareketler de özgürlüğü sınırlandırma suçunun kapsamına girmelidir (19).

2. Mağdurun manevî şartları.

Bu suçun gerçekleşebilmesi için, mağdurun mutlaka bilinç ve iradesine sahip olması zorunludur. Kişisel özgürlük kavramının önşartı, bu konudaki bilinç ve irade özgürlüğüdür. Bu nitelikleri olmayan bir şahsın, kişisel özgürlüğü de yok demektir. Sözelimi 1 yaşındaki çocuk (20) ile uykuda bulunan kişi veya kendisini bilme-yecek derecedeki sarhoş (özdeş yer), buldukları yeri değiştirme iradesine sahip değildir; bu durumun devamı süresince, kişisel özgürlükleri sınırlandırılmaz, kaldırılamaz.

a) Çocuk

Bu nedenle yeni doğmuş bir çocuğu beşiğine bağlamak hareketi, özgürlükten yoksun bırakma fiilini gerçekleştirmez; belki başka bir fiili oluşturabilir (21).

Ancak irade sahibi küçükler hakkında bu suç işlenebilir.

b) İrade sahibi küçükler

Yer değiştirme ve hareket yeteneği bulunan irade sahibi küçükler, bu suçun mağduru olabilirler. Ancak bu durumda TCK. m. 182 nin uygulanma şartları öncelikle düşünülmelidir.

(17) Gerland, Deutsches Reichs, Strafrecht, 2. Auflage 1932, s. 517; Schönke/Schröder, m. 239, s. 1188, III, 4.

(18) Özdeş nitelikte: Maurach, Besonderer Teil, 5. Auflage, Deutsches Strafrecht, 1969, s. 122.

(19) Erem, s. 211.

(20) Bak. Bayerisches Oberlandesgericht, JZ. 19, 52, s. 237; Schönke/Schröder, m. 239, III, 4, s. 1188.

(21) Manzini, IV, 1921, s. 484; Florian, II, s. 363; Erem, s. 211.

c) *Akıl hastaları ve öbür hastalar.*

Akıl hastaları ya da öbür hastalar için genel bir kural konulamaz. Ancak akıl hastalarına karşı bu suçun işlenip işlenemeyeceği konusunda bilinç serbestisi, irade serbestisinin ne dereceye kadar etkilenmiş olduğu hususu araştırılmalıdır. Buna göre varılacak sonuç da ayrı olabilecektir. Yani akıl hastaları için TCK. m. 49 daki zaruret hali ile özel hüküm niteliğinde olan TCK. m. 561 deki (delilerin muhafazası) ile ilgili hükümlerin uygulanma şartları araştırılmalıdır (22). Bu suçun mağduru (insan) dır; bu kişi, akıl hastası da olabilir; yeter ki, akıl hastası akıl hastalığından ötürü özgürlüğü kaldırılmamış olsun (23).

Kötürüm de, bu suçun mağduru olabilir; bir başka deyişle kötürüm olan hasta, sakat kişi de. bakıcısı olan fail tarafından bir yere kapatılabilir, özgürlüğü kısıtlanabilir (24).

Yine savaş tutuklusu da bu suçun mağduru olabilir (25).

V. Kişisel özgürlüğün sınırlandırılması.

Ceza himayesinin konusunu oluşturan, onu biçimlendiren menfaat, kişisel özgürlüğün kısıtlanmasına karşı, himaye edilmiş, korunmuştur.

Kişisel özgürlüğün kısıtlanmasından; herhangi bir hareketle ya da çeşitli hareketlerle ilgili olarak belirli bir biçimde davranma konusunda mağdurun (doğal) iradesinin gerçekleşmesini engelleyen fiillerin tümü, anlaşılmalı gerekir.

Bu konuda birçok kriter (ayıraç) ileri sürülebilir. Şöyle ki:

1. Öznel (görelî) ayıraç.

Kişisel özgürlüğün kısıtlanması, mutlak anlamda yorumlanabilir; bu takdirde, mağdurun hareket olanağının, ihtimalinin tam an-

(22) Bak. Erem, 1965, s. 211.

(23) E. 62, 160. Zikreden: Schwarz/Dreher, Strafgesetzbuch, 33. Auflage, 1972 München, m. 239, s. 901 not 1.

(24) Schwarz/Dreher, aynı yer.

(25) Bak. LM. § 3, Nr. 2. Zikreden: Schwarz/Dreher, aynı yer.

lamiyle kaldırılması sözkonusudur. Bir başka deyişle mağdurun hareket özgürlüğünün mutlak surette kaldırılmış olması, kişinin hareket özgürlüğünden mutlak olarak yoksun bırakılması gerekmektedir. Sözelimi bir kimsenin bulunduğu evden çıkmasına kesin olarak engel olmak (26) veya bir yere kilitlemek gibi.

Oysa bu kriter isabetli değildir. Özgürlüğün kaldırılması, sınırlandırılması mutlak anlamda meydana gelmeyebilir; nisbi bir anlamda kişinin özgürlükten yoksun bırakılması sözkonusu olabilir. Gerçekten mağdurun herhangi bir şekilde hareket özgürlüğünü kısıtlama bu suçun gerçekleşmesi için yeterlidir.

2. Nesnel ayıraç.

Kişisel özgürlüğünden yoksun kılma suçunda nesnel kriter isabetlidir. Bir başka deyişle kişisel özgürlüğü kısıtlanan, kaldırılan, engellenen kişinin (mağdurun) kendi durumunun bilincinde olması zorunlu değildir (27). Kanun da bunun aksini aramamaktadır. Bilme, bu konuda rıza anlamına alınamaz.

a) Özgürlüğü kısıtlananın bilinçsizliği.

Mağdurun tabii anlamda iradi yeteneği olmayan bir başka deyişle bilinci bulunmayan kişi olması halinde, suç gerçekleşmeyecektir. Bunlar esasen hareket özgürlüğüne sahip bulunmayan kişiler olup bunlara karşı inceleme konusu suç işlenemez. Sözelimi yeni doğmuş bir çocuğu beşiğine bağlama eyleminde, özgürlükten yoksun kılma suçu gerçekleşmez, belki bir başka suç işlenmiş olur (28).

b) İradenin geçici olarak kalkması.

Bilinçsizlik ya da bilinçaltı, mağdurun hareket özgürlüğünü geçici bir biçimde kısıtladığı takdirde, fiilin daima cezalandırılabilir olduğu belirtmek gerekir. Bir sarhoşun ya da uyuyan bir kişinin özgürlükten yoksun bırakılması halinde olduğu gibi (28 bis).

(26) Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Şerhi, c. II Ankara, 2. bası 1968, m. 179, s. 269.

(27) E. 61, 241; BGHSt, 14, 314; Karşı görüş: E. 33, 236. Zikreden: Schwarz/Dreher, s. 901.

(28) Manzini, IV 1921, s. 497; Florian, II, s. 363; Erem, II, s. 211).

(28 bis) Manzini, aynı yer.

Alman Ceza doktrinine göre, bulunduğu yeri değiştirebilme iradesine sahip olmayan 1 yaşındaki küçük çocuk (29) ile, uyuyan, kendini bilmeyecek derecede sarhoş olan mağdurların, hareket özgürlüklerinin bulunmadığı bu süre içinde, özgürlüğü kısıtlanamaz (30). Buna karşılık, mağdurun bir yere kilitlenmiş olup da bulunduğu yeri terketmesi iradesine fiilen sahip olmaması ya da kilitlendiğini bilmemiş bulunması halinde, özgürlüğü sınırlandırma suçu gerçekleşmiştir. Burada önemli olan, potansiyel olarak hareket etme olanağının varlığıdır (31). Bununla birlikte mağdur, özgürlüğün kısıtlanmasına rıza göstermişse, fiil gerçekleşmeyecektir.

VI. Maddî unsur.

İnceleme konusu suçun maddî unsuru, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasıdır; özgürlüğün kaldırılması veya kısıtlanması, hukuka aykırı biçimde işlenmelidir. Bu fiil de çok çeşitli araçlarla gerçekleştirilebilir.

1. Faille ilgili olarak gerçekleşen hukuka aykırı ilişki.

Kişisel özgürlüğün kaldırılması, kısıtlanması çeşitli araçlarla gerçekleştirilebilir. Şöyle ki:

a) Doğrudan doğruya hareketler.

Bu suç, doğrudan doğruya araçlarla daha çok işlenebilir; bunlar cebir, tehdit, hile gibi araçlardır. Sözelimi bir kimsenin elini, ayaklarını bağlamak veya kişiyi bir ağaca bağlayarak bırakmak (32); yine kişiyi özgürlüğünden yoksun kılmak için narkoz ile bayıltmak, aynı amaçla ipnotizma ile uyutmak, denizde yıkanmakta olan çıplak kişinin evine dönmesine engel olmak için elbiselerini saklamak, uydurma haberler vermek (gerçeğe aykırı telgraf gösterme, kişinin istediği yere gitmesine engel olmak ya da istemediği yere gitmesi-

(29) BayObLG. JZ. 19, 52, s. 237.

(30) Schönke/Schröder, 15. Auflage 1970, m. 239, s. 1188 III; Leipziger Kommentar, 1958 II, m. 239, s. 288 II 1.

(31) BGHSt. 14, 314; farklı: RGSt. 33, 236; Schönke/Schröder, aynı yer.

(32) Florian, II, s. 363; Erem, II, s. 213.

ne sebep olmak) gibi hareketler, doğrudan doğruya başvurulmuş hareketlerdir (33).

b) Dolaylı hareketler.

Suç, dolaylı fiillerle de gerçekleşebilir. Sözelimi, sahte raporlar düzenlemek suretiyle bilinci yerinde bir kimsenin bir akıl hastanesine sokulmasına yolaçma eyleminde olduğu gibi (34). Bu durumda suç, «hile» ile işlenmiştir. Yine bu hale benzer başka örnekler de vermek mümkündür; sözelimi sahte bir tutuklama, yakalama müzekkeresi düzenleyerek masum, suçsuz bir kişiyi, nezarethaneye, tutukevine sokarak, özgürlüğünün kısıtlanmasına sebep olmada olduğu gibi.

Hatta bir kimseye iftirada bulunmak suretiyle onun özgürlüğünün kaldırılmasına yolaçmada (TCK. m. 285), özgürlüğün kısıtlanması iftira suçunun ağırlatıcı sebebinin teşkil etmektedir.

2. Mağdurla ilgili olarak gerçekleştirilen hukuka aykırı ilişki.

Failin gerçekleştirdiği sonuç, mağdurla ilgili olarak, çeşitli biçimlerde kendini gösterebilir. Kanunkoyucu burada hareketi tayin ve tesbit etmiş değildir. Böylece kanunkoyucu, her çeşit hareket ile bu suçun gerçekleştirilebileceğini kabul etmiş demektir. Demek oluyor ki inceleme konusu suç, «serbest hareketli suç»tur. Yeter ki, kanunun maddî unsuru olarak gösterdiği «hürriyetin tahdidi» keyfiyeti gerçekleşmiş olsun. Hürriyetin tahdidi ise, kilitleme, yakalama, tutuklama, özgürlükten yoksun kılma ya da başka biçimlerde ortaya çıkabilir.

a) Hareket özgürlüğünün kaldırılması.

Fail, birinin ellerini, koollarını sıkı sıkıya bağlar da, o kişi de bir başka yere gidemeyerek kişisel özgürlüğü sınırlandırılırsa, hareket özgürlüğü engellenmiştir; suç da gerçekleşebilir.

b) Yerdeğiştirme özgürlüğünün kaldırılması.

Bir yerden başka bir yere gitme özgürlüğünün kaldırılması, yani, yer değiştirme ile ilgili (tabii) iradenin engellenmesidir.

(33) Manzini, IV. 1921, s. 488; Erem, II, s. 213.

(34) Ayrıca bak. TCK. m. 561.

Özgürlüğün bu şekilde bertaraf edilmesi iki biçimde ortaya çıkarılabilir (35).

a) Cebir ya da hile ile belirli bir yerde tutma, mağdur kendi iradesi aleyhine belirli bir yerde kalmaya sevk edilirse, yukarıda belirtilen durum gerçekleşebilir. Bu durumun klâsik örneği, hapsedilmedir. Yani yakalama, cezaevinde alıkoma, kişisel özgürlüğü kaldırma gibi (36).

c) Cebirle, hile ile bir yerin değiştirilmesini gerçekleştirme; bir yerden diğer bir yere cebir veya hile yoluyla yanına bulunarak birlikte götürme gibi.

d) Özgürlüğün sınırlandırıldığı yer, başlıbaşına, suçun gerçekleşmesi bakımından önemsizdir; gerçekten failin, ya da mağdurun veya başkalarının mülkiyetinde olması; açık ya da kapalı bulunması; üzüntü verici ya da tedavi edici (curativo), veya şeref kırıcı vb. nitelikli bir yer olması arasında herhangi bir fark yoktur (37). Menkul yer olabilir; gemi, otomobil, araba vb. olabilir (38). Sözgelimi, mağdurun kapatıldığı yerden kurtulması için yüksek pencerelerden atlamasının, gece bekçisinin gözetiminden sıyrılmasının (38), saldırgan köpeklerden kurtulmasının, ya da (mağdur bir kadın olduğu takdirde) edebe aykırı bir kılıkta uzaklaşması zorunluğunun sözkonusu bulunduğu hallerde (39) olduğu gibi. Menkul yer olabilir; gemi, otomobil, araba vb. olabilir (40). Bununla beraber, yargıç elbette (yer)in bu özelliklerini, temel cezanın tayininde gözönünde tutabilecektir.

3. Özgürlüğü sınırlandırmanın süresi.

Özgürlüğü sınırlama süresi konusunda TCK. nda herhangi bir açıklama yoktur (41). Bu itibarla kısa bir süre dahi suçun gerçek-

(35) Bu konuda bak. **Kaeb**, s. 13 i.s.; zikreden; **Manzini**, 1921, II, s. 489; Bak. ayrıca **Florian**, I, s. 360 i.s.

(36) **Manzini**, IV, s. 489.

(37) **Manzini**, IV, s. 489.

(38) E. 25, 147. Zikreden: **Schwarz/Dreher**, 901, not 2.

(39) **RGSt.** 8, 210, LZ. 15, 695. Zikreden: **Leipziger Kommentar**, II, s. 289.

(40) E. 8, 210. Zikreden: **Schwarz/Dreher**, s. 902.

(41) Bak. **Leipziger Kommentar**, II, m. 239, 2 c, s. 289.

leşmesi için yeterli olacaktır. Ne var ki çok kısa olan, «bir anlık» süre de yeterli sayılmamak gerekir.

Yine belirtmek gerekir ki, özgürlüğü sınırlandırma eylemi, nisbî olarak (*devamlılık*) özelliğini taşımaktadır. Daha açık, özel bir ifade ile, münferit bir hareket değil, fakat sübjektif bir durum zorunludur. Yani belirli bir çeşit harekete ya da dizi (seri) hareketlerin tümüne ilişkin iradenin gerçekleşmesi gerektir (42).

TCK. nda sınırlama süresinin az ya da çok oluşunun suç unsuru ya da ağırlatıcı sebep olması bakımından gözönünde tutulmamış bulunması, yerinde değildir. Nitekim Alman Ceza Kanununun 239. maddesinde (2. fıkra), sınırlama süresinin bir haftayı aşması, ağırlatıcı sebep olarak düzenlenmiştir. Keza Fransız Ceza Kanununun 342. maddesinde, İsviçre Ceza Kanununun 182/3. maddesinde özgürlüğü sınırlama süresi, belli ölçüler içinde cezayı ağırlatıcı sebep olarak belirtilmiştir (43).

4. Kendini özgürlüğe kavuşturma olasılığı.

Özgürlüğü sınırlandırılan mağdurun, bulunduğu yerden çıkabilmesinin imkânsız olması, bu engelin hiçbir şekilde aşılamaz nitelikte bulunması zorunluğu yoktur (44). Özgürlüğü sınırlandırılan kişinin, muhtemel çıkış yollarından yararlanmamış olması yeterlidir. Sözgelimi, mevcut olan bir çıkış yolunu bilmeyen kimsenin, özgürlüğü sınırlandırılmış olabilir (45). Yine mekanizmasını bilmediği bir kapıyı açamayan kimse de aynı durumdadır (46).

Öte yandan birçok çıkış yolları, çareleri olduğunu gördüğü halde, bunlardan yararlanmanın, genellikle ya da müşahhas durumun özelliklerine göre mutaddışı, müşkil, tehlikeli veya edebe aykırı telâkki edilmesi hallerinde de kişinin özgürlüğü sınırlandırılmış demektir (47).

(42) Manzini, 1921, IV, s. 490.

(43) Gözübüyük, II, 1968, m. 179, s. 270.

(44) Karş. Avusturya Yüksek Mahkemesi, Österreichische Juristenzeitung, 1963, s. 153; zikreden: Schönke/Schröder, m. 239, s. 1188 IV.

(45) Alman İmparatorluk Mahkemesi, JW. 197. 29, s. 2 729. Graf Zu Dohna'nın not'u ile birlikte.

(46) RGSt. 27, 360.

(47) RGSt. 8, 210, RG. LZ. 19, 15, Sp. 695. Zikreden: Schönke/Schröder, m. 239, s. 1188, IV. Ayrıca bak. yukarda 2 d.

Fail ile mağdurun yer itibariyle birbirinden ayrı olması gerekli değildir; fail, mağdur ile birlikte kendisinin de özgürlüğünü sınırlandırmış olabilir.

5. Özgürlüğü sınırlandırma rejimi.

Özgürlüğü sınırlandırma suçundaki rejim, esas itibariyle suçun gerçekleşmesi bakımından önemsiz, farksızdır; özgürlüğün sınırlandırılması sırasında uygulanan, maruz kalınan rejim, az veya çok sert olabilir. Gösterilen kolaylıklar, çeşitli himayeler, kanaatimizce suç bertaraf etmez. Ne var ki uygulanan rejimin sert, şiddetli olması, uygun, elverişli durumlarda, ağırlatıcı sebep teşkil edebilir (48).

VI. Fiilin hukuka aykırılığı.

Bir fiilin suçu oluşturabilmesi için, genel suç unsurlarından biri olan «hukuka aykırılık» unsurunun da gerçekleşmesi zorunludur. TCK. m. 179 da ayrıca «gayrimeşru surette» terimi kullanılmıştır. Genel olarak denebilir ki, bir hukuk kuralı ile emirler, yasaklar ile tecviz edilen durumların esas ve şekil şartlarına uygun bulunmayan, geçerli bir rızaya konu olmayan özgürlüğü sınırlandırma eylemleri, «gayrimeşru» mahiyet alacaktır (49). *Dönmezer/Erman*, burada «hukuka özel aykırılık» hali görmektedirler (50).

1. Failin kanaati.

Özgürlüğün sınırlandırılması, objektif olarak, hukuka aykırı bir biçimde gerçekleşmek zorundadır. Tüm netice suçlarında, hukuka aykırılık, neticeden çıkarılır, yoksa izole edilmiş münferit bir hareketten çıkarılmaz (51).

Özgürlüğü sınırlandırmanın objektif nitelikte olmasının doğal sonucu olarak failin bu konuda yanılması, daha özel deyimiyile olayda hukuka aykırı - gayrimeşru bir şekilde hareket ettiğini zannetmesi, bu unsurun gerçekleşmesi için yeterli sayılmayacaktır. Yani failin bu konudaki yanılması, hukuka aykırılığı, gerçekte objektif

(48) *Manzini*, 1921, IV, s. 490.

(49) *Manzini*, 1921, IV, s. 491.

(50) *Dönmezer/Erman*, II, 1974, s. 21-22.

(51) *Karşı kanaat: OLG. Bamberg, NJW, 50, 35 i.s.; Leipziger Kommentar, m. 239, s. 289 III.*

olarak mevcut olmayan hukuka aykırılığın gerçekleşmesini sonuçlamayacaktır. Burada belki de hukuka aykırı olmayan bir durumu, fail hukuka aykırı zannettiği için bir mefruz suç durumu ortaya çıkacaktır (52).

Bunun tersi de düşünülebilir; yani fail hukuka uygun hareket ettiğini zanneder, ama eylemi hukuka aykırıdır. Bu durumda failin bu konudaki yanılması, hukuka aykırılık bakımından değil de, manevî unsuru olan kast bakımından ele alınmalıdır. Bir başka deyişle bu durumda, failin yanılması özgürlüğü sınırlandırma suçuyla ilgili olan kastı bertaraf edecektir. Ancak başlıbaşına hukuka aykırı olan bir durum, bu suretle, hukuka uygun hale gelmeyecektir (53).

Akıl hastası zannedilen bir kimsenin, yetkili makamlara haber verilmeksizin, muhafaza edilmek için kabul edilmesi halinde, kabul eden kişi açısından işlenemez bir kabahat sözkonusu bulunduğu (Bak. TCK. m. 561) belirtilmektedir (54).

2. Özgürlüğü sınırlandırmanın hukuka uygunluğuna rağmen aracın cezalandırılabilmesi.

Özgürlüğü sınırlandırma eyleminin objektif olarak hukuka uygun bulunması, TCK. m. 179 un uygulanması olanağını kaldırır; ama bu durum, yapılan hareketin mutlaka cezalandırılmaması sonucunu doğurmaz. Gerçekten kullanılan araç, belki de başka bir suç gerçekleştirebilir. Sözelimi failin başlangıçtaki hareketi, TCK. m. 179 u gerçekleştirmez de, kullandığı cebir, tehdit, hile, bizatihi suç teşkil edebilir. Burada aracın hukuka aykırılığı ile eylemin hukuka aykırılığı ayırdedilerek incelenmek gerekir (55).

3. Hukuka uygun durumlar.

TCK. m. 179 da fail, özel bir kişidir (56). İşte özel kişinin özgürlüğü sınırlandırması eylemi, objektif olarak hukuka uygun durumları gerçekleştirebilir. Şöyle ki:

(52) Manzini, IV, s. 491.

(53) Kaeb, s. 36; zikreden: Manzini, IV, s. 491.

(54) Alacakaptan, İşlenemez Suç, Ankara, s. 26-27.

(55) Bak. (TCK. m. 561, 562). Kaeb, s. 37; zikreden: Manzini, IV, s. 491; Erem, II, s. 215.

(56) Bak. yukarda III.

a) *Kamusal hizmet ve görevlerin özel kişilerce yerine getirilmesi:*

Sözgelimi TCK. m. 49/2. bentte sözkonusu bulunan meşru müdafaa halinde mütecavizin özgürlüğünün kısıtlanması, kaldırılması, hukuka uygunluk sebeplerinin kanunda yazılı olanlarının başında gelenidir (57).

b) *Kanunca kabul edilen başkaca yetkilerin yerine getirilmesi:*

aa) Bu durumun tipik, klâsik örneğini, CMUK. m. 127 de düzenlenen durumda görmekteyiz. Gerçekten meşhut suç halinde, sanığı, faili, herkes yakalayabilir. (CMUK. m. 127). Kanunun vermiş olduğu yetkiye dayanarak yapılan bu yakalama eylemi, özgürlüğü sınırlandırma hareketini gerçekleştirmez; çünkü hukuka, kanuna uygundur. Ancak kanunun belirtmiş olduğu şartlara uygun olmayan bir yakalama hareketi, elbette kanuna, hukuka uygun olmaktan çıkar (58).

bb) Özel kişilerce disiplin yetkilerinin kullanılması durumlarında da özgürlüğü sınırlandırmanın kanuna uygun misallerini bulabiliriz. Şöyle ki: anababanın çocukları üzerinde *tedip yetkisi* vardır. Türk Medeni Kanununun 267. maddesinde anababanın çocukları üzerinde tedip hakkı, 389. maddesinde ise vasinin küçük üzerindeki tedip hakkı (zımnen) düzenlenmiştir. Tedip hakkı, (Züchtigungsrecht, droit de correction, reproof right), velâyet hakkının ana babaya yüklediği, çocuklarını terbiye ve yetiştirme yükümlülüğünün gerektirdiği, bir disiplin hak ve yetkisi olup, ana babanın çocukları üzerinde cebir, tazyik ve ceza araçlarını kullanabilmeleri olanağını sağlar (MK. m. 267). Vasinin, vesayeti altında bulundurduğu kişi üzerinde de böyle bir hak ve yetkisi sözkonusudur (TMK. m. 389).

Ancak belirtmek gerekir ki bu hak ve yetkinin bir sınırı vardır; yetkili kişi, bu yetkisini, kendisine tanınan sınırlar içinde kullanmak zorundadır. Tedip aracının, terbiye, tedip amacından başka amaçlarla kullanıldığı, zaruret sınırı aşıldığı takdirde, ana babanın ceza sorumluluğu sözkonusu olabilir (59). Şartları varsa, TCK. m.

(57) Bak, **Dönmezer/Erman**, II, s.

(58) Bak. aşağıda 4.

(59) Bak. **Tuor**, s. 213; zikreden: **Erem**, II, s. 214.

180 deki ağırlatıcı sebep bile ana baba hakkında uygulanabilir. Bu durumda TCK. m. 477 nin uygulanması isabetli değildir; gerçekten TCK. m. 179 deki hüküm, 477 ye göre, daha özel nitelikteki bir hükümdür. Özel hüküm ise, genelden önce uygulanır. Kaldı ki TCK. m. 79 daki kurallar da, bunu gerektirir (60).

4. Sınırın aşılmasından doğan hukuka aykırılık.

Hukuka uygun bulunan özgürlüğü sınırlama eylemi, müşahhas olayda *sürenin özellikleri, şekil veya amaç* bakımlarından hukuka aykırı duruma dönüşebilir. Şöyle ki:

a) Sürede sınırı aşma:

Başlangıçta hukuka uygun olan özgürlüğü sınırlama fiili, failin kastı ile, sınırlama süresinin belirli sınırı aşması, rızanın sınırını aşması, belirli bir yetkinin kullanılması veya başka bir takdir yetkisinin kullanılmasında sözkonusu olan sınırların aşılması hallerinde fiil, hukuka aykırı hale dönüşebilir. Sözgelimi, meşhut suç halinde, yakalamada, (CMUK. m. 128) fail (.....lüzumsuz veya muhik olmayan bir gecikmeye meydan vermeyecek surette ve yakalanma yerine en yakın sulh hâkimine gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat içinde bu sulh hâkimi önüne çıkarılır ve sorguya çekilir) (61). Götürülmesi zorunluluğuna rağmen, kanun maddesinin şartlarının yerine getirilmeyip, özgürlüğü sınırlama durumu devam ettirilirse, kanunî durum, kanunsuz hale dönüşecektir. Burada dolus subsequens - inzimamden kast sözkonusudur.

b) Şekilde sınırın aşılması.

Özgürlüğü sınırlama fiili, amaç bakımından hukuka uygun iken, hukuka aykırı hale dönüşebilir. Tecviz edilen fiil, şekil bakımından iradî olarak çiğnenirse, hukuka aykırı bir fiil gerçekleşebilir. Sözgelimi suçüstü yakalanan kişinin «teşhir» edilmesi ya da çok rezil bir kişi ile aynı yere konulması gibi (62).

(60) Manzini, IV, s. 492; Erem, II, s. 214.

(61) Ayrıca Bak. Any. m. 30.

(62) Manzini, IV, 1921, s. 494.

c) *Amaçta sınırın aşılması:*

Nazarî olarak özgürlüğü sınırlama eylemi, hukuka uygundur; ancak müşahhas olayda, hukuka aykırı bir hale dönüşebilir; kanunun öngördüğü şartlardan farklı bir amaçla hareket edilirse, fail suç işlemiş olur. Genel olarak otoritenin kötüye kullanılması hallerinde durum böyledir. Sözelimi CMUK. m. 128 deki yetkiye dayalı olarak faili yakalaması ve ilgili makamlara çıkarması gereken kişi, halin haklı göstermediği şekilde suç failini, tutuktan sonra dö-
ver, yaralar ve öyle getirirse, yetki, amaçta aşılmış olur (63).

d) *Rıza ile yapılan fiil.*

Kendisini rıza ile kişisel özgürlükten yoksun kılan kişiye karşı, bu suç işlenmez. Gerçekten rıza, kanun tarafından suç olarak belirtilen bir fiili, hukuka uygun bir duruma dönüştürmektedir. Daha özel bir deyimiyse, mağdurun rızası burada da bir hukuka uygunluk sebebidir. Doğal olarak, rızanın hukuka uygunluk sebebini oluşturması için rızanın varlığı, beyanı, konusuyla ilgili şartları da taşıması da zorunludur.

aa) *Rızaya ehliyet.*

Kendine karşı, kişisel özgürlüğünün kaldırılması ya da kısıtlanması suçunun işlenmesine razı olan kişinin, ilkin bu rızayı beyan etmeye ehil olması zorunludur. Bir başka deyişle beyana ehil olan kişi, rızanın ilişkin bulunduğu hakkın sahibi bulunmalıdır. Kendi aleyhine suç işlenmesine rıza gösterilmesi, kişiye sıkı biçimde bağlı haklardandır (64).

bb) *Rıza beyanı.*

Rızaya ehil olanın rızasının, rızayı bozucu sebeplerden uzak bulunması zorunludur.

cc) *Rızanın konusu.*

Rızada bulunan kişinin, rızada bulunduğu konu üzerinde serbest tasarruf yetkisi bulunmalıdır. Kişinin ne gibi haklar üzerinde ta-

(63) Bak. benzer hal için **Dönmezer/Erman**, II, 1974, s. 155-156.

(64) **Dönmezer/Erman**, II, 1974, s. 77.

sarruf yetkisine sahip olduğu, tüm hukuk düzenine hâkim olan genel ilkelere çıkarılmak gerekir. Bu nedenle çeşitli hakların birer birer incelenmesi zorunlu bulunmaktadır.

Üzerinde rızada bulunulan konunun, kanuna, ahlâka ve adaba aykırı olmaması zorunludur (65).

VIII. İcra (66).

1. Suçun niteliği.

Özgürlüğü sınırlandırma suçu, bir *zarar* suçudur; serbest hareketli suçtur. Esasta icraî nitelik taşır; fakat ihmali hareket ile de işlenebilir (67).

Suçun neticesi, herhangi bir kişinin özgürlüğünün hukuka aykırı bir biçimde sınırlandırılmasıyla gerçekleşir (68).

Bu suç, *maddî* bir suçtur; ayrıca *zorunlu olarak mütemadi* suçtur (69).

(65) Bak. Türk Medenî Kanunu, m. 23.

(66) Suça tesir eden sebeplerin, (TCK. m. 179/2) ayrı bir yazıda incelenmesi, sistematik düşüncelerle uygun görülmüştür.

(67) **Manzini**, 1921, IV, s. 495. «Kitzinger ve Riemerschmidt, yalnız icraî fiil ile işlenebilen mütemadi suça misal olarak, bir kimsenin fiili olarak hürriyetinden mahrum bırakılmasını, hürriyeti tahdit suçunun devamı olarak fiili cebir istimal edilmek suretiyle ika edilmesi halini göstermektedirler. Sözgelimi, failin mağduru, hiç aralık vermeden sıkıca kollarının arasında tutması olayında durum böyledir» (**Kitzinger**, Bd. I/215; **Rienferschmidt**, 16. Zikreden: **Önder**, Mütemadi Suç, İHFM. 1963, c. XXIX, sayı: 1-2, ayrı bası, s. 14).

Bazı yâzarlar ise, TCK. m. 179 daki suçun icrai ve ihmali hareketlerle işlenebileceğini ileri sürmektedirler. **Önder**'e göre, özgürlüğün sınırlandırılması suçu, icrai ve ihmali hareketlerden oluşan mütemadi bir suçtur; gerçekten mağdurun özgürlüğünün sınırlandırılmasından sonra, o halde bırakılması, hukuka aykırı bir ihmali ve cezayı gerektirici bir durumu oluşturmaktadır. Bu hukuka aykırı durumun devamınca da mütemadi olan, inceleme konusu suç işlenmektedir. (Bu konuda geniş bilgi için (**Heiserer**, 50; **Egenolf** 47; **Riemerschmidt**, 25; **Hafkesbring**, 4; **Alff**, 66 tarafından yazılmış Doktora Tezlerine bakınız. Zikreden: **Önder**, Mütemadi Suç, s. 15 dipnot 53.

(68) **Schönke/Schröder**, m. 239, s. 1190, X 11; benzer nitelikte: **Thormann von Overbeck**, II, m. 182; **Maurach**, 5. Auflage 1969, s. 123 D.

(69) **Manzini**, II, 1921, s. 495; **Dönmezer/Erman**, I, 1973, no. 522, s. 417.

2. Teşebbüs.

Bu suça teşebbüs mümkündür. Ancak bu suçu, cebir suçunun teşebbüs hali ile karıştırmamak gerekir. Burada esas itibariyle nakis teşebbüs gerçekleşebilir.

3. Suçların içtimalı.

a) Özgürlüğü sınırlandırma eylemi, bir çok kişilere karşı işlendiği takdirde, fail, aynı suç işleme kararının icrası düşüncesiyle hareket ettiği takdirde, *müteselsil suç* gerçekleşmiş (reato continuato) olur (TCK. m. 80). Gerçekten mütemadi suçta, temadi bir sebeple sona erdikten sonra, aynı suç işleme kararıyla, sözkonusu olan önceki mütemadi suçun yeniden işlenmesi mümkündür. Sözelimi, özgürlüğü sınırlanan kişinin, temadi bittikten, sona erdikten sonra, failce yeniden özgürlüğü sınırlandırılırsa — aynı suç işleme kararı mevcut olmak şartıyla — önceki ile sonraki özgürlüğü sınırlandırma fiilleri arasında teselsül ilişkisi vardır. Yine fail, bir kişiyi, çeşitli kez, aynı suç işleme kararının etkisi ile özgürlüğünden yoksun bıraktığında da teselsül gerçekleşir.

b) Hükümet memuriyeti ünvanını gasbederek özgürlüğü sınırlandırma suçunu işleyen fail, iki suçtan mı (memuriyetin gasbı ile özgürlüğün kaldırılması) yoksa tek suçtan mı ceza görecektir? Kanaatimizce dış âlemde iki ayrı netice doğmuştur; bu nedenle iki suç gerçekleşmiş demektir.

c) Yine iftira ederek tevkife yolaçan kişi TCK. m. 285/2 gereğince iftira suçunun ağırlatıcı sebebini gerçekleştirmiştir. Burada kanaatimizce bir mürekkep suç sözkonusudur.

d) Bu suç ırza tecavüzle, yağma ile korkutarak faydalanma ile de bağlantılı halde olabilir; bu takdirde Alman Ceza Doktrininde bazı yazarlar, «Kanunlar ihtilâfı» (70) nedeninin varlığını, BGE ise hakiki içtima halinin olduğunu savunmaktadır (71).

e) Özgürlüğü sınırlandırma, başka bir suçun sözelimi müessir fiilin (zehirleme)in sadece yan neticesi olduğu takdirde, TCK. m. 179 ortadan kalkar.

(70) Schönke/Schröder, m. 239, s. 1190, XII, 17.

(71) BGE. 89, IV, 85.

f) Kişisel özgürlüğü sınırlandırmanın TCK. m. 201/2 de düzenlenmiş bulunan çalışma özgürlüğüne karşı işlenen suç gerçekteşirmek amacına yönelmiş olması halinde İtalyan Yargıtay'ı, TCK. m. 78 i uygulayarak, TCK. m. 179 ile 201/2 gereğince, faili iki suçtan sorumlu tutmuştur (72). Başka bir kararda da: bir tarım grevi sırasında cebir - tehditle, bir kişiyi hayvanları terketmeye ve de greve katılmaya zorlayan, daha sonra da tekrar hayvanlara bakmasını önleyen ve kendilerini takibe mecbur eden kimselerin fiilinde iki suçun, yani çalışma özgürlüğünü ihlâl (TCK. m. 201/2) ile kişisel özgürlükten yoksun kılma (İCK. m. 146). (TCK. m. 179) (sequestro di persona) şeklinde de iki suçun gerçekleştiğini kabul etmiştir (72 bis).

İtalyan Yargıtayı'na göre, çalışma özgürlüğüne yöneltilen cebir veya tehdit eylemi, sadece kişinin özgürlüğünü sınırlandırmakla kalmaz da kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma derecesine de varırsa, bu durumda TCK. m. 201 ile birlikte TCK. m. 179 un da uygulanması gerekecektir.

Ersoy, bu durumda, içtima kurallarının uygulanması yerine, özel hüküm olan TCK. m. 201 deki hükümlerden fiile uygun düşenin uygulanmasının düşünülebileceği kanısındadır. Sözelimi bir kısım işçiler, işi bırakmayan öbür işçileri, çalışmalarına mani olmak amacıyla, fabrikanın yemekhanesine kapatırlarsa, burada iki suçun varlığından söz etmemelidir. Gerçekten çalışma özgürlüğünün sınırlandırılması, kişisel özgürlüğün de sınırlandırılması niteliğini kazandığı gibi, çalışma özgürlüğünden yoksun kılma da, kişisel özgürlükten yoksun kılma biçiminde olabilmektedir (73).

c) *İhmalî hareketler.*

Bu suç serbest hareketli bir suçtur, fakat çoklukla icraî hareketle işlenir. Ancak, ihmal hareketi ile de gerçekleşebilir. Sözelimi ilkin, başlangıçta meşru olan özgürlükten yoksun kılmanın, meşruluk sebebi ortadan kalktıktan sonra da sürdürüldüğü durumlarda, özgürlüğü kısıtlama suçu, ihmal ile işlenmiştir. Bu durumlarda kökeninde bir icra şeklinde müspet hareket olmayan bir eylemde, ih-

(72) İTM. 5 mart 1908; Giust. Pen. 1908, 559, n. 439; zikreden: Ersoy, s. 205-206.

(72 bis) İTM. 5 mart 1908; Giust. Pen. 1908, 559, n. 439; zikreden: Ersoy, s. 205-206.

(73) Ersoy, s. 207-208.

mal hareketi, dolus subsequens - izimameden kast sebebiyle, incelenen suçu gerçekleştiren niteliktedir (74).

Alman uygulaması ile doktrini de aynı düşüncededir. Gerçekten Alman Yüksek Mahkemesi, ihmal hareketi ile bu suçun işlenebileceğine karar vermiştir (75). Sözelimi, biri, başkasını, yanlışlıkla bir yere kilitlemiş olsa, sonra yanlışını idrak etmiş olduğu halde kilitlemiş olduğu kimseyi sebest bırakmasa, özgürlüğü sınırlandırma suçunu ihmal ile gerçekleştirmiş olur (76); yine zabıtada bir iftira suçunda ihmal ile iftiradan vazgeçmeme aynı suçu gerçekleştirir (77). Yine, bir yolcunun haklı bir talebi karşısında, tren şefi, kompartıman kapısını açmak zorundadır (78). Buna mukabil (79) bir ev sahibinin, kendisinin dahli olmaksızın ve yanlışlıkla eve kapatılmış, kilitlemiş olan bir şahsa kapıyı açmak mecburiyetinin olmadığı savunulmuştur (80).

4. Özgürlüğü sınırlandırma fiili ile bazı sorunların ilişkisi.

1) *Kast, hukuka aykırılığa yönelmiş olması.*

Failin bu suçu işleme konusundaki bilme ve iradesinin, hukuka aykırı durumu sürdürmeye yönelmiş bulunmasıdır.

2) *Özgürlüğü sınırlandırma suçu ile meşru müdafaa.*

Bu suç, mütemadi bir suç olduğundan, her an işlenmektedir. Meşru müdafaa da, tecavüzün ise «filhal» olması aranır. Şu halde özgürlüğü sınırlandırma suçu işlenmekte sürerken, buna karşı mağdurun meşru müdafaa hakkı da mevcut demektir (81).

(74) **Kaeb**, Zur Lehre von der Freiheitsberaubung, München 1879, s. 29; **Zikreden: Manzini**, 1921, IV, s. 488.

(75) **BGH. GA.** 19, 63, 16; **Schönke/Schröder**, m. 239 s. 1189.

(76) **RGSt.** 24, 339.

(77) **RG. HRR.** 19, 35, Nr. 471.

(78) **DJZ.** 80, 764. **Zikreden: Leipziger Kommentar**, m. 239, s. 289.

(79) **GA.** 62, 348.

(80) Aynı yer.

(81) **Önder**, s. 42; **Schönke/Schröder**, s. 294; **Frank**, s. 160.

3) Özgürlüğü sınırlandırma suçu ile genel af.

Genel af kanunu yayımlandığında, mütemadi suç olan fiil kesilmektedir. Bundan sonra fail mağdurun özgürlüğünü kısmakta devam ediyorsa, bu takdirde yeni bir suç işliyor demektir. Yargıtay da bu doğrultudadır (82).

IX. Manevi unsur.

Özgürlüğü sınırlandırma suçunun gerçekleştirilmesi için «kast»ın varlığı zorunludur. Bir başka deyişle, bir başkasının hareket etme özgürlüğüne ilişkin bulunan mağdurun menfaatine karşı, hukuka aykırı fiil işleme iradesi ile bu konudaki bilginin varlığı gerektir (83). Kastın irade unsuru ile bilgi unsuru, başlangıçtaki kast ile de, sonradan oluşan kast ile de gerçekleşebilir.

Öte yandan bu kast, doğrudan doğruya kast biçiminde de, dolayısıyla kast biçiminde de ortaya çıkabilir (34).

1. Taksir.

Buraya kadar olan açıklamalarımızdan anlaşıldığına göre, inceleme konusu suç, *taksirle* işlenemez. Gerçekten taksir, ancak kanunun ayrıca belirttiği durumlarda gözönünde tutulabilir.

2. Özel kast.

Burada özel kast sözkonusudur. Fail, kişisel özgürlüğü sınırlama amacıyla harekete geçmelidir. (Sözgelimi fail, bir kadını evlenme veya şehvet hissiyle kaçırmış, alıkoyma ise, TCK. m. 429, 430 gerçekleşebilir (84 bis).

(82) 4. CD. 24.1.1951, E. 418/K. 418. Zikreden Önder, s. 43

(83) Bu konuda bak. Erem, Temyiz Tevhidi İçtihad Heyeti Kararı: Karısını rızası hilâfına eve getiren kocanın hareketi, vafına göre müessir fiil veya fena muamele teşkil edebilirse de hürriyeti tahdit suçunu teşkil etmez, *Juridictio* - Kazai İçtihatlar Dergisi, 1956, no. 2, s. 121.

(84) *Leipziger/Kommentar*, I, s. 296 IV; *Schönke/Schröder*, s. 1189, VIII.

(84 bis) Bu konuda birçok misalleri ile bak. Çağlayan, Şahsi Hürriyetten Mahrum Etme Cürmü, *İdare Dergisi*, 1957, sayı. 249, s. 32.

3. Hukuka aykırılık bilinci.

Failde, yaptığı hareketin hukuka aykırı olduğu bilinci mevcut olmalıdır. Aksi halde fail, fiilî hata içinde veya hukuka uygunluk sebeplerinden birinin sözkonusu bulunduğu kanaatiyle hareket ediyorsa, hukuka aykırılık bilinci gerçekleşmiş sayılamaz. TCK. m. 179 daki suç da tüm unsurlarıyla oluşmamış demektir.

IX. Ceza.

TCK. m. 179/1 de suçun cezasının yukarı haddi gösterilmiş, aşağı haddi gösterilmemiştir. Doğal olarak bu gibi durumlarda o tür cezanın genel alt sınırı, suçun cezasının alt sınırıdır. Yargıç, cezanın genel alt sınırı ile maddede yazılı üst sınırı arasında takdir yetkisine sahiptir (85).

TCK. m. 179/1 de «...beş seneye kadar hapis ve elli liraya kadar ağır cezayı nakdiye cezası tertip» edilmiştir. Suçun basit cezası budur. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, yani ağırlatıcı sebepli olan suçta «üç seneden sekiz seneye kadar ağır hapis ve yirmibeş liradan yüzyirmi beş liraya kadar ağır cezayı nakdi» saptanmıştır.

(85) A. Bülent Gürel/A. Nevzad Odyakmaz, İçtihatlı Ceza Kılavuzu, İstanbul 1971, s. 46.