

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU

Muhammed DEMİREL*

ÖZ

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, Türk Ceza Kanunu'nda tehdit, şantaj, cebir suçlarıyla birlikte “Hürriyete Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. Düzenlemenin ikinci, üçüncü ve beşinci fıkralarında suçun nitelikli hallerine yer verilmiştir. Dördüncü fıkra ise suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali ihdas edilmiştir. Son fıkra ise içtimaya ilişkin özel bir düzenleme öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Nihayet bir sonraki madde hükmünde etkin pişmanlık düzenlemesi yer almaktadır. Bu çalışmada tüm bu hususlar incelenecek, bu yapılırken Alman doktrininden ve mahkeme kararlarından da faydalanılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hürriyetten yoksun bırakma, kesintisiz suç, tehdit, cebir, hile, etkin pişmanlık.

THE CRIME OF DEPRIVATION OF LIBERTY

Abstract

The crime of the deprivation of liberty is regulated in the Turkish Penal Code under the heading “Crimes Against Freedom” along with the crimes threat, extortion and algebra. According to this regulation, any person who unlawfully restricts the freedom of a person to move or to remain in a particular place, shall be sentenced to a penalty of imprisonment for a term of one to five years. The qualifications of the offense are contained in paragraphs 2, 3 and 5 of the regulation. In the fourth paragraph, the aggravation of this crime due to its consequences is regulated. In the last paragraph there is a special regulation regarding the aggregation. According to this regulation, where an aggravated injury on account of its consequences is

* Doktor Öğretim Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, muhammedemirel@gmail.com,

ORCID: 0000-0001-9162-1459

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.813016

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 14/06/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 07/10/2020

committed in order to commit this offence (or during the commission of this offence), then the provision relating to intentional injury shall be additionally applied. Finally, the next article regulates the effective remorse. This study examines all of these topics using German doctrine and court decisions.

Keywords: *Deprivation of liberty, continuing crime, threat, force, fraud, effective remorse.*

A. Genel Olarak

Kişilerin temel hakları arasında kişi hürriyeti ve güvenliği ile yerleşme ve seyahat hürriyeti yer almaktadır. Bu çerçevede her iki hak da anayasal anlamda güvence altına alınmıştır. Nitekim Anayasa'nın "*Kişi hürriyeti ve güvenliği*" başlıklı 19'uncu maddesinde açıkça herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte düzenlemedeki bu ifadenin ardından bu temel hakkın bazı hallerde sınırlandırılabilmesi hükmüne yer verilmiştir. Esasen bu sınırlandırma durumlarıyla birlikte en *temel haklardan* biri olarak kişinin seyahat etme özgürlüğü, en başta devlete ve topluma karşı korunan bir hak olarak ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede bu hakkın hukuki bir temeli olmaksızın kısıtlanmasına yönelik davranışlar da suç olarak düzenlenip ceza yaptırımına altına alınmıştır¹.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma*" başlıklı 109'uncu maddesine göre *bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.* 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 179'uncu maddesinde, "*Bir kimse diğer bir kimseyi gayrimeşru surette kişi hürriyetinden mahrum ederse bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin liradan az olmamak üzere ağır para cezasıyla cezalandırılır.*" şeklinde tanımlanan bu suçun, mevcut düzenlemeyle birlikte unsurlarının daha açık hale getirildiği ifade edilebilir. Zira suçun önceki kanun döneminde kişinin hürriyetinden mahrum bırakılmasından söz edilmekteyken mevcut halinde kişinin hürriyetinden mahrum bırakılmasından ne anlaşılması gerektiği ortaya

¹ SONNEN, § 239 kn. 1; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 8; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 1; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 1; ÜZÜLMEZ, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları; KESKİN KIZIROĞLU, s. 73. Bu suçun tarihsel gelişim süreci için bakınız KAFES, s. 22 vd.

konmuştur. Bu nedenle de mevcut düzenlemenin belirlilik ilkesine daha uygun olduğu belirtilebilir².

Düzenlemenin ikinci ve üçüncü fıkralarında suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri düzenlenmiştir. Buna göre fiilin işlenmesi için veya işlendiği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılması (fıkra 2), yine suçun silahla, birden fazla kişi tarafından birlikte, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, üstsoy, altsoy veya eşe karşı, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi halinde (fıkra 3) faile daha ağır ceza yaptırımı uygulanacaktır. Aynı şekilde suçun beşinci fıkrasında özel bir amaç içeren nitelikli hale yer verilmiştir. Bu kapsamda suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılacaktır (fıkra 5). Dördüncü fıkroda ise suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması şeklindeki neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali düzenlenmiştir (fıkra 4). Nihayet son fıkroda suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağına dair özel bir hüküm ihdas edilmiştir.

Alman Ceza Kanunu'nda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tanımı ise, “*Bir kimseyi bir yere kapatan veya başka bir şekilde hürriyetinden yoksun kılan bir kimse, beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklindedir. Bu suç, 26 Ocak 1998 tarihli 6. ceza reformu sonrasında ait olup temeli 1871 tarihli Alman Krallık Ceza Kanununa dayanmaktadır. Suçun tanımında “*bir yere kapatma*” ve “*başka şekilde hürriyetinden yoksun kılma*” şeklinde iki hareket bulunmaktadır. Bu tanımın en azından ikinci hareket açısından 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemede yer alan tanımla aralarında bir benzerlik olduğu göze çarpmaktadır. Zaten Alman düzenlenmesindeki “*başka şekilde hürriyetinden yoksun kılma*” yönündeki ifade, incelememizde de görüleceği üzere birçok tartışmayı beraberinde getirebilecek niteliktedir. 6. ceza reformuyla birlikte düzenlemenin ilk fıkrasında yer alan ifade değiştirilmiş, ikinci fıkrasında teşebbüs cezalandırılabilir hale gelmiş, nitelikli hallerin ifadeleri ve sistematik düzeni yeni bir kapsama sahip olmuş ve

² ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1184; KOCA/ÜZÜLMEZ s. 442; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 512; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 425; KAFES, s. 13. ÖNDER, 765 sayılı TCK'daki tanımı yalın olarak nitelendirmiştir. Bakınız ÖNDER, s. 26. Bununla birlikte mülga Kanun'da yer alan düzenlemeyi, mevcut düzenlemeye göre daha eksiksiz gören görüş için bakınız HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 188.

cezalar yükseltilmiştir³. Bu çerçevede suçun üçüncü paragrafında mağdurun bir haftadan fazla hürriyetinden yoksun kalması, yoksun kılma fiili ile veya bu fiil esnasında mağdurun sağlığının ağır şekilde bozulması (fıkra 3) yahut da mağdurun hayatını kaybetmesi (fıkra 4) şeklinde suçun neticesi sebebiyle ağırlanmış hallerine yer verilmiştir.

B. Korunan Hukuki Değer

Özgürlükten yoksun kılma yasağı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (madde 5) ve Anayasa (madde 19) ile güvence altına alınmış olup kişinin hareket edebilme hürriyetinin, bulunduğu yeri değiştirme *imkanının* korunmasına hizmet eder. Esasen bu suçla korunan hukuki değer, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere kişilerin kendi arzu ve iradeleri çerçevesinde hareket edebilme hürriyetleridir. Buna göre kısaca bu suçla insanların kişisel özgürlükleri korunmaktadır. Bundan anlaşılması gereken ise irade hürriyeti gibi geniş bir kavram olmayıp yalnızca hareket edebilme hürriyetleridir. Bu suçla bu suçla kişinin kendi kararıyla mevcut durumda bulunduğu yeri terk edebilme, yer değiştirebilme hürriyeti korunmaktadır⁴. Yani bu suçla fiziksel, bedensel anlamda hareket özgürlüğünün korunduğunu, fikirsel özgürlük ya da ekonomik gelişim özgürlüğünün korunmadığını belirtmek gerekir⁵. Bununla birlikte hareket edebilme hürriyetinden genel anlamda irade hürriyeti de anlaşılabilir⁶ ki zaten bu suçta cebir suçundan ayıran en temel husus da

³ EIDAM, (2013), § 239 kn. 1; FISCHER, § 239 kn. 1; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 13; WIECK-NOODT, § 239 kn. 11; SONNEN, § 239 kn. 3.

⁴ GEPPERT/BARTL, s. 221-223; HOFFMANN-HOLLAND, kn. 286; EIDAM, (2013), § 239 kn. 2; FISCHER, § 239 kn. 2; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 1; WIECK-NOODT, § 239 kn. 1; SONNEN, § 239 kn. 4; PARK/SCHWARZ, s. 294; EIDAM, (2010), s. 870; EISELE, (2015), kn. 424; KINDHÄUSER, § 15 kn. 1; FISCHER, § 239 kn. 2; WIECK-NOODT, § 239 kn. 1; CİHAN, s. 50; ÖNDER, s. 26; GÜLŞEN, s. 39; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1186; KESKİN KIZIROĞLU, s. 73; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 443; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 424; YILDIZ, s. 234; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 424; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 509; YENERER ÇAKMUT, s. 589; KAFES, s. 75; TOROSLU, s. 86; YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, s. 3724; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 188. Bu noktada bazı görüşler, bedensel hareket hürriyetinin korunduğunu belirtmektedir. Bakınız ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 8.

⁵ ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 12; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 510; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 424; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 424; SOYASLAN, s. 262. Buna rağmen Alman Federal Yüksek Mahkemesinin bazen bu özgürlük kavramını kıyas yaparak oldukça geniş yorumladığı, buna göre fikirsel anlamda özgürlükten yoksun kılmayı da bu kapsamda telakki ettiği hususlarına vurgu yapılarak bu durumun ceza hukukunda kıyas yasağına aykırı olduğunun altı çizilmektedir. Bakınız ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 12.

⁶ EIDAM, (2013), § 239 kn. 2; FISCHER, § 239 kn. 2; WIECK-NOODT, § 239 kn. 2; KES-

budur⁷. Elbette bu suçun işlenmesinde cebir kullanılması halinde kişilerin vücut dokunulmazlıklarının ihlal edilmesinden de söz edilebileceği ifade edilmektedir⁸.

Alman doktrininde yaygınlaşan ve **aktüel teori** adı verilen görüşe göre⁹ bu suçla sadece aktüel hareket özgürlüğü korunmaktadır. Buna uygun olarak tipikliğin gerçekleşmesi, mağdurun bulunduğu yeri fiilen de terk etme isteğinin bulunmasına ve mağdurun bu aktüel iradesinin önlenmesine bağlıdır. Bu öğretiyi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu tehdit suçuna yakın olarak görür¹⁰ ve kişinin hürriyetinin tamamen ortadan kalkması halinde, tehdit suçunun özel bir hali olarak bağımsız bir suç olarak tezahür ettiği savından hareket eder¹¹. Bu görüş esas alınacak olursa, bir kimsenin bir odada uyumakta olan bir başka kişiyi odaya kilitlemesi olayında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşmadığı kabul edilecektir. Zira odada uyuyan kişi, bu zaman aralığında zaten uyuduğundan başka bir yere gitmek istemeyecektir¹². Benzer şekilde A'nın, B'nin eşiyile eğlenceye gitmek için büroda çalışan B'nin üzerine kapıyı kilitlemesi, fakat B'nin bu durumun farkına varmayarak büroda çalışması halinde, B'nin aktüel anlamda hareket hürriyeti ihlal edilmiş olmayacağından A, yalnızca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüsten cezalandırılacaktır. Bu görüşe göre suçun tamamlanması, yalnızca mağdurun büroyu terk etmek istemesi ve kapının kilitli olduğunu fark etmesi halinde söz konusu olacaktır¹³.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi¹⁴ ile birlikte Alman doktrinindeki¹⁵

KİN KİZİROĞLU, 73.

⁷ Bakınız ÜZÜLMEZ, s. 33,46; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 510; SOYASLAN, s. 262.

⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 425.

⁹ EISELE, (2015), kn. 425, 428; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 13; PARK/SCHWARZ, s. 295; FISCHER, § 239 kn. 3; SONNEN, § 239 kn. 4. Krallık Yüksek Mahkemesinin de bu yönde kararları bulunmaktadır. Bakınız PARK/SCHWARZ, s. 294.

¹⁰ ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, 9/13.

¹¹ WIECK-NOODT, § 239 kn. 5; FAHL, s. 460.

¹² KINDHÄUSER, § 15 kn. 3.

¹³ EISELE, (2015), kn. 428.

¹⁴ BGH 06.12.1983 – 1 StR 651/83, BGHSt 32, 183 (WIECK-NOODT, § 239 kn. 3); BGHSt 14, 314 (LACKNER/KÜHL, § 239 kn. 1; EIDAM, (2013), § 239 kn. 2); RGSt 61, 239, 241 (KINDHÄUSER, § 15 kn. 2; FISCHER, § 239 kn. 3).

¹⁵ SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 1; KRETSCHMER, s. 591; HECKER, s. 947; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 1; WIECK-NOODT, kn. 7; RENGIER, 22/19; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 2. Bu görüşe göre mağdurun her bakış altında bulunduğu yeri değiştirebilecek konumda olması esas alınır ve buna göre de mutlaka o anda yerini değiştirmek

ve madde gerekçesinde yer alan ifadelerden hareket eden Türk doktrinindeki¹⁶ hâkim görüşe göre bu suç tipiyle sadece aktüel hareket özgürlüğü değil, potansiyel hareket özgürlüğü *de*¹⁷ korunmaktadır. Yani **potansiyel teori** adı verilen bu görüşte, hareket özgürlüğü oldukça kapsamlı bir şekilde korunmaktadır. Tipiklik, yer değiştirmeye yönelmiş iradenin fiilen gerçekleşmiş olmasına dayalı değildir. Mağdurun bulunduğu yeri kendi isteğine göre değiştirmesi imkânsız hale getirilen kişi, tipe uygun hareket etmiş sayılır. Bu noktada da ilgili kişinin mutlaka hareket etmek isteyip istemediğinin bir önemi bulunmamaktadır¹⁸. Zira her kişi, istediği takdirde bulunduğu yeri değiştirme imkanına sahiptir¹⁹. Dolayısıyla mağdurun kendisini özgürlüğünden yoksun kılan durumu bilip bilmemesinin ya da bu durum süresince fiilen bulunduğu yeri değiştirme iradesine sahip olup olmadığına bir önemi bulunmamaktadır. Bu çerçevede mağdur, yer değiştirmek istemese bile kendisinden bağımsız olarak yer değiştirme imkanının ortadan kaldırılmış olması halinde de bu suç tamamlanmış olacaktır²⁰.

istememesi gerekli görülmez. Bakınız KARGL, s. 74.

¹⁶ CİHAN, s. 52; GÜLŞEN, s. 43; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1186; YILDIZ, s. 235; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 429; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 425; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 510; KESKİN KIZIROĞLU, s. 73; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 443; SOYASLAN, s. 262; YENERER ÇAKMUT, s. 589. KOCA/ÜZÜLMEZ'e göre aktüel teorinin kabul edilmesi, fail tarafından gerçekleştirilen fiile değil de mağdurla ilgili bir duruma bağlı hale gelmesi nedeniyle potansiyel teorinin benimsenmesi gerekmektedir. Bakınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 445; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, 1188. 765 sayılı TCK döneminde ÖNDER, her ne kadar potansiyel teoriden yana görüş beyan etmiş olsa da (ÖNDER, s. 28) eserinde mağdurun da hürriyetinden yoksun bırakıldığını bilmesi gerektiği yönünde bir ifadeye yer vererek (ÖNDER, s. 30) çelişki içerisine düşmüştür.

¹⁷ Bu ekin **bold ve italik** yapılması, bu teoriyi benimseyenlerin esasen bu suçla aktüel hareket özgürlüğünün de korunduğunu kabul ediyor olmalarından, zaten potansiyel teorinin bir şema olarak aktüel teoriyi bünyesinde barındırdığına özel olarak işaret etme isteğimize kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla KAFES'in çalışmasında bu suç düzenlemesinin formülasyonundan hareketle, bu suçla aktüel hareket özgürlüğünün de korunduğunun belirtildiği yönündeki görüşünü (KAFES, s. 76) yerinde bulmuyoruz. Aktüel hareket özgürlüğü zaten korunmakta, potansiyel hareket özgürlüğü de korunmaktadır.

¹⁸ KRETSCHMER, s. 591; RENGIER, § 22 kn. 2; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 2; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 1; GÜLŞEN, s. 43; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1187; KAFES, s. 115; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 429; YENERER ÇAKMUT, s. 589.

¹⁹ SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 1; KRETSCHMER, s. 591.

²⁰ EIDAM, (2013), § 239 kn. 2; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 2; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 1; KRETSCHMER, s. 591.

Bu noktada bu teori kapsamında bir görüş, bu suç tipinin koruma amacını *esaslı hareket alanının kullanılabilirlik garantisi* içerisinde görür²¹. Esaslı hareket alanı üzerindeki bu hak, bu hakkın ilgili kişi tarafından fiilen ya da varsayımsal olarak kullanılmak istenip istenmemesinden bağımsız olarak garanti altına alınmıştır. Bu suçla bireyin bu hakkını kullanmak isteyip istemediğinden bağımsız olarak kişiye temel hareket özgürlüğünden tasarruf edebilirliğinin garanti edilmesi korunmaktadır ki bu nedenle de potansiyel teori kabul edilmelidir. Dolayısıyla da bu görüşe göre pekâlâ odada uyumakta olan kişinin de özgürlüğünden yoksun bırakılması mümkün olacaktır²². Yine aynı evde yaşayan öğrencilerden biri, çok sesli müzik dinlemesi nedeniyle arkadaşına kızar ve evi terk ederse, terk ederken de evin kapısını arkadaşının üzerine kilitlerse ve fakat yarım saat sonra pişman olup eve gelerek kapıyı açarsa, evdeki arkadaşı kilitli kaldığı esnada evi terk etmek istemese bile bu suçun tamamlandığı kabul edilecektir²³. Mağdurun yer değiştirme özgürlüğünü kullanma yönündeki aktüel iradesindense özgürlüğün objektif durumuna odaklanan bu görüşe göre mağdurun belirli bir bilince sahip olmasının önemsiz addedilmesi doktrinde eleştirilmekte ve mantıklı görülmemektedir. Zira bu görüş, uyanık kişiyle aslında iradesi mevcut olmayan uyuyan kişi arasındaki ayrımı yapma ihtiyacının ortadan kalkması suretiyle ispat kolaylığı sağlama ihtiyacıyla meşrulaştırılmaya çalışılmaktadır²⁴.

Bu görüş, yeterli bir neden olmaksızın suçun tamamlanma anının öne çekilmesi ve esasen teşebbüs aşamasında kalmasına rağmen mağdurun hürriyetinin kısıtlandığını bilmediği durumların da tamamlanmış gibi cezalandırılması, keza konu itibarıyla elverişsiz durumdaki kişilere karşı dahi suçun elverişsiz teşebbüs dolayısıyla cezalandırılması şeklindeki sonuçların ortaya çıkması dolayısıyla cezalandırılabilirliğin fazla genişleyeceği, suçun bir tehlike suçu haline geleceği ve bunun genişletici yorum suretiyle kıyas yasağını ihlal edeceği gerekçeleriyle eleştirilmiştir²⁵. Alman doktrininde

²¹ KINDHÄUSER, § 15 kn. 5; Bilgi için bakınız KARGL, s. 74.

²² KINDHÄUSER, § 15 kn. 2, 5; KRETSCHMER, s. 591; HOFFMANN-HOLLAND, kn. 287.

²³ HOFFMANN-HOLLAND, kn. 287.

²⁴ FISCHER, § 239 kn. 4. Nitekim potansiyel teörinin savunucularından biri olan *WIECK-NOODT*, aktüel teörinin esas alınması halinde mağdurun iradesinin tespitinin nadiren zor olmadığını, mağdurun sübjektif iradesinin ortaya konulması suretiyle objektif tipiklik tanımının belirlenmesinin konuyu oldukça karmaşık hale getireceğine dikkat çekmiştir. Bakınız *WIECK-NOODT*, § 239 kn. 7.

²⁵ EISELE, (2015), kn. 428; PARK/SCHWARZ, s. 295; EIDAM, (2013), § 239 kn. 2; RENGI-

kanunda bu suça teşebbüsün cezalandırılmaması gerekçe gösterilerek bu teoriyle cezalandırmanın sınırlarının yorum yoluyla genişletilmesinin kanuni düzenlemeyle uyuşmadığı eleştirisi yöneltilmekteydi²⁶. Yani esasen bu teoriyi kabul edenler, suçun teşebbüs aşamasında kalmış halinin cezasız kalmasının önüne geçilmesi amacını taşımaktaydılar²⁷. Ancak Alman Ceza Kanunu'nda 1998 yılında yapılan değişiklikle bu suça teşebbüs cezalandırılabilir hale gelmiştir. Böylelikle kanunda yapılan bu değişiklikle birlikte artık bu teorinin kabul edilmesinin bir anlamının kalmadığına işaret edilmektedir²⁸. Tüm bu eleştirilere karşılık bu teori kapsamında anayasal anlamda güvence altına alınmış olan seyahat özgürlüğü gibi temel haklardan biri olarak kişi hürriyetinin kapsamının daraltılması ve bu suretle sınırlandırılarak korunmaya çalışılmasının hakkın temeline uygun olmadığına vurgu yapılmıştır²⁹. Keza hürriyetten yoksun kılmayı iradeye aykırı bir suç olarak anlayan kimsenin, objektif tipik haksızlık üzerindeki kanun koyucunun kontrolünün bireysel mağdur iradesi lehine askıya almış olacağı hususuna dikkat çekilerek potansiyel teorinin önemine işaret edilmiştir³⁰.

Bu teoriler noktasında en azından Türk hukuku açısından **kanaatimiz**, gerek madde gerekçesinde yer alan “*Bu suç ile korunan hukuki değer, kişilerin kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyetidir.*” şeklindeki ifade gerekse suçun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesinin bir nitelikli hal olarak öngörülmesi hususları dikkate alındığında potansiyel teorinin benimsenmesi gerektiği yönündedir. Yani Türk Ceza Kanunu'nda yer alan düzenlemeler, zaten Türk hukukunda hangi teorinin benimsenmesi gerektiği yönündeki tartışmayı

ER, § 22 kn. 3; FISCHER, § 239 kn. 4; WIECK-NOODT, § 239 kn. 4.

²⁶ KARGL, s. 74.

²⁷ Bakınız PARK/SCHWARZ, s. 295.

²⁸ FISCHER, § 239 kn. 4a; KRETSCHMER, s. 591; RENGIER, § 22 kn. 3; EIDAM, (2013), § 239 kn. 2; EISELE, (2015), kn. 430. Bununla birlikte Alman Ceza Kanunu'nda yapılan bu değişiklikle birlikte Krallık Yüksek Mahkemesi'nin kanun koyucunun bu suça teşebbüsü cezalandırmayarak aktüel teoriden yana olduğu yönündeki kararının da esasen bir anlamının kalmadığına işaret edilmiştir. Bakınız RGSt 33, 235 (KARGL, s. 73).

²⁹ SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 8; WIECK-NOODT, § 239 kn. 7. Bununla birlikte *WIECK-NOODT*, Alman Ceza Kanunu'nda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni tanımında kullanılan “*yoksun kılma*” ifadesinin kanun koyucunun iradesinin aktüel teoridense potansiyel teoriye daha yakın durduğunun bir göstergesi olduğuna işaret etmiştir (WIECK-NOODT, § 239 kn. 7).

³⁰ KARGL, s. 73; SONNEN, § 239 kn. 4;

anlamsız hale getirmektedir³¹. Esasen kanun koyucunun bizzat kendisi, suçun akıllı hastalarına ve çocuklara karşı da işlenebileceğini kabul etmiş ve hatta bunu daha ağır bir cezaya layık görmüştür (TCK md. 109/3-f). Zaten gerek Türk doktrini gerekse Türk mahkeme kararları bu minvalde gelişim göstermiştir. Bu açıdan incelememizin bundan sonraki kısımlarındaki açıklamalar, *potansiyel teori temel alınarak* yapılacaktır. Bununla birlikte elbette aktüel teorinin benimsenmesinin ne tür olası sonuçları olacağına önem arz eden durumlarda yer yer değinilecektir.

C. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a. Fail, Mağdur ve Konu

Bu suçun **faili** herkes olabilir³². Bununla birlikte Türk Ceza Kanunu'nda suçun bir kamu görevlisi tarafından yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi halinde daha ağır cezaı gerektiren bir nitelikli hale yer verilmiştir (madde 109/3-c).

Suçun **mağduru** ve **konusu** noktasında ilk dikkat çeken husus, doktrinde köleliğin kaldırılmış ve yasaklanmış olması anlamında suçun topluma ve devlete karşı işlendiğini ifade eden bir görüşün³³ varlığıdır. Bu görüşe göre suçun mağduru toplum olarak kabul edilmek durumundadır. Ancak bu istisnai görüşe karşılık doktrinindeki hâkim görüşe göre suçun hem mağduru hem de konusu, ancak bulunduğu yeri değiştirmeye yönelik doğal iradesini şekillendirebilme konumunda bulunan gerçek kişiler, yani herkes olabilir³⁴. Bu bağlamda suçun konusu doktrinde mağdurun serbestçe hareket edebilme

³¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 445; KAFES, s. 77.

³² CİHAN, s. 51; ÖNDER, s. 28; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1186; GÜLŞEN, s. 40; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 510; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 443; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 427; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 425; YENERER ÇAKMUT, s. 589; KAFES, s. 105; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3724; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 187.

³³ ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 8.

³⁴ BGHSt 32, 183, 187 (SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 4; EISELE, (2015), kn. 429; EISELE, (2019), § 239 kn. 2; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 3); EIDAM, (2013), § 239 kn. 5; KINDHÄUSER, § 15 kn. 6; GEPPERT/BARTL, s. 222; WIECK/NOODT, kn. 12; SONNEN, § 239 kn. 6; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 2; EIDAM, (2010), s. 870; EISELE, kn. 2; CİHAN, s. 51; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1187; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 444; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 429; KESKİN KIZIROĞLU, s. 75; YENERER ÇAKMUT, s. 589; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3725; GÜLŞEN, s. 41; KAFES, s. 111; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 187.

hürriyeti olduğu ifade edilmişse de³⁵ kanaatimize göre özgürlüğünden yoksun kılınan kişinin kendisidir³⁶.

Tam bu noktada suçun mağdurunun kim(ler) olabileceği de korunan hukuki değer kapsamında yer verilen farklı teorik görüşlere göre değişiklik gösterecektir. Zira daha önce de belirtildiği üzere aktüel teoriye göre kişinin belirli bir yerde kalma ya da bir yere gitme isteğinde bulunması gerekirken potansiyel teoriye göre kişinin böyle bir istekte bulunması şart değildir. Dolayısıyla aktüel teorinin benimsenmesi halinde doğal olarak suçun mağduru ve konusu açısından da bir sınırlandırma söz konusu olacaktır. Bu kapsamda alkol ya da uyuşturucu madde yahut da geçici neden etkisiyle bilincini kaybetmiş kişilerle uyuyakalmış kişilerin hareket etme, yer değiştirme iradeleri yalnızca geçici olarak bulunmadığından bu suçun mağduru olup olamayacaklarına ilişkin olarak yapılan tartışmada aktüel teoriye göre bu kişilerle birlikte işlediği fiilin sonuçlarını algılama yeteneği önemli derecede azalmış durumdaki kişiler ve uyuyakalmış kimseler, bu suçun mağduru ve konusu olamazlar³⁷ ve bu durumda yalnızca suça teşebbüsten söz edilebilir³⁸. Buna karşılık bizim de kabul ettiğimiz potansiyel teorinin benimsenmesi durumunda bu kişiler de mağdur olarak nitelendirilebilecektir³⁹. Benzer durum hipnoz altındaki kişiler açısından da geçerli olup bu kimseler, aktüel teoriye göre⁴⁰ suçun konusu olamazlarken potansiyel teoriye göre⁴¹ suçun konusu olabilirler.

³⁵ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 430; KAFES, s. 119.

³⁶ KESKİN KIZIROĞLU, s. 74. Mağdurun bedeninin suçun konusu olduğunu belirten bir görüş de bulunmaktadır. Bakınız YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3726

³⁷ EISELE, (2015), kn. 430; EIDAM, (2013), § 239 kn. 5; Bilgi için bakınız GEPPERT/BARTL, s. 222.

³⁸ EISELE, (2015), kn. 430; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 3.

³⁹ BGHSt 14, 314 (SONNEN, § 239 kn. 14); DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 3; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 2; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 6; KRETSCHEMER, s. 591; ÖNDER, s. 28; GÜLŞEN, s. 43; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 512; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 444; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 425; KESKİN KIZIROĞLU, s. 75; YENERER ÇAKMUT, s. 590; YILDIZ, s. 235; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3725. Bilgi için bakınız GEPPERT/BARTL, s. 222. İtalyan Yargıtay'ının da bu görüşten yana olduğuna vurgu yapılmaktadır. Buna göre insanın özgür sayılmasının nedeni hareket etme yeteneğinin bulunmasına bağlı değildir. Bakınız TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 511.

⁴⁰ EIDAM, (2013), § 239 kn. 5.

⁴¹ RGSt 61, 239 (SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 17; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 5); WIECK/NOODT, kn. 27; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 7; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 513; KAFES, s. 115.

Tam bu çerçevede potansiyel teoriyi benimseyen bazı yazarlar, alkol, uyuşturucu madde etkisiyle yahut da uyku nedeniyle bilinci geçici de olsa tamamen ortadan kalkmış kişilerin bu bilinçsizlik süresince hürriyetlerinden yoksun bırakılmayacaklarına vurgu yapmışlardır⁴². Ancak özellikle eklemek gerekir ki bu kişilerin bilinçsiz kaldıkları durumun süresinin uzamasına neden olabilecek davranışlarla da bu suç işlenebilir ve dolayısıyla bilinçsiz konumda bulunan kişi bu suçun mağduru olabilir⁴³. Potansiyel teori kapsamında bir görüş de bilinçsizlik ya da uyku gibi durumlara failin kendisinin neden olması halinde bu suçun işlenebileceğini belirtmektedir⁴⁴.

Bir yaştan altındaki çocuklar, tüm bu görüşlere göre buldukları yeri iradi olarak değiştirebilme ehliyetinden yoksun olduklarından bu suçun elverişli konusu ve dolayısıyla da mağduru olamazlar⁴⁵. Yani bu çocuklara bakmakla yükümlü olan kişilerin iradeleri esas alınarak bu çocukların da suçun konusu olabilecekleri ifade edilemeyecektir⁴⁶. Bununla birlikte küçük çocuklar açısından sürünerek de olsa yer değiştirmeye yönelik *basit iradelerini şekillendirip gerçekleştirebilme durumlarına bağlı olarak* gelişimleri dikkate alınarak her bir somut olayın koşullarına göre farklı bir sonuca da ulaşılabilir, bu çocukların da suçun konusu olabilecekleri belirtilebilir⁴⁷. Nitekim daha

⁴² KRETSCHMER, s. 591; WIECK/NOODT, kn. 16; CİHAN, s. 52.

⁴³ SONNEN, § 239 kn. 6; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 7.

⁴⁴ SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 7; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 3.

⁴⁵ EISELE, (2015), kn. 429; GEPPERT/BARTL, s. 222; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 3; EIDAM, (2013), § 239 kn. 5; KINDHÄUSER, § 15 kn. 7; FISCHER, § 239 kn. 3; RENGIER, § 22 kn. 5; WIECK/NOODT, kn. 14; SONNEN, § 239 kn. 6, 13; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 3; EIDAM, (2010), s. 870; CİHAN, s. 52; GÜLŞEN, s. 43; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1188; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 511, 512; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 429. Bizim kanaatimiz bu yönde olsa da Türk kanun koyucu, kanunda yer alan düzenleme gereğince çocuklar arasında yaş itibariyle hiçbir ayrım gözetmemiş gibi görünmektedir. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 109'uncu maddesinin üçüncü fıkrasının (f) bendine göre suçun çocuklara karşı işlenmesi halinde cezanın artırılacağı öngörülmüştür. Türk doktrininde *KESKİN KIZIROĞLU* da belirli yaştan altındaki çocukların mağdur olamayacaklarının kabulü halinde bu çocukların velayet hakkı bulunmayan kişiler tarafından kaçırılmaları durumunda bu defa herhangi bir suçun oluşmayacak olmasına dikkat çekmiş ve yaş ayrımı gözetmeksizin bütün çocukların mağdur olabileceğini ifade etmiştir. *KESKİN KIZIROĞLU*, s. 75, 76. Benzer görüş için bakınız YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3725; KAFES, s. 117.

⁴⁶ SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 6.

⁴⁷ EIDAM, (2013), § 239 kn. 5; WIECK/NOODT, kn. 12, 14; EIDAM, (2010), s. 870. Zira belirli bir yaştan itibaren çocukların da doğal irade yeteneğine sahip oldukları belirtilebilir. Bakınız GEPPERT/BARTL, s. 222. Bu noktada çocukların yürüme yeteneğine sahip olup olmadıklarından ziyade bu konuda bir irade ortaya koyup koyamadıkları önem arz

önce de yer verildiği üzere Türk Ceza Kanunu'nda suçun akıl hastalarına ve çocuklara karşı işlenmesi, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak öngörülerek (TCK md. 109/3-f) en azından belirli yaşın altındakiler hariç olmak üzere çocukların ve keza akıl hastalarının suçun mağduru ve konusu olabilecekleri kabul edilmiştir⁴⁸.

Bulunduğu yeri sadece başkasının yardımı ya da bir hayvanla yahut da koltuk değnekleri gibi teknik araç yardımıyla değiştirebilir durumda olan kişi de bu suçun konusu olabilir⁴⁹. Nitekim felçli olan bir kimsenin tekerlekli sandalyesi alınarak söz konusu sandalyeyi kullanmaktan mahrum bırakılması suretiyle de bu suç işlenebilir⁵⁰. Şu hâlde yüksek dereceli gözlük kullanan ve gözlüğü alındığı takdirde hareket edemeyecek durumda olan bir kimsenin gözlüğünün alınması halinde de bu suçun oluşmasından bahsedilebilecektir⁵¹.

b. Fiil

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma, **seçimlik hareketli** bir suçtur. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan tanıma göre suç kapsamında “*bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetlerinden yoksun bırakma*” şeklinde iki

etmektedir. Bakınız ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 425. Yargıtay, 2 yaşındaki bir mağduru gezdireceğim diyerek annesinden alıp uygun bir yere götüren ve mağduru teyzesinin oğlu olan sanık hakkında verilen mahkûmiyet hükmünü 31.01.2013 tarih ve 11176/955 sayılı kararıyla onamıştır. Bakınız YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3725, dipnot 1725.

⁴⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 425. Bununla birlikte Türk Ceza Kanunu'nun 234'üncü maddesine 5560 sayılı Kanunla eklenen “*Kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklindeki üçüncü fıkrâ ile kanuni temsilcinin bilgi ve rızası dışında evi terk eden bir çocuğu, bu çocuk rızasıyla terk etmiş olsa bile, çocuğun ailesini ve yetkili makamları haberdar etmeksizin yanında tutan kişinin cezalandırılması kabul edilmiştir. Dolayısıyla algılama yeteneğine sahip olan bir çocuğu zorla değil de çocuğun rızasıyla yanında bulundurmamak, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunu değil, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturur. Bakınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 453.

⁴⁹ BGHSt 32, 183 (SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 2); SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 11; EIDAM, (2010), s. 870; EISELE, (2019), § 239 kn. 2; ÖNDER, s. 28; GÜLŞEN, s. 53; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 511; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 426.

⁵⁰ KINDHÄUSER, § 15 kn. 7; EIDAM, (2013), § 239 kn. 6; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 3; WIECK/NOODT, kn. 13; EISELE, (2019), § 239 kn. 2; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 513; CİHAN, s. 52; GÜLŞEN, s. 53; ÜZÜLMEZ, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 1190; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 447; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 426; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 427; YENERER ÇAKMUT, s. 591; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3731; KAFES, s. 87.

⁵¹ WIECK/NOODT, kn. 27; CİHAN, s. 52.

seçimlik hareket bulunmaktadır⁵². Benzer husus, Alman Ceza Kanunu'nda yer alan düzenleme bakımından da ifade edilebilir. Zira söz konusu hükme göre suçun tanımında “*bir yere kapatma veya başka bir şekilde hürriyetinden yoksun kılma*” şeklinde iki seçimlik harekete yer verilmiştir. Esasen Türk Ceza Kanunu'ndaki (TCK'daki) düzenlemenin Alman Ceza Kanunu'ndaki (Alm.CK'daki) düzenleme karşısında çok daha makul olduğunu da ifade etmek gerekir. Zira “*bir yere kapatma veya başka bir şekilde hürriyetinden yoksun kılma*” şeklindeki ifade, bir anlamda hürriyetten yoksun kılmanın nasıl gerçekleştirileceği üzerinde dururken “*bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetlerinden yoksun bırakma*” şeklindeki TCK'daki düzenlemede yer alan ifadede hürriyetten yoksun kılmanın nasıl olacağından ziyade suç kapsamında cezalandırılan kişi hürriyetinin kapsamı belirli hale getirilmiştir. Zaten Alm. CK'daki düzenlemede kişinin hürriyetinin kapatma ya da başka şekillerde gerçekleştirileceğine işaret edilmiştir ki bu düzenleme, “*bir yere kapatma*” ifadesi olmadan da aynı anlamı verecek şekilde pekâlâ ihdas edilebilirdi. Dolayısıyla TCK'daki düzenlemede yer alan kelimelerin her birinin bir anlamı olup dava evvel de işaret ettiğimiz üzere bu düzenlemeyle birlikte açık ve net bir şekilde belirlilik sağlanmıştır⁵³.

Ayrıca suçun kanuni tanımında yer alan ifadelerle göre hareket açısından bir sınırlandırma yapılmamış olup doktrinde aksi görüş bulunsa da⁵⁴ bu suç **serbest hareketli** bir suçtur⁵⁵. Bu minvalde hareket etme özgürlüğünü objektif olarak ortadan kaldıran her türlü araçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma mümkündür⁵⁶. Bir kimsenin, bulunduğu odanın kapısının kilitlemesi

⁵² ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1190; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 509; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, s. 426; YENERER ÇAKMUT, s. 588; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3726.

⁵³ Doktrinde bir görüş tarafından mevcut düzenlemeyle birlikte belirliliğin sağlanmış olması eleştirilmekte, mülga Kanun'daki düzenlemenin daha eksiksiz olduğu ileri sürülmektedir. Bakınız HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 188.

⁵⁴ YENERER ÇAKMUT, kişinin bir yere gitmek veya bir yerde kalmak özgürlüğünden yoksun kılınması suretiyle işlenebileceği yasa metninde açıkça düzenlenmiş bulunduğundan bu suçun bağlı hareketli bir suç olduğunu belirtmiştir. Bakınız YENERER ÇAKMUT, s. 588.

⁵⁵ SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 16; PARK/SCHWARZ, s. 296; EIDAM, (2010), s. 871; CİHAN, s. 56; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 513; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 446; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 426; GÜLŞEN, s. 47; KESKİN KİZİROĞLU, s. 76; YILDIZ, s. 235; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3726; KAFES, s. 86.

⁵⁶ KINDHÄUSER, § 15 kn. 12; FISCHER, § 239 kn. 8; HOFFMANN-HOLLAND, kn. 288; WIECK/NOODT, kn. 26; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 26; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 4; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 16; GEPPERT/BARTL, s. 222; PARK/SCHWARZ, s. 296; EIDAM, (2010), 871; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER,

suretiyle de kollarının tutulması ile de özgürlüğünün ortadan kaldırılması mümkündür.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılmaya yönelik olarak gerçekleştirilen hareketler, objektif olarak aşılamaz nitelikte değildir⁵⁷. Bunlar mağdurun giriş mekanizmasını kullanamaması şeklinde olabileceği gibi⁵⁸ gözcülük suretiyle belirli bir yerden çıkışının önlenmesi şeklinde de olabilir⁵⁹. Yine bu hareketin mutlaka mekanik araçlarla gerçekleşmesi şart değildir. Buna göre kişinin bulunduğu odanın kapısına bekçi dikilmesi yahut da odanın dışını tamamen gazla doldurup odadan çıkmasının engellenmesi suretiyle de bu suçun işlenmesi mümkündür⁶⁰. Keza kapalı bir yere bırakılan mağdurun, çıkış yerini bilmemesi halinde de alıkoymadan söz edilebilecektir⁶¹.

Özgürlükten yoksun bırakılan yerin bir önemi yoktur. Bu yer, kişinin kendi evi olabileceği gibi dar veya geniş de olabilir ve hatta bir şehir meydanı yahut doğrudan şehir de olabilir⁶². Suçun işlendiği yer bir gemide olabileceği gibi bir uçakta veya trende de olabilir⁶³. Nitekim uçağın teröristler tarafından inişinin ya da kalkışının engellenmesi suretiyle uçakta bulunan kişilerin özgürlüklerinden alıkonulmaları da hürriyetten yoksun kılma suçu olarak nitelendirilebilecektir⁶⁴. Keza kişiye dar da olsa belirli bir alanda hareket

kn. 7; ÖNDER, s. 29; GÜLŞEN, s. 47.

⁵⁷ BGH NStZ 2001, 420 (KINDHÄUSER, § 15 kn. 11); HOFFMANN-HOLLAND, kn. 288; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 6; EISELE, (2019), § 239 kn. 5; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 446.

⁵⁸ KINDHÄUSER, § 15 kn. 11; FISCHER, § 239 kn. 7; EISELE, (2019), § 239 kn. 5; ÖNDER, s. 29; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 446.

⁵⁹ FISCHER, § 239 kn. 7.

⁶⁰ PARK/SCHWARZ, s. 296.

⁶¹ RG JW 1929, 2729 (SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 15); KINDHÄUSER, § 15 kn. 11; EIDAM, (2013), § 239 kn. 9; FISCHER, § 239 kn. 7; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 6; PARK/SCHWARZ, 296; WIECK/NOODT, kn. 24; EISELE, (2019), § 239 kn. 5; ÖNDER, s. 29; GÜLŞEN, s. 56; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1190; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 446.

⁶² FISCHER, § 239 kn. 2; RENGIER, § 22 kn. 15; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 6; WIECK/NOODT, kn. 22; GÜLŞEN, s. 60.

⁶³ SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 13; WIECK/NOODT, kn. 22; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 3; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 11; ÖNDER, s. 29; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3729; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 426, dipnot 21.

⁶⁴ PARK/SCHWARZ, 296; WIECK/NOODT, kn. 27; EISELE, (2019), § 239 kn. 6b.

imkanının tanınmış olması, bu suçun oluşacağı gerçeğini değiştirmez⁶⁵, yeter ki kişinin arzu ettiğinde buradan ayrılmasına ya da belirli bir yere gitmesine engel olunmuş olsun. Buna göre tutuklu bir kimsenin hukuka aykırı şekilde zincire bağlanması ve hareket özgürlüğünün hücre içerisinde dahi olsa sınırlandırılması, bu suç açısından tipiktir⁶⁶. Bu çerçevede kişiyi istemediği halde zorla bir aracı sürmeye ve belli bir yere gitmeye zorlama, hatta her ne kadar Yargıtay hatalı şekilde aksi yönde karar vermiş olsa da bir motorla kendisini gezdirmeye zorlama bu suçun oluşturacaktır⁶⁷.

Bununla birlikte kişinin, bir devletin sınırlarından başka bir ülkeye geçmesinin engellenmesinin bu suçu oluşturmayacağı, mutlaka mağdurun kendiliğinden iradi olarak uzaklaşabileceği bir yerin bulunması gerektiği yönünde bir görüş ileri sürülmekteyse de⁶⁸ havaalanında pasaport kontrolünden geçerek yurt dışına gitme düşüncesinde olan bir kimsenin yurt dışına gitmesine engel olma amacıyla olan bir kimse tarafından pasaportunun alınması halinde bu suçun işlenmesinden söz edilebilecektir⁶⁹.

Hareketin **salt zorlaştırılmasının** bu suç açısından tipe uygun olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Bu sorunun yanıtı, her bir somut olaya göre değişecek olup mağdurdan hareket etmesinin **beklenebilir olmasına göre** bir karara varılacaktır⁷⁰. Bu çerçevede mağdurun hareket etme iradesinin yalnızca zahmetli veya tuhaf hareketlerle bertaraf edilmesi halinde mağdurun hareket etmesi beklenebilir olacaktır. Nitekim doktrinde aksi görüşler bulunmakla birlikte⁷¹ çıplak denize giren kimsenin elbisesinin alınması bu türden bir

⁶⁵ EISELE, (2019), § 239 kn. 6.

⁶⁶ WIECK/NOODT, kn. 25; GÜLŞEN, s. 41; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1189; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3726; TOROSLU, s. 87.

⁶⁷ Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 06.02.2007 tarih ve 2006/8912-2007/1212 sayılı kararı şu şekildedir: “Sanığın yakınanın yanına giderek yakından kendisini mobiletle gezdirmesini istemesi, yakınanın kabul etmemesi üzerine bıçak çekerek ‘Beni mobiletle gezdir, yoksa mobiletinin lastiklerini keserim, mobiletine zarar veririm.’ Diye söyleyerek yakınanın kendisini mobiletle fuar içinde gezdirmesini sağlamak biçimindeki eyleminin, yakınanın sanığın hakimiyet alanına girmemesi, umuma açık yerde üstü açık mobiletle gezdirmesi nedenleriyle tehdit suçunu oluşturur.” Yargıtay’ın bu kararı, doktrinde de eleştirilmiştir. Eleştiri için bakınız ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 427.

⁶⁸ BGH NStZ 2015, 338, 339 (RENGIER, § 22 kn. 15).

⁶⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 513; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 426; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 427.

⁷⁰ EIDAM, (2013), § 239 kn. 11; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 7; WIECK/NOODT, kn. 30; SONNEN, § 239 kn. 17; EISELE, (2019), § 239 kn. 6a.

⁷¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 513; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 426; KA-

hareket olup bu suç açısından tipe uygun olmayacağı ifade edilmektedir⁷². Keza kızına aile üyelerine söylemeden evden ayrılmayı yasaklayan aile efradından birinin hareket özgürlüğünü tam anlamıyla ortadan kaldırmadığı, yalnızca zorlaştırdığına dikkat çekilmiştir⁷³. Buna karşılık kapısı açık bırakılan bir evde hapsedilen kişinin kaçmasını engellemek amacıyla çıkış kapısına bekçi konmuş olması durumunda salt zorlaştırmanın ötesine geçilmiş olacak ve hürriyetten yoksun kılmadan söz edilebilecektir⁷⁴.

Kişinin hareket hürriyetinin salt zorlaştırılması, mağdurun yaşamı ve vücudu açısından bir tehlike altında kalmasına neden olabileceksen bu defa mağdurdan hareket etmesi beklenebilir olmayacak ve bu suç açısından tipiklikten söz edilebilecektir⁷⁵. Söz gelimi mağdurun bir odada kilitli olması ve aynı zamanda odanın penceresinin açık olması, buna rağmen bulunduğu

FES, s. 87; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3728.

⁷² RGSt 6, 231 (EISELE, (2015), kn. 438; EIDAM, (2013), § 239 kn. 11; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 6); DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 7. Doktrindeki tüm bu tartışmalara rağmen bu türden yorumların hayali olduğunu, bu hayalin de denize çıplak giren kişinin kıyafetlerinin alınması örneği ile gösterilmeye çalışıldığını belirten ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, kişinin hareket hürriyetinin salt zorlaştırılması nedeniyle meydana gelen fiillerin, kısmi olarak yoksun bırakılan kişinin şahsi sorumluluğu altında olduğuna dikkat çekmişlerdir. Bakınız ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 21, 22. Kişinin elbiselerinin saklanması nedeniyle çıplak kalması olayında kanaatimiz, somut olayın şartlarının dikkate alınması gerektiği yönündedir. Zira kişinin elbiselerinin saklandığı her olayda kişinin yüzdüğü yerden çıkması zor olmayabilir. Nitekim bu durum, olayın gerçekleştiği yer ve zamana, yaşanan yerdeki anlayışa göre değişiklik gösterebilecektir. Bu kapsamda olayın geçtiği an yaşanan yerdeki örf-adet ve ahlak anlayışının etkili olacağı ve bu ölçütlerin dikkate alınması gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır. Bakınız ÖNDER, s. 29.

⁷³ BGH 22.1.2015 – 3 StR 410/14, NStZ 2015, 338 (WIECK/NOODT, kn. 26; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 6). Söz konusu kararda şu ifadeler yer verilmiştir: "...§ 239 mağdurun kişisel özgürlüğünden yoksun kılınması suretiyle kişisel hareket özgürlüğüne saldırıyı cezalandırmaktadır... § 239 StGB anlamında tipik olan sadece -öncelikle mevcut olan- kişinin iradesine göre yer değiştirebilme hürriyetini yok eden, bulunduğu yeri terk etmekten onu alıkoyan harekettir... Bu, hareket hürriyetinin tamamen ortadan kaldırılmasını şart koşar. Zira 239 I StGB yalnızca belirli bir yeri terk edebilme yeteneğini korur, ancak belirli bir şekilde ayrılma hürriyetini değil. Dolayısıyla -zorlaştırıcı koşullar altında bile olsa- hareket imkânı kalırsa hürriyetten yoksun kılma nedeniyle cezalandırma söz konusu olmaz... Bu ölçütlere göre sanık, yaşlı aile üyelerinin izni olmaksızın kızının evi terk etmesini yasaklaması durumunda kızının hareket hürriyetini tamamen kaldırmamış, yalnızca zorlaştırmıştır." Bakınız HECKER, s. 948. Burada fiilin neticesi olmadığını belirten görüş için bakınız EISELE, (2019), § 239 kn. 6.

⁷⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 513.

⁷⁵ EISELE, (2015), kn. 435; EIDAM, (2013), § 239 kn. 11; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 7; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 4; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 6; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 14; EISELE, (2019), § 239 kn. 6a; ÖNDER, s. 29.

dairenin oldukça yüksek olması ya da hızla gitmekte olan araçtan inmek isteyen mağdurun inmesine müsaade edilmemesi hallerinde mağdur açısından hareket, beklenebilir olmayacak ve mağdurun hareket hürriyeti tamamen ortadan kaldırılmamış olsa da bu suçun oluştuğundan söz edilebilecektir⁷⁶. Bununla birlikte bazen mağdur çıkış yerini bilmesine ve bu çıkış yeri kullanılabilir olmasına rağmen bu yer, sadece mağdurun kendisi açısından kullanılabilir durumda olmayabilir. Örneğin yangın merdiveninin aşırı rüzgârın da etkili olduğu bir durumda mağdurun yükseklik korkusu nedeniyle merdivenleri kullanamaması ve somut olayda özgürlüğüne kavuşamaması halinde tipiklik dar yorumlanmalı ve **beklenebilirlik kriteri** bu çerçevede ele alınmalıdır⁷⁷.

Hürriyetten yoksun kılma için failin mağdurdan ayrılmış olması şart değildir. Buna göre failin, kendisi de evin içinde bulunurken evin kapısını kilitlemiş olması ve mağdurun evden ayrılmasına engel olması halinde de hürriyetten yoksun kılma söz konusu olabilir⁷⁸. Tabi ki failin mağdura temas halinde olması gibi şart da aranmaz⁷⁹.

Fail konumundaki kişinin garantör konumunda olması kaydıyla bu suçun **ihmali hareketle** de işlenebileceği kabul edilmektedir⁸⁰. Buna göre yanlışlıkla bir kimseyi kilitlediğini fark eden kişinin bu durumu fark ettikten sonra mağduru kurtarmaması, ihmalde bulunması ve mağdurun orada kilitli kalmaya devam etmesine neden olması durumunda suçun ihmali hareketle işlenmiş olacağı ifade edilmektedir⁸¹. Keza tutuklu kalan yahut da gözaltına

⁷⁶ BGH NStZ 2005, 507 (KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 5); EIDAM, (2013), § 239 kn. 11; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 7; WIECK/NOODT, kn. 32; SONNEN, § 239 kn. 16; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 14; HECKER, s. 948; EIDAM, (2010), s. 871; ÖNDER, s. 29.

⁷⁷ PARK/SCHWARZ, s. 296.

⁷⁸ EIDAM, (2013), § 239 kn. 9; KINDHÄUSER, § 15 kn. 14; WIECK-NOODT, § 239 kn. 21; EISELE, (2019), § 239 kn. 5; GÜLŞEN, s. 60.

⁷⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 513.

⁸⁰ EIDAM, (2013), § 239 kn. 21; EISELE, (2015), kn. 433; FISCHER, § 239 kn. 10; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 9; WIECK/NOODT, kn. 33; SONNEN, § 239 kn. 17; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 5; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 7; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 19; HECKER, s. 948; PARK/SCHWARZ, s. 297; EISELE, (2019), § 239 kn. 7; CİHAN, s. 66; ÖNDER, s. 29; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1191; GÜLŞEN, s. 49; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 447; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 425; KESKİN KIZIROĞLU, s. 77; SOYASLAN, 262; YENERER ÇAKMUT, s. 590; YILDIZ, s. 235; TOROSLU, s. 87; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3727; KAFES, s. 89; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 188.

⁸¹ RGSt 24, 339 (SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 19); EISELE, (2015), kn. 433;

alınan kişinin serbest bırakılması gerektiği andan itibaren bunun hukuka aykırı şekilde geciktirilmesi durumunda da ihmali hareketle bu suçun işlenmesinden söz edileceğine işaret edilmektedir⁸². Kişinin ihmali hareketle bu suçu işleyebilmesi için icrai davranışın kendisinden beklenebilir olması gerektiğine vurgu yapılmıştır⁸³. Elbette Alman doktrininde bu suçun ihmali hareketle işlenebileceği yönündeki bu görüşün benimsenmesinin nedeni, ceza kanununda § 13 I şeklinde genel bir düzenlemenin varlığıdır. Türk Ceza Kanunu'nda bu türden bir genel düzenlemenin bulunmuyor olması karşısında Türk hukukunda bu suçun ihmali hareketle işlenemeyeceği görüşü ileri sürülmektedir⁸⁴. Ancak kanaatimiz, hürriyeti kısıtlanan kişinin kurtarılmasına dair yükümlülük bulunmak kaydıyla ihmali hareketle de bu suçun işlenebileceği yönündedir. Nitekim ihmali hareketle bu suçu işlenmeyeceğinin iddia edilmesi, tutuklu bir kimsenin tahliyesine karar verilmiş olmasına rağmen kişiyi serbest bırakmayan memurun bu suç nedeniyle sorumlu tutulamaması şeklinde bir riski beraberinde getirecektir⁸⁵.

KINDHÄUSER, § 15 kn. 16; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 9; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 7; CİHAN, s. 66; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1191; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 447; TOROSLU, s. 87; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 425; YILDIZ, s. 235; KAFES, s. 93.

⁸² FISCHER, § 239 kn. 10; WIECK/NOODT, kn. 34; EISELE, (2019), § 239 kn. 7. “155 polis imdat telefonuna yapılan isimsiz ihbarda ruhsatsız silah bulundurduğu bildirilen ve yakalandığında üzerinde yapılan aramada herhangi bir suç unsuru ele geçirilemeyen katılanın 05.09.2002 tarihinde gözlem altına alındığı ve gözlem altında bulunduğu sırada Çine Sulh Ceza Mahkemesi tarafından verilen arama kararının 05.09.2002 günlü olmasına karşın evindeki aramanın bir gün sonra yapıldığı, katılan gözlem altında iken yapılan ikinci bir şikayet nedeniyle gözaltı süresinin uzatılmasının talep edildiği, bu talep 06.09.2002 günü Cumhuriyet Savcısı tarafından reddedildiği halde ikinci şikayet gerekçe gösterilerek katılanın bir gün daha gözaltında tutulduğu olayda; İsimsiz ve asılsız ihbar dışında suç işlediğine ilişkin hiçbir kanıt bulunmayan katılanı 05.09.2002 günü yasal hiçbir gerekçe göstermeden gözaltına aldırın ve Cumhuriyet Savcısının yazılı talimatının aksine yasal olmayan bu gözaltı süresini ikinci şikayet gerekçesiyle uzatan üst dereceli kolluk amiri sanığın eyleminin kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunu oluşturduğu gözetilmeden atılı suçtan mahkumiyeti yerine dosya içeriğine uymayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi...” Y. 8. CD., 02.06.2010, 2008/6771-2010/7810 - YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3727, dipnot 1733.

⁸³ SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 19; PARK/SCHWARZ, s. 297.

⁸⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 514; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 426; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1191.

⁸⁵ KAFES, örneğin gözaltı süresinin sona ermesine rağmen serbest bırakılmayan kişiye karşı bu suçun ihmali hareketle işlenmiş olacağı yönündeki görüşlere katılmadığını, burada zaten kişinin icrai hareketle özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimsenin bulunduğunu, hareketin mütemadi olduğunu, niteliğinin değişmediğini belirtmiştir (KAFES, s. 93). Oysa ki KAFES, yine aynı eserinde failin bir kimseyi yanlışlıkla odaya kilitlediğini fark etmesine rağmen

Tam bu noktada kişinin yanlışlıkla kilitlediği kişiyi kurtarma yükümlülüğü, esasen hürriyetinden yoksun bıraktığı kişiyi serbest bırakmak, mağdurun hürriyetinden yoksun kalma neticesine son vermektir. Buradan hareketle kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun bir neticesinin olduğu belirtilebilir. Bu çerçevede **kesintisiz suç** niteliğini haiz olan bu suçta mütemadi olanın genellikle hürriyetten yoksunluk olduğu, diğer bir deyişle neticenin sürdüğü ifade edilebilir. Gerçi kişinin kolundan tutulması suretiyle özgürlüğünün alıkonulması örneğinde olduğu gibi bazı hallerde hareket de kesintisiz bir şekilde sürebilirken kişinin hürriyetinden yoksun kalması, hareket edebilme özgürlüğünün kalkması şeklindeki netice, kişi özgürlüğüne kavuşana kadar her halde devam etmektedir⁸⁶. Bu suç, özgürlükten yoksun kalmayla, mağdurun kendi isteğine göre bulunduğu yeri değiştirmesinin imkânsız hale getirilmesiyle tamamlanır ve özgürlükten yoksunluğun ortadan kalkmasıyla birlikte sona erer⁸⁷. Elbette bu suçun kesintisiz olmasının hukuka aykırılık, teşebbüs, iştirak ve içtima bağlamında bazı sonuçları olacaktır. Bu konulara ilgili başlıklar altında yer verilecektir.

Bu suç kapsamında hareketin varlığından söz edilebilmesi için mutlaka mağdurun iradesine aykırı hareket edilmiş olmalıdır⁸⁸. Mağdur, failin hareketine rıza gösterirse hürriyetten yoksun kılma kavramsal olarak ortadan kalkar. Zira bu suç tipinde hareketin gerçekleştirilmesi, yapısal olarak mağdurun iradesine aykırılığı kapsamında bulundurur ki bu da rızanın tipikliğe engel olan bir nitelik kazanmasına neden olur. Bu durumda **rıza, tipikliğe engel bir neden**

kapıyı açmadığı olayda farklı bir yaklaşım sergilemiş, kapatma şeklindeki icrai hareketin devam ettiğini, dolayısıyla hareketin nitelik itibariyle değişmediğini belirtmek yerine kapının açılmadığını ve bu suretle suçun ihmali hareketle işlenmiş sayılacağını ifade etmiştir (KAFES, s. 93).

⁸⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 446. *TEZCAN/ERDEM/ÖNOK*, bu suçun neticesi bakımından kesintisiz bir suç olduğunu ifade etmişler ve süreklilik arz eden hareket değil netice olduğunu belirtmişlerdir (*TEZCAN/ERDEM/ÖNOK*, s. 509).

⁸⁷ BGHSt 20, 227 (KINDHÄUSER, § 15 kn. 18); EIDAM, (2013), § 239 kn. 3; EISELE, (2015), kn. 425, 449; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 2; WIECK-NOODT, § 239 kn. 8; SONNEN, § 239 kn. 23; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 8; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 20; GEPPERT/BARTL, s. 221; CİHAN, s. 58; ÖNDER, s. 26; GÜLŞEN, s. 58; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 509; ÜZÜLMEZ, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 1191; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 447; KESKİN KIZIROĞLU, s. 77; YILDIZ, s. 235; SOYASLAN, s. 263; TOROSLU, s. 88; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 426; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 426; YENERER ÇAKMUT, s. 591; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3729; KAFES, s. 94; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 188.

⁸⁸ GEPPERT/BARTL, s. 222; PARK/SCHWARZ, s. 297; EISELE, (2019), § 239 kn. 3; ÖNDER, s. 28; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 427.

olarak gündeme gelir⁸⁹. Rıza geri alınabilir veya sözgelimi belirli bir süreyle sınırlandırılabilir. Buna göre izinsiz şekilde sefer değişiklikleri ya da seferin devam ettirilmesi veya uzatılması da tipikliği gerçekleştirecektir⁹⁰.

c. Netice

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun **neticesinin** bulunup bulunmadığı konusu, Türk doktrininde oldukça tartışmalı olmakla birlikte⁹¹ en nihayetinde yukarıda da işaret edildiği üzere bu suçun neticeli bir suç olduğu belirtilebilir. Bu suçta netice, kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması, hareket özgürlüğünün ortadan kaldırılmasıdır. Kişinin bir yere gitme ya da kalma hürriyetinden yoksun bırakılması kapsamında ele alınması gereken ilk husus, kişinin bir yere gitme ya da bir yerden ayrılma hürriyetinin dışsal etkilerle engellenmesidir⁹². Bu kapsamda özgürlüğün engellenmesi, mağdurun belirli bir yere girmesinin ya da bir yeri terk etmesinin önüne geçilmesini şart koşar⁹³. Kişinin bir yere gitme ya da bir yerde kalma hürriyetinden yoksun

⁸⁹ RENGIER, § 22 kn. 16; EISELE, (2015), kn. 436; EIDAM, (2013), § 239 kn. 14; KINDHÄUSER, § 15 kn. 27; FISCHER, § 239 kn. 12; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 8; WIECK/NOODT, kn. 36, 40; SONNEN, § 239 kn. 20; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 27; GEPPELT/BARTL, s. 222; PARK/SCHWARZ, s. 297; EIDAM, (2010), 871; EISELE, (2019), § 239 kn. 3, 8; ÖNDER, s. 28.

⁹⁰ BGH NSTz 1992, 33, 34 (RENGIER, § 22 kn. 17).

⁹¹ KAFES, s. 102, 103. *TEZCAN/ERDEM/ÖNOK*, her ne kadar açıkça suçun sadece hareket suçunu belirttiği olsalar da (*TEZCAN/ERDEM/ÖNOK*, s. 530) suçla ilişkin diğer konularda yaptıkları açıklamalarda kullandıkları ifadeler, bu suç çerçevesinde neticenin varlığını kabul ettiklerine dair bazı emareler ortaya koymaktadır. Nitekim bu suçun neticesi bakımından kesintisiz bir suç olduğunu ifade etmişler ve süreklilik arz eden hareket değil netice olduğunu belirtmişlerdir (*TEZCAN/ERDEM/ÖNOK*, s. 509). Her ne kadar *ÜZÜLMEZ*, bu suçun sadece hareket suçunu belirttiği olsa da (*ÜZÜLMEZ*, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 1191) ortak müelliflerinden olduğu bir eserde açıkça bu suçun neticesinin bulunduğunu, kişinin bir yere gitme ya da bir yerde kalmasının engellenmesinin netice olduğunu ifade etmişlerdir (*KOCA/ÜZÜLMEZ*, s. 446). *GÜLŞEN*, bu suçun bir zarar suçunu ifade ederek zararın, maddi netice ile korunan yarar arasındaki ilişki hakkında verilen değer hükmü olduğunu belirtmiştir (*GÜLŞEN*, s. 61). *KESKİN KIZIROĞLU*, bu suçun neticesi harekete bitişik suç olduğunu, neticenin ise kişi özgürlüğünün ortadan kalkması olduğunu, kişinin özgürce hareket edebilme olanağının elinden alınmış olmasının bu suçun neticesi olduğunu ifade etmiştir. Bakınız *KESKİN KIZIROĞLU*, s. 77. Yine neticesi harekete bitişik suç görüşü için bakınız *SOYASLAN*, s. 264.

⁹² RGSt 7, 259 (KINDHÄUSER, § 15 kn. 10; HOFFMANN-HOLLAND, kn. 288; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 4); FISCHER, § 239 kn. 7; EISELE, (2015), kn. 431; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 6; EIDAM, (2013), § 239 kn. 9; RENGIER, § 22 kn. 6. SONNEN, § 239 kn. 16; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 13. Kapatma konusunda detaylı bilgi için bakınız *PARK/SCHWARZ*, s. 296; *KOCA/ÜZÜLMEZ*, s. 446.

⁹³ KINDHÄUSER, § 15 kn. 9; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 3; *PARK/SCHWARZ*, s.

bırakılması kapsamında ele alınması gereken ikinci husus ise, bulunduğu yerde kalmaya devam etme hürriyetidir. Bu durumda da kişinin hukuka aykırı bir şekilde, yani meşru bir sebep olmaksızın bir yere girmek istememesine rağmen zorla girdirilmesi ya da bir yerden çıkmak istememesine rağmen yine zorla çıkartılması söz konusudur.

Hem Türk hem de Alman hukukunda özgürlükten yoksun kalma için **belirli bir süre şartı** öngörülmemiştir. Bu çerçevede özgürlüğü sınırlandırma hukuken önem taşımalı⁹⁴, asgari süre sınırı açıkça aşılmış olmalıdır⁹⁵. Bu açıdan her ne kadar özgürlükten yoksun kılmanın sadece geçici olarak kısıtlandığı durumlarda da suçun olduğundan söz edilebilirse de⁹⁶ özgürlükten yoksun kılmaya yönelik zamansal açıdan önemsiz, kısa süreli ihlaller tipiklik kapsamındaki koruma alanının dışında kalacaktır⁹⁷. Bu çerçevede örneğin kişiyi anlık şekilde elinden veya kolundan tutmak, bu suçu oluşturmaz⁹⁸. Nitekim mağduru, dirsekleriyle ellerini bağlayıp yere fırlatan, üç defa kafasını yere çarpan ve kısa bir ağız dalaşından sonra salan kişinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemediği sonucuna ulaşılmıştır⁹⁹. Yargıtay 2. Ceza Dairesi de 16.12.2015 tarih ve 17172/23326 sayılı kararında cinsel amaçla peşinden gittiği ve katılanın bağırmasına başlaması üzerine katılanın ağızını kapattığı, bu sırada katılanın yere düşmesi ile sanığın katılanın direncini kırmaya yönelik olarak yerden kaldırarak dere yatağına doğru fırlatması şeklinde gelişen olayda olayın oluş şekli ve geçen sürenin kısa olması göz önünde bulundurulduğunda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun

296; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 513; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 446.

⁹⁴ GÜLŞEN, s. 57; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 426; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 425; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 515; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3728; KAFES, s. 94.

⁹⁵ KINDHÄUSER, § 15 kn. 17; HOFFMANN-HOLLAND, kn. 289; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 20; SONNEN, § 239 kn. 18; PARK/SCHWARZ, 297; EISELE, (2019), § 239 kn. 4; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 426.

⁹⁶ RGSt 7, 259; BGHSt 14, 314 (EIDAM, (2013), § 239 kn. 13).

⁹⁷ RENGIER, § 22 kn. 13; FISCHER, § 239 kn. 6; HOFFMANN-HOLLAND, kn. 289; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 3; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3728; ÖNDER, s. 30; KINDHÄUSER, § 15 kn. 8; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 20; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 426.

⁹⁸ ÖNDER, s. 30; GÜLŞEN, s. 58; KESKİN KIZIROĞLU, s. 78; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 425; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 426; YENERER ÇAKMUT, s. 590; YILDIZ, s. 235; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3728; KAFES, s. 95.

⁹⁹ BGH NStZ 2003, 371 (RENGIER, § 22 kn. 10; EIDAM, (2013), § 239 kn. 13).

oluşmadığı sonucuna ulaşmıştır¹⁰⁰.

Krallık Yüksek Mahkemesi tarafından “Babamız” başlıklı Hristiyan duasının bitiş süresi esas alınmıştır ki bunun da en fazla üç dakikaya kadarlık bir süreye tekabül ettiği ifade edilmektedir¹⁰¹. Bu noktada Alman Yüksek Mahkemesinin farklı tarihlerde farklı yönde kararları olmakla birlikte genel itibariyle bu sürenin bir dakikadan fazla olduğunun açık olduğu belirtilebilir¹⁰². Buna karşılık Türk Yargıtay’ı bir kararında “...*fiil ile sonucun hukuken kabul edilebilecek bir zaman müddetince sürmesi...*” gerektiğine işaret ederken¹⁰³ bir başka kararında suçun oluşması için on dakikayı yeterli görmüştür¹⁰⁴.

Elbette bu suç için sadece süre değil, aynı zamanda özgürlüğü sınırlandıran etkenin yoğunluğu da önem arz etmektedir¹⁰⁵. Yani esas itibariyle tek başına sürenin dikkate alınmaması, yoksun kılmanın yoğun olması halinde bir dakikalık özgürlükten yoksun bırakıcı hareketlerin de bu suç kapsamında tipik olabileceğine vurgu yapılmalıdır¹⁰⁶. Tüm bu hususların takdiri, sınırlandıran etkenin yoğunluğunun değerlendirmesi mahkeme hakimine aittir¹⁰⁷.

2. Manevi Unsur

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kasten işlenir ve kast dışında failde herhangi bir amacın bulunmasına gerek yoktur¹⁰⁸. Failin kastı, başarılı

¹⁰⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 514, dipnot 301.

¹⁰¹ RGSt 7, 259; RGSt 33, 234 (SONNEN, § 239 kn. 18).

¹⁰² Bu noktada Alman Federal Yüksek Mahkemesi, bu suç için birkaç saniyenin yeterli olmadığı sonucuna ulaşmıştır (BGH 15.5.1975-4 StR 147/75). (WIECK-NOODT, § 239 kn. 19; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 20). Bu sürenin iki üç dakikaya kadar sürmesi gerektiğini belirten Krallık Mahkemesinin bir kararı (RG 9.4.1900 – 1064/00, RGSt 33, 234) karşısında bir dakika olmasını da yeterli gören Alman Federal Yüksek Mahkemesinin kararının (BGH 14.12.1966 – 2 StR 346/66, NJW 1967, 941) daha güncel olduğu ifade edilebilir. Bilgiler için bakınız WIECK-NOODT, § 239 kn. 19; SONNEN, § 239 kn. 18; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 78; PARK/SCHWARZ, 297; EIDAM, (2010), 871.

¹⁰³ YCGK, 29.06.2010, 8-110/161 (TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 515).

¹⁰⁴ YCGK, 02.10.2012, 2011/8-778, 2012/1795 (TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 514; KESKİN KİZİROĞLU, s. 78).

¹⁰⁵ BGH NStZ 2005, 507, 508 (RENGIER, § 22 kn. 14); DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 4; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 10; EISELE, (2019), § 239 kn. 4.

¹⁰⁶ WIECK-NOODT, § 239 kn. 19; SONNEN, § 239 kn. 18.

¹⁰⁷ ÖNDER, s. 30; GÜLŞEN, s. 58; YENERER ÇAKMUT, s. 590; ARTUK/GÖKCEN/AL-ŞAHİN/ÇAKIR, s. 425; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 426; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3728.

¹⁰⁸ FISCHER, § 239 kn. 13; RENGIER, § 22 kn. 18; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 11; WIECK/NOODT, kn. 41; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 9; SCHLUCKEBIER,

olamasa bile mağdurun hareket hürriyetini *tamamen* ortadan kaldırmaya yönelik olmalıdır¹⁰⁹. Doktrinde aksi görüş ileri sürülmüş olsa da¹¹⁰ bu suç olası kastla da işlenebilir¹¹¹. Kapıyı kilitleyen kişinin kastı, yalnızca üçüncü kişinin girişine engel olma amacına yönelikse ve içerideki kişi her zaman bulunduğu yeri terk edebilir durumdaysa, yani kapıyı kilitleyen kişi kapı kilidini kapının üzerinde bırakırsa bu durumda tipikliğin gerçekleşmesinden söz edilemez¹¹².

Suçun cinsel amaç çerçevesinde işlenmesi, suçun daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hali olarak düzenlenmiştir (TCK md. 109/5). Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için kastın yanı sıra failde cinsel amacın da mutlaka tespit edilmiş olması, kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde ispatlanmış olması gerekir¹¹³.

(2010), § 239 kn. 32; GÜLŞEN, s. 85; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 522; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1198; GÜLŞEN, s. 51; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 448; SOYASLAN, s. 265; KESKİN KIZIROĞLU, s. 79; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 434; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 434; YENERER ÇAKMUT, s. 592; TOROSLU, s. 88; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3733; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 190; KAFES, s. 124. 765 sayılı TCK döneminde suçun kanuni tanımda bulunmamasına rağmen doktrinde bir kısım yazar tarafından (CİHAN, s. 68) ve Yargıtay kararlarında suç için belirli bir amacın arandığı hususuna dikkat çekilmiş ve bu görüş eleştirilmiştir. Bakınız ÖNDER, s. 27; YILDIZ, s. 239. Mevcut Kanun döneminde Yargıtay'ın, yerel mahkemelerin kastın dışında amaç ya da saik aradıkları kararlara ilişkin bozma kararı verdikleri görülmektedir: “Mağdur Ahmet’in aşamalarındaki istikrar arz eden ifadelerinden mağdur kaldığı yetiştirme yurduna geri dönmek istemesine rağmen sanığın kendisine para bulmasını isteyerek mağdurun gitmesini engellediği, ayrıca kolundan tutarak zorla tuvalete soktuğu, bıçaklamakla tehdit ettiği, daha sonra mağdurun cep telefonuna el koyarak kendisine para getirmesi halinde telefonu iade edeceğini belirttiği, mağdurun da 50 TL para bulup sanığa getirdiği olayda; sanığın, mağduru yağma amaçlı olarak hukuka aykırı şekilde hürriyetinden yoksun kıldığıının sübut bulunduğu ve suçun oluşumu açısından genel kastın yeterli olduğu düşünülmeyen yazılı şekilde beraat kararı verilmesi...” Y. 14. CD., 10.04.2013, 2012/12304-2013/4264 - YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3733, dipnot 1759.

¹⁰⁹ RGSt 6, 231, 232 (SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 32); BGH 32, 183, 187 (FISCHER, § 239 kn. 13); WIECK/NOODT, kn. 41; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 11; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 9; EISELE, (2019), § 239 kn. 9.

¹¹⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 190.

¹¹¹ EISELE, (2015), kn. 443; KINDHÄUSER, § 15 kn. 19; WIECK/NOODT, kn. 41; EIDAM, (2013), § 239 kn. 15; FISCHER, § 239 kn. 13; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 11; SONNEN, § 239 kn. 19; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 9; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 32; EIDAM, (2010), 871; EISELE, (2019), § 239 kn. 9; CİHAN, s. 68; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 523; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1198; KESKİN KIZIROĞLU, s. 81; YENERER ÇAKMUT, s. 592; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3734; KAFES, s. 128.

¹¹² WIECK/NOODT, kn. 42; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 33.

¹¹³ ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1198; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 448; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 434; YENERER ÇAKMUT, s. 598.

Suçun, **mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması durumunda** daha ağır bir ceza yaptırımını öngörülmüştür (TCK md. 109/4). Bu, madde gerekçesinde yer alan “...*Bu durumda, suçun netice nedeniyle bir ağırlaşmış hâli söz konusudur. Bu nedenle, failde bu neticeye yönelik kastın bulunması gerekmez. Bu hükmün uygulanabilmesi için, mağdurun ekonomik kaybının önemli miktarda olması gerekir...*” şeklindeki ifadelerden de açıkça anlaşılacağı üzere suçun **neticesi sebebiyle ağırlaşmış halidir**. Dolayısıyla ilk olarak hürriyetinden yoksun kılınan mağdurun ekonomik bir kayba uğramış olması gerekir. Hürriyetinden yoksun kılınan kişinin, örneğin ihaleye girememiş olması halinde bu halin uygulanması söz konusu olabilir¹¹⁴. Buna karşılık failin bizzat kendisinin kaçırdığı mağdurdan senedi imzalamasını istemesi ya da para istemesi ve yine mağdurun kaçırıldığını öğrenen annesinin kalp krizi geçirerek hayatını kaybetmesi hallerinde suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin gerçekleştiğinden söz edilemeyecektir¹¹⁵. Ayrıca ekonomik kaybın önemli olması gerekir ki bu duruma ilişkin tespit, somut olayda hâkim tarafından mağdurun konumu, geliri, mesleği ve benzeri şahsi özellikleri dikkate alınarak yapılacaktır¹¹⁶.

Şayet suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin gerçekleştiği yönünde bir tespit yapılmışsa, bu defa manevi unsur altında bir inceleme yapılabilecektir. Bu noktada mağdur, hürriyetinden yoksun kaldığı için önemli bir ekonomik kayba maruz kalırsa failin bu ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için Türk Ceza Kanunu'nun neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemesi gereğince (TCK md. 23) ağır netice olan önemli ekonomik kayıp açısından en azından taksirle hareket etmiş olması gerekir¹¹⁷. Elbette fail ağır netice bakımından olası kastla ya da doğrudan kastla da hareket etmiş olabilir¹¹⁸. Failin ağır netice açısından kasten ya da taksirle hareket etmiş olması, cezanın belirlenmesinde

¹¹⁴ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 438; SOYASLAN, s. 267.

¹¹⁵ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3752.

¹¹⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 520; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1208; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 459; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 431; KESKİN KİZİROĞLU, s. 92; YILDIZ, s. 240; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3752; KAFES, s. 137.

¹¹⁷ KINDHÄUSER, § 15 kn. 20; PARK/SCHWARZ, s. 298; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 40; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 30; EIDAM, (2010), s. 871; EISELE, (2019), § 239 kn. 12; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1208; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 459; YILDIZ, s. 241; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 431.

¹¹⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 459.

dikkate alınır¹¹⁹.

Alman Ceza Kanunu'nda bu türden bir ağır neticeye yer verilmiş değilse de başka ağır neticeler öngörülmüştür. Şöyle ki Alman Ceza Kanunu § 239 hükmüne göre mağdurun bir haftadan fazla hürriyetinde yoksun kalması, yoksun kılma fiili ile veya bu fiil esnasında mağdurun sağlığının ağır şekilde bozulması (fıkra 3) yahut da mağdurun hayatını kaybetmesi (fıkra 4) şeklinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenlenmiştir¹²⁰.

Tüm bunların yanında hürriyetten yoksun kılma ile ağır neticeye neden olan hareket arasında nedensel bir bağlantı olmalıdır¹²¹. Bu bağlantı mağduru ölüme sürükleyen yalnızca failin hareketi olabileceği gibi ölüme etki eden mağdurun kendi hareketi yahut da tamamen bağımsız üçüncü bir kişinin hareketi de olabilir. Buna göre hürriyetten yoksun kalan kişinin kaçma teşebbüsü esnasında hayatını kaybetmesi, buna örnek olarak gösterilmektedir¹²². Tabi ki Türk Ceza Kanunu'nda böyle bir ağır netice öngörülmediğinden bu husus, ayrıca öldürme suçu bakımından değerlendirilmelidir.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık unsuru altında evvela kanuni tanımda yer alan “**hukuka aykırı olarak**” ifadesi üzerinde durulmalıdır. Zira kanuni düzenlemede bir kimsenin *hukuka aykırı olarak* bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılmasından söz edilmiştir. Aslında bu ifade, bir kimsenin bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden *hukuka aykırı olarak* yoksun bırakılması şeklinde anlaşılmalıdır. Bu anlamda tipiklik kapsamındaki bu ifade, haksızlık bilincine özel olarak vurgu yapıldığını göstermektedir¹²³. Nitekim madde gerekçesinde yer alan, “*Maddede geçen*

¹¹⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 438.

¹²⁰ KINDHÄUSER, § 15 kn. 20; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 40; EIDAM, (2013), § 239 kn. 3; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 30; WIECK/NOODT, kn. 44-52; FISCHER, § 239 kn. 15; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 16; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 11, 14; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 12, 13; EISELE, (2019), § 239 kn. 12.

¹²¹ BGHSt 18, 18 (DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 18); PARK/SCHWARZ, s. 298.

¹²² BGHSt 19, 382, 387 (DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 18).

¹²³ PARK/SCHWARZ, s. 297; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1198, 1199; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 449; YENERER ÇAKMUT, s. 592; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 434; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 432; SOYASLAN, s. 264; YILDIZ, s. 236; KAFES, s. 128. Doktrinde kanuni tanımda yer alan bu unsur nedeniyle hukuka aykırılığın da kast kapsamında yer aldığı, bu açıdan bu suçun olası kastla

hukuka aykırı olarak ibaresi, hukukun izin vermediği hâlleri ifade eder. Örneğin bir suça ilişkin soruşturma kapsamında suç şüphesi altında bulunan kişinin ceza muhakemesi hukukunun gereklerine uygun olarak tutulması, gözaltına alınması veya tutuklanması hâllerinde, fiil hukuka uygundur ve bu suç oluşmaz.” şeklindeki ifadeler de bu durumu ortaya koymaktadır. Böylelikle dosya konusu suç teşkil eden fiil bakımından inceleme yapan hâkimin, herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunup bulunmadığı konusunda daha dikkatli bir değerlendirme yapması gerekmektedir¹²⁴.

Doktrinde bu ifadeyle birlikte kişinin bir kimseyi hürriyetinden yoksun kılarken hukuka aykırılık bilincinin de bulunması gerektiği, yani hukuka aykırılığın da kast kapsamında yer aldığı, bu bakımdan bu tür suçların olası kastla işlenemeyeceği, ancak doğrudan kastla işlenebileceği hususuna işaret edildiği belirtilmiştir¹²⁵. Ancak kanaatimizce suçun kanuni tanımında “*hukuka aykırı olarak*” şeklinde bir ifadeye yer verilmesiyle yer verilmemesi arasında gerek teorik gerekse pratik anlamda bir fark bulunmamaktadır. Nitekim Alman düzenlemesinde de olan bu ifade, kanuni tanımdan gereksiz olduğu düşüncesiyle 6. ceza reform paketi ile birlikte çıkartılmıştır¹²⁶. Öyle ki bu ifadenin düzenlemeden çıkartılmasıyla maddenin koruma alanına yönelik olarak içerik anlamında bir değişikliğin amaçlanmadığına işaret edilmiştir¹²⁷. Doktrinde de yakalama, gözaltı gibi hukuka uygunluk nedenlerinin bu suçta olduğu gibi kasten yaralama gibi suçlar açısından da söz konusu olabileceği ve

işlenemeyeceği, yalnızca doğrudan kastla işlenebileceği ileri sürülmektedir. Bakınız ÖZGENÇ, s. 320; GÜLŞEN, s. 89; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3734. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.11.2013 tarih ve 2013/14-511 Esas, 2013/449 Karar sayılı kararında da bu görüşe yer verilmiştir: “5237 sayılı kanunda bazı suç tanımlarında “*hukuka aykırı olarak*”, “*hukuka aykırı başka bir davranışla*”, “*hukuka aykırı diğer davranışlarla*”, “*hukuka aykırı yolla*”, “*hukuka aykırı yollarla*” gibi ifadelerle yer verilmiştir. **Bu ifadelerin geçtiği suçlarda failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani bu konuda doğrudan kastla hareket etmesi gerekmektedir.**” Oysaki bizim de katıldığımız diğer bir görüş, suçun kanuni tanımındaki bu ifadenin, herhangi bir unsuru nitelendirmeyip genel bir nitelik arz ettiğini, yani suç tipinin bütününe yönelik olduğundan failin işlediği tipik fiil açısından herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunup bulunmadığı konusundaki bilincinin incelemesine işaret ettiğini vurgulamıştır. Bu görüş ve detaylı açıklamaları için bakınız ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1199. Suçun kanuni tanımında yer alan hukuka aykırılık ifadesinin işlevine ilişkin detaylı açıklama ve değerlendirmeler için bakınız GÖKTÜRK, s. 424 vd.

¹²⁴ ÖNDER, s. 30; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 526; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 434.

¹²⁵ ÖZGENÇ, s. 288, 289. Bilgi için bakınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 449.

¹²⁶ KARGL, s. 72-80; WIECK/NOODT, kn. 37.

¹²⁷ KARGL, s. 73. Ayrıca bilgi için bakınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 449, dipnot 286.

bu düşünceyle bu ibareye söz konusu suçlar açısından da gerek duyulabileceği, oysaki kanunda hata düzenlemelerinin bulunması karşısında bu yönde bir ibareye gerek olmadığı vurgulanmıştır¹²⁸.

Bu çerçevede bu suç bakımından da genel olarak hukuka uygunluk nedenleri uygulama alanı bulabilir. Buna göre ilk olarak görevin ifası kapsamında kanun hükmünü yerine getirme (TCK md. 24/1) ve amirin emri (TCK md. 24/2) gündeme gelebilir¹²⁹. Yakalamanın, gözaltına almanın ve tutuklamanın kanunda öngörülen koşullara uygun şekilde gerçekleştirilmiş olması halinde **kanun hükmünü yerine getirme ya da hakkın kullanılması** hukuka uygunluk nedenlerinden biri söz konusu olacak ve bu suçun işlenmiş olmasından bahsedilemeyecektir¹³⁰. Keza denizde yüzmekte olan mültecilerin kurtarılması ve sonrasında iradelerine aykırı olarak nezarete tutulmaları da hukuka uygun olabilir¹³¹. Günümüzde fazlaca gündemde olan kendisinde yeni koronavirüs hastalığı tespit edilen kişilerin karantina altına alınmaları suretiyle hareket edebilme özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları ve bu karara aykırı davranmaları halinde yaptırıma maruz bırakılmaları açısından da kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni gündeme gelir. Resmi işlemler açısından bu işlem tesis edildiğinde hürriyetten yoksun kılmanın fiili, esaslı unsurlarının bulunması koşuluyla işlemdeki salt şekli ya da usulü eksiklik, işlemin hukuka aykırı olmasına neden olmaz¹³². Ancak şekli yöntemlerin büyük önem arz ettiği, işlemin önemli unsurlarından biri olduğu durumlarda bu görüş kabul edilmemektedir¹³³.

Bununla birlikte hukuka uygun olarak hürriyetinden yoksun bırakılan bir kimseye karşı da bu suç işlenebilir. Şöyle ki serbest bırakılması gerekirken

¹²⁸ Bu ibareye gerek olmadığına dair detaylı açıklamalar için bakınız YILDIZ, s. 236, 237. Benzer görüş için bakınız ÖNDER, s. 30.

¹²⁹ GÜLŞEN, s. 77; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 524; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1198; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 448; KESKİN KIZIROĞLU, s. 81.

¹³⁰ DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 12; EIDAM, (2013), § 239 kn. 19; WIECK/NOODT, kn. 39; PARK/SCHWARZ, s. 297; EIDAM, (2010), s. 871; EISELE, (2019), § 239 kn. 8; CİHAN, s. 61; GÜLŞEN, s. 79 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 450; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1200; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 432; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3737.

¹³¹ EIDAM, (2013), § 239 kn. 19; SONNEN, § 239 kn. 20; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 7.

¹³² OLG Schleswig NStZ 1985, 74 (EIDAM, (2013), § 239 kn. 19); SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 23; WIECK-NOODT, kn. 39.

¹³³ EIDAM, (2013), § 239 kn. 19.

geciktirilen¹³⁴ yahut da koşulları olduğundan ceza evinde bahçeye çıkarılabilecek mahkûmun çıkmasına hukuka aykırı olarak izin verilmemesi durumunda yine bu suç oluşacaktır. Dolayısıyla hürriyetten yoksunluğu sonuçlayan davranış bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olsa da sınırın kasten ya taksirle aşılması gündeme gelebilir. Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması, daha ziyade **meşru savunma** kapsamında gerçekleştirilen hürriyetten yoksun kılma suçunda mevzu bahis olabilir. Yani kendisine saldıran bir kişiyi saldırıyı bertaraf etmek amacıyla bir süre tutmak her ne kadar meşru savunma çerçevesinde meşru olacaksa da bu alıkoymanın süresi önem arz etmektedir¹³⁵. Şayet kişi, meşru savunma amacıyla muhatabını hürriyetinden yoksun bırakmış ve fakat gerekli süreyi aşmışsa bu noktada meşru savunmada sınırın aşılması -ki bu TCK md. 27/2 hükmüne binaen korku, telaş ve heyecanla da olabilir- tartışılacaktır¹³⁶. Bununla birlikte doktrinde intihar etmeyi düşünen bir kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılması durumunda meşru savunma olacağı ve bu kişinin işlediği fiilin suç teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir¹³⁷ ki biz bu görüşe katılmamaktayız. Zira burada intihar etmeyi düşünen kişiye yönelmiş *haksız bir saldırıdan* söz edilmesi mümkün değildir.

Nihayet bu suç kapsamında **ilgilinin rızası** konusu da özellikle irdelenmesi gereken bir husustur. Zira bu suç bakımından rızanın tipikliğe engel olan bir nitelik mi taşıdığı yoksa hukuka uygunluk nedeni mi olduğu özellikle tartışılmalıdır. Alman doktrininde hâkim görüş¹³⁸ tarafından bu suçun kanuni tanımında yer alan “*kapatma*” ve “*yoksun bırakma*” hareketlerinin kendi yapılarının mağdurun iradesine aykırı olmalarını ya da iradesi olmaksızın gerçekleştirilmelerini şart koşması nedeniyle bu suç kapsamında mağdurun rızasının, tipikliğe engel olduğu, yani hukuka uygunluk nedeni olmadığı kabul edilmektedir.

¹³⁴ SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 12.

¹³⁵ GÜLŞEN, s. 84; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 435; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 433.

¹³⁶ ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1199; KAFES, s. 178, 179.

¹³⁷ GÜLŞEN, s. 84.

¹³⁸ WESSELS/HETTINGER, kn 374; KINDHÄUSER, § 15 kn 27; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, § 14 kn 12; SONNEN, § 239 kn 20; KÜHL, § 239 kn 5; WIECK-NOODT, § 239 kn 36; FISCHER, § 239 kn 12. Bu çerçevede ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDOF, görüş beyan etmekten imtina etmişler, rızanın niteliğine ilişkin farklı görüşlerin bulunduğunu belirtmekle yetinmişlerdir. Bakınız ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDOF, § 9 kn 27. Ancak “kapatmak” ve diğer “yoksun bırakma”ya yönelik hareketlere dair açıklamaları dikkate alındığında (ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDOF, § 9 kn 26) kendilerinin de rızayı tipikliğe engel olucu nitelikte kabul etmeye yönelik bir eğilim gösterdikleri anlaşılmaktadır.

Türk hukukunda ise gerek doktrinde¹³⁹ gerekse mahkeme kararlarında¹⁴⁰ kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından rıza, tipikliğe engel olan bir neden olarak değil, hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirilmektedir. Oysaki **kanaatimize göre** Alman doktrinindeki hâkim görüş, Türk hukukunda da geçerli kabul edilmelidir¹⁴¹. Zira Türk Ceza Kanunu'nda yer alan düzenleme, Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeden “*kapatma*” ifadesine yer verilmemesi ve fakat “*hukuka aykırı olarak*” ifadesinin özel olarak belirtilmesi şeklinde olmak üzere iki açıdan farklılık arz etmekte olup bu iki farklılık da Türk hukukunda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda mağdurun rızasının tipikliğe engel olan rıza olarak kabul edilmesine engel teşkil etmeyecektir. En nihayetinde kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakılması da kişinin rızası bulunmadan olabilecek bir durum olarak nitelendirilecektir.

Elbette rızanın niteliğine ilişkin bu ayrımın bazı önemli sonuçları bulunmaktadır. Bu sonuçlardan konumuz bağlamında en fazla öne çıkanı, kişilerin *rıza gösterebilme yeteneklerine* ilişkindir. Buna göre rızanın bu suç açısından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi halinde rıza gösteren kişinin, davranışının etkisi ve fiilin haksızlığına ilişkin olarak somut olayda belirli bir olgunluk ve anlayışa sahip olması gerekir¹⁴². Rıza gösteren kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalması halinde rızanın hukuka uygunluk etkisinden söz edilemeyecektir¹⁴³. Bu bakımdan hukuki değer sahibinin yaş küçüklüğü ya da akıl hastalığı gibi nedenlerle rıza gösterme yeteneğine sahip olmaması durumunda başka bir kişinin daha rızasının gerekliliğinden söz edilmelidir¹⁴⁴. Bu çerçevede üç yaşındaki çocuğun apandis ameliyatına yönelik rıza, mutlaka çocuğun ebeveynleri tarafından açıklanmalıdır¹⁴⁵.

¹³⁹ TOROSLU, s. 89; CİHAN, s. 63; GÜLŞEN, s. 69; SOYASLAN, 264; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 2734; ÖZEN, 368; YENERER ÇAKMUT, s. 592; YILDIZ, s. 237; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1201; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3735; KAFES, s. 148.

¹⁴⁰ Y. 14. CD., E. 2016/3510, K. 2016/8162, T. 30.11.2016.

¹⁴¹ Türk doktrininde ÖNDER, bu görüşten yanadır. Bakınız ÖNDER, s. 31.

¹⁴² GEERDS, s. 44; EXNER, s. 104; BICHLER, s. 54; ARTUK/GÖKCAN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 496; EKİCİ ŞAHİN, s. 73.

¹⁴³ AMELUNG/EYMANN, s. 943.

¹⁴⁴ BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 15 kn 131; AMELUNG/EYMANN, s. 940; GÜLŞEN, s. 70.

¹⁴⁵ BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, § 15 kn 131.

Tipikliği kaldıran rıza için ise ilgili kişinin *doğal irade yeteneğine* sahip olması yeterlidir¹⁴⁶. Bu, tamamen hukuka uygunluk nedeni olan rızanın hukuki bir yapısının bulunmasından, yani norma dayalı bir yapıya sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim aynı durumun, tipikliğe engel olan rızada varlığından söz edilemez. Buna göre tipikliğe engel olan rızanın hukuki değil, fiili bir yapısı göze çarpmaktadır¹⁴⁷. Bunun beraberinde getirdiği sonuçlardan biri, tipikliğe engel olan rızada hukuka uygunluk nedeni olan rızada olduğu gibi anlayış gösterme konusunda belirli bir olgunlukta olunmasının ya da belirli bir algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olunmasının bir şart olarak görülmemesidir¹⁴⁸. Bu bakımdan kanaatimize göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda rıza gösterme açısından cinsel suçlarda olduğu gibi belirli bir yaş kriterinin bulunduğu ifade edilemez¹⁴⁹. Nitekim on yaşında bir çocuk da kendi iradesiyle bir başkasının evine gidebilecek ve çocuğun bu rızası da geçerli olacaktır. Bunun Türk hukukunda ne derece önemli sonuçları beraberinde getirdiği nitelikli haller başlığı altında detaylı olarak incelenecektir.

Elbette rızanın tipikliğe engel bir nitelik taşıdığı kabul edilmesinin önemli sonuçlarından biri de rızanın varlığı konusunda hataya düşülmesi halinde söz konusu olacaktır. Zira rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi durumunda rızaya ilişkin hata durumunda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata söz konusu olacakken tipikliğe engel olan bir nitelik taşıdığı kabul edildiğinde maddi unsurlarda hata olacak ve kastı kaldıran hata şeklinde telakki edilecektir. Bu bakımdan failin, mağdurun rızasının bulunduğu konusunda hataya düşmüş olması halinde kastı kaldıran hatadan bahsedilir¹⁵⁰. Bu suçun taksirli hali de bulunmadığından fail cezalandırılmayacaktır. Tabi ki fail, rıza dışında diğer hukuka uygunluk nedenlerine dayanarak kişiyi meşru şekilde hürriyetinden yoksun bıraktığını da düşünebilir. Elbette bu türden bir hata, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata olarak nitelendirilecektir. Bu durumda doktrinde bir görüşe göre yine kastı kaldıran hatadan söz edilecek ve bu suçun taksirli hali

¹⁴⁶ WELZEL, s. 95; SCHMIDT, kn 431; BECKERT, s. 510; AMELUNG, s. 542; GEERDS, s. 45; EKİCİ ŞAHİN, s. 73.

¹⁴⁷ BECKERT, s. 510; AMELUNG, s. 542.

¹⁴⁸ ROXIN, § 13 kn 6; MURMANN, § 25 kn 119; GROPP, § 5 kn 118; HEINRICH, kn 445.

¹⁴⁹ Bakınız ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1201, 1202.

¹⁵⁰ EIDAM, (2013), § 239 kn. 15 WIECK/NOODT, kn. 43; SONNEN, § 239 kn. 19.

öngörülmediğinden suç oluşmayacakken¹⁵¹ diğer görüşe göre ise bu hata kusuru etkileyecek ve kaçınılmaz olması halinde suç işlenmiş sayılmasına rağmen cezalandırma gündeme gelmeyecektir.

Bununla birlikte ilk merci olarak konuyla ilgilenen hâkimin hukuki hatası da verilen kararın otomatik olarak hukuka aykırı olması gibi bir sonucu ortaya çıkarmayacaktır. İlk merciin kararı, hukuken hatalı olsa bile bu kararın da ortadan kaldırılması, başka hukuki araçlara başvurmayı gerekli kılar. Elbette söz gelimi tutuklama kararını veren hâkimin tutuklamaya itiraz dilekçesini tutuklu olan kişinin daha erken serbest bırakılmasını önlemek amacıyla konuyla ilgisi olmayan gerekçelerden bahisle ilgili mercie iletmeyi geciktirirse durum değişir ve bu defa kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, hâkimin görevinden kaynaklı başka suçlarla birlikte işlenmiş olur¹⁵².

Tüm bu hukuka uygunluk nedenlerinin yanında psikiyatrik hastaların olduğu poliklinikte söz konusu hastaların yataklara sabitlenmesi, kendilerine ve başkalarına zarar verme ihtimallerinin ortadan kaldırılması adına somut olay açısından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edecektir¹⁵³. Bununla birlikte bunun her bir hasta açısından ne derece gereklilik arz ettiğinin ayrıca incelenmesi gerekir. Yani böyle bir yöntem genel teşhis ya da bakım gerekçesiyle başvurulması bu suç açısından doğrudan bir hukuka uygunluk teşkil etmeyecektir¹⁵⁴. Bu bakımdan her bir hasta nezdinde somut olayın koşulları dikkate alınmalıdır. Bu durum, aile üyelerinin aile içerisindeki hasta ya da yaşlılara karşı kendi kararlarıyla hürriyetten yoksun kılma yönündeki bazı davranışlara yeltenmeleri açısından da geçerlidir.

Elbette bu kapsamda **disiplin hakkının** kullanımından doğacak şekilde sınırının aşılması kaydıyla kişilerin hürriyetlerinden yoksun bırakılması söz konusu olabilir¹⁵⁵. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 232'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre idaresi altında bulunan veya büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü

¹⁵¹ WIECK/NOODT, kn. 43; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 34.

¹⁵² WIECK/NOODT, kn. 39.

¹⁵³ SONNEN, § 239 kn. 20.

¹⁵⁴ FISCHER, § 239 kn. 8a.

¹⁵⁵ CİHAN, s. 61; ÖNDER, s. 30; GÜLŞEN, s. 67; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1200; YENERER ÇAKMUT, s. 592; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 450; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 435; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 434; KESKİN KİZİROĞLU, s. 82; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3737; KAFES, s. 159.

olduğu kişi üzerinde sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye bir yıla kadar hapis cezası verileceği ifade edilmiştir. Bu çerçevede söz gelimi aile içerisinde ebeveynlerin çocukları ve yine öğretmenlerin öğrencileri üzerinde terbiye hakları kapsamında disiplin yetkilerinden söz edilebilir¹⁵⁶. Dolayısıyla bu kimseler şayet bu haklarını kullanarak kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmışlarsa ve sınırı aşmamışlarsa bu defa hukuka uygunluk nedeninden dolayı suçun oluşmasından bahsedilemeyecektir¹⁵⁷. Kısa süreli olarak çocukların bir odaya kilitlenmeleri ölçülü görülebilecekken zincire vurulmaları, bodrum, mahzen, soğuk hava deposu gibi karanlık ya da sağlık açısından riskli yerlerde kapatılmaları, ölçülü olmayacak¹⁵⁸, bu defa sınırın kasten aşılması söz konusu olacak, bu nedenle de bu suçun oluşması gündeme gelebilecektir. Benzer şekilde sınıf disiplinin bozan ve bu davranışlarında ısrar eden bir öğrenci karşısında öğretmenin öğrenciden sınıftan dışarı çıkmasını istemesi ve öğrencinin sınıf dışına çıkmış olması durumunda disiplin hakkının kullanımı söz konusu olabilecektir. Ancak aynı öğretmenin, öğrencinin sınıftan çıkmamakta ısrarcı olması karşısında öğrenciyi cebir kullanarak çıkarması halinde artık disiplin hakkının kullanılmasında sınırın kasten aşılmasından söz edilecek ve kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu oluşacaktır.

Bununla birlikte kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından disiplin yetkisi bulunan kişinin sınırı taksirle aşmış olması halinde bu suçun taksirli hali öngörülmediğinden yalnızca TCK md. 232 hükmünden bahisle bir sorumluluk yoluna gidilebilecektir¹⁵⁹. Zaten TCK md. 232 hükmü kapsamındaki kötü muamele suçu da bu türden önemli bir işlevi haiz bulunmaktadır. Buna karşılık sınırın kasıtlı şekilde aşılması durumunda hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK md. 109) hem de kötü muamele suçunun (TCK md. 232) işlenmesinden bahsedilebilecektir. Bu durumda da tek fiille iki suç birden işlenmiş olacağından farklı neviden fikri içtima kuralı (TCK md. 44) gereğince yalnızca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK md. 109) gündeme gelecektir¹⁶⁰.

¹⁵⁶ GÜLŞEN, s. 68; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 435; KAFES, s. 161.

¹⁵⁷ CİHAN, s. 61; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1200; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 450, 451; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 435; KAFES, s. 162.

¹⁵⁸ KAFES, s. 162.

¹⁵⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 526; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 434; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1200.

¹⁶⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 451.

D. Suçun Nitelikli Halleri

1. Fiili İşlemek İçin veya İşlediği Sırada Failin Cebir, Tehdit veya Hile Kullanması (TCK md. 109/2)

Türk Ceza Kanunu'nun 109'uncu maddesinin ikinci fıkrasında fiilin işlenmesi için veya işlendiği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılması cezayı artıran bir nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Bu çerçevede kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, cebir, tehdit yahut da hile yoluyla da işlenebilir¹⁶¹. Bununla birlikte düzenlemede failin cebir, tehdit ya da hileyi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak için kullanması ya da kişiyi hürriyetinden yoksun bıraktığı esnada kullanması halleri nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede söz gelimi failin kişiyi odaya kapatmak için bu araçlara başvurması söz konusu olabileceği gibi odaya kapattıktan sonra da başvurması mevzu bahis olabilir. Her iki durumda da bu nitelikli halin uygulanması gündeme gelecektir¹⁶².

Türk Ceza Kanunu'nda ayrı bir suç olarak da düzenlenen (TCK md. 108) **cebir**, burada kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali durumundadır. Dolayısıyla bu hüküm, bileşik suç niteliğini haizdir¹⁶³. Zira biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir (TCK md. 42). TCK md. 108'de düzenlenen cebir suçunun madde gerekçesinde cebrin tanımına yer verilmiştir. Buna göre Latince karşılığı “vis compulsiva” olan cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecri bir etki meydana getirilmesi şeklinde tanımlanmıştır. Yine gerekçede, “*Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Cebir*

¹⁶¹ RGSt 17, 127 (KINDHÄUSER, § 15 kn. 13); EISELE, (2015), kn. 437; RENGIER, § 22 kn. 6, 7; FISCHER, § 239 kn. 8; WIECK/NOODT, kn. 26; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 13; SONNEN, § 239 kn. 17 SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 4; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 5; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 16; PARK/SCHWARZ, s. 296; EISELE, (2019), § 239 kn. 6a; ÖNDER, s. 29; GÜLŞEN, s. 48, 49; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1193; TOROSLU, s. 90; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 454; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 428; KESKİN KIZIROĞLU, s. 85; SOYASLAN, s. 262; YENERER ÇAKMUT, s. 591; KAFES, s. 184; HAFIZOĞLULLARI/ÖZEN, s. 190. Kanun koyucunun cebir, tehdit ve hilenin yanı sıra neden şantajı da dahil etmediğine dair bir eleştiri yöneltilmiştir. Bakınız HAFIZOĞLULLARI/ÖZEN, s. 190. Açıklama için bakınız KAFES, s. 195.

¹⁶² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 430; YENERER ÇAKMUT, s. 593; KAFES, s. 185.

¹⁶³ ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1193; HAFIZOĞLULLARI/ÖZEN, s. 190; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 454; KAFES, s. 184.

halinde kişi bir acı hissetmektedir ve bu acının etkisiyle belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanmaktadır.” ifadelerine yer verilerek cebrin içeriği iyice belirginleştirilmeye çalışılmış, esasen manevi cebirle bu suçun işlenmesi halinde bu nitelikli halin uygulanamayacağına vurgu yapılmıştır¹⁶⁴.

Elbette bu hükmün bileşik suç olmasının önemli bir sonucu da kişiye karşı hürriyetten yoksun kılmayı gerçekleştirmek amacıyla ya da yoksun kılma esnasında cebir kullanılması durumunda failin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun yanı sıra ayrıca cebir suçundan da cezalandırılması yoluna gidilmeyecek olmasıdır. Fail, yalnızca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun fiilin işlenmesi için veya işlendiği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılması şeklindeki nitelikli halinden (TCK md. 109/2) cezalandırılacaktır¹⁶⁵. Bununla birlikte şayet kişiyi hürriyetinden yoksun kılma için ya da bu esnada kullanılan cebrin şiddet derecesi fazla olur ve yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden biri gerçekleşirse bu durumda TCK md. 109/6 hükmünde yer alan *“Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”* şeklindeki hüküm gereğince kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun yanı sıra neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan dolayı da ceza verilecektir¹⁶⁶.

Kişi, tehdit edilerek hürriyetinden yoksun bırakılabilir yahut da hürriyetinden yoksun bırakıldığı esnada tehdide maruz bırakılabilir¹⁶⁷. **Tehdit**, Türk Ceza Kanunu’nun 106’ncı maddesinde düzenlenmiştir. Bu suçun

¹⁶⁴ *“Sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan eyleminin manevi cebirle işlendiğinden bahisle temel ceza TCK.nın 109/2 maddesine göre tayin edilmiş ise de dosya kapsamına göre sanığın mağdura maddi cebir tehdit veya hile uyguladığına ilişkin delil bulunmadığı, manevi cebrin bu madde kapsamında değerlendirilemeyeceği, sabit olan eylemin TCK.nın 109/1 maddesine uygun olduğu gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi...”* Y. 14. CD., 08.04.2013, 2013/118-2013/4046 - YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3741, dipnot 1779.

¹⁶⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 516; KAFES, s. 184. *“Sanıkların katılanı rızası dışında evde tuttıkları sırada sistematik ve süreklilik arz etmeyecek şekilde basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralama eylemi küll halinde hürriyeti tahdit suçunun unsurunu oluşturduğu gözetilmeksizin ayrıca eziyet suçundan da hüküm kurulması...”* Y. 8. CD., 17.06.2010, 2010/1434-2010/8857 - YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3742, dipnot 1781.

¹⁶⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 516; KESKİN KIZIROĞLU, s. 86; SOYASLAN, s. 266; KAFES, s. 191; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3742.

¹⁶⁷ ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1193; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 455; KESKİN KIZIROĞLU, s. 86; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3743.

madde gerekçesinde yer alan “*Tehdit, çoğu zaman başka bir suçun unsurunu oluşturmaktadır. Ancak, bu suç tanımında, tehdidin kendisi bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu bakımdan tehdit suçu, genel ve tamamlayıcı bir suçtur.*” şeklindeki ifadelerden de anlaşılacağı üzere bu suç, genel norm niteliği taşımaktadır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun bu nitelikli halinde olduğu gibi tehdidin ayrı bir unsur olması durumunda bileşik suç düzenlemesi gereğince artık yalnızca bu nitelikli halden cezalandırma yoluna gidilecek, tehdit suçundan cezalandırma olmayacaktır¹⁶⁸.

Tehdit suçunun madde gerekçesinde de belirtildiği üzere *tehdit hâlinde, gerçekleşmesi failin isteğinin yerine getirilmemesi kaydına bağlı bir tecavüz, kötülük mağdura bildirilmektedir. Tehdidin konusunu, kişinin hayatının veya vücut bütünlüğünün tehlikeye maruz bırakılacağına, suç teşkil eden belli bir fiilin işleneceğinin, genel olarak kuvvet kullanılacağına veya herhangi bir kötülüğün, haksızlığın gerçekleştirileceğinin bildirilmesi oluşturmaktadır.* Bununla birlikte yine madde gerekçesinde belirtildiği üzere bu suçun oluşması için korkutmaya yönelik her türlü davranışın yeterli olmayacağı vurgulanmalıdır¹⁶⁹. Nitekim madde gerekçesinde yer alan şu ifadeler de bu durumu açıkça ortaya koymaktadır: “*Suçun oluşması bakımından tehdit konusu kötülüğün gerçekleşip gerçekleşmemesi, önemli değildir. Tehdidin objektif olarak ciddi bir mahiyet arz etmesi gerekir. Yani, istenilenin yerine getirilmemesi hâlinde tehdit konusu kötülüğün gerçekleşeceği ihtimali objektif olarak mevcut olmalıdır. Sarf edilen sözler, gerçekleştirilen davranış muhatap alınan kişi üzerinde ciddi bir korku yaratma açısından sonuç almaya elverişli, yeterli ve uygun değilse, tehdidin oluştuğu ileri sürülemez.*” Buna göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tehditle işlenip işlenemeyeceği noktasında yapılan tehdidin ağırlığı dikkate alınmalıdır. Şayet tehdit belirli bir ağırlığa ulaşmış ise bu defa tehdit yoluyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmiş olmasından bahsedilebilecektir¹⁷⁰.

Türk doktrininde tehdit suçunun (TCK md. 106) aksine tehdidin yöneldiği hukuki değer bakımından bir ayırım yapılmazken ve objektif olarak korkutmaya elverişli olmak kaydıyla herhangi bir hukuki değere

¹⁶⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 516, 517; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3743.

¹⁶⁹ BGH NJW 1993, 1807 (KINDHÄUSER, § 15 kn. 13).

¹⁷⁰ EIDAM, (2013), § 239 kn. 12; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 16; SÖZÜER, s. 129, 130; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 455.

yönelik her türlü davranış yeterli görülürken¹⁷¹ Alman doktrininde tehdidin kişinin yaşamı ve vücudu üzerinde mevcut bir tehlike oluşturuyor olması aranmaktadır¹⁷². Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından da vücut veya yaşam için mevcut bir tehlikeye erişmesi halinde suçun tipikliğinin olduğu kabul edilirken kişinin yer değiştirebilme imkanının bulunması halinde aksi sonuca ulaşılmaktadır¹⁷³. Bu çerçevede mahkeme, caddeye sürüklenen kişi¹⁷⁴ ve araçtan inmek istemesine rağmen aracın hızlı olması nedeniyle araçtan inemeyen kişi¹⁷⁵ bakımından bu suçun işlendiğini kabul etmiştir.

Tüm bunlara karşılık kişinin sadece duygusal anlamda fenalaşmasına yol açacak nitelikteki tehdit içerikli söz ve davranışlarla kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması halinde bu nitelikli halden söz edilemeyecektir. Hatta bu davranışlar, Alman doktrininde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel şekli açısından dahi yeterli görülmemektedir¹⁷⁶. Kanaatimize göre de bu tür duygusal yoğunluğu olan basit davranışlar üzerine muhatap etkilenmiş ve bir yerde kalıyor ya da bir yere gitmek durumunda kalıyorsa burada bir alıkoymadan söz edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla da böyle durumlarda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tipik hareketinden dahi bahsedilemeyecektir. Keza mağdur açısından rahatsız edici ya da müstehcen durumlar oluşturarak mağdur için uzaklaşmaya neden olma da tipiklik açısından yeterli değildir¹⁷⁷. Bu bakımdan kendisine küfür edilen kişinin dayanamayarak oradan uzaklaşması, hakaret suçu olsa da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu olmayacaktır. Bununla birlikte elbiselerini nehrin kenarına bırakan ve çıplak bir şekilde nehre giren kişinin elbiselerinin alınması nedeniyle giyinmemesi ve çıplak olduğundan sudan çıkmaya cesaret edememesi durumunda Alman doktrininde suçun tipiklik unsurunun oluşmadığı görüşü benimsense de¹⁷⁸ kanaatimiz bu tür bir olayda zamana ve yere göre bir değerlendirme yapılması gerektiği yönündedir. Zira bir köyde

¹⁷¹ SÖZÜER, s. 130; KAFES, s. 193; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 516.

¹⁷² SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 16; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 7.

¹⁷³ BGH NJW 1993, 1807 (RENGIER, § 22 kn. 10).

¹⁷⁴ BGH 21 Dezember 1956 – 1 StR 207/56 (Aktaran SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 17).

¹⁷⁵ NStZ 1992, 34 (FISCHER, § 239 kn. 8; HOFFMANN-HOLLAND, kn. 288); GÜLŞEN, s. 52; KAFES, s. 87.

¹⁷⁶ EISELE, (2015), kn. 437; FISCHER, § 239 kn. 8; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 7; EISELE, (2019), § 239 kn. 6a.

¹⁷⁷ KINDHÄUSER, § 15 kn. 13.

¹⁷⁸ EISELE, (2015), kn. 438; KINDHÄUSER, § 15 kn. 13.

nehir kenarında kimsenin olmadığı bir vakitte kişinin nehirden çıkması mümkün olabileceken şehir içinde insanların olduğu bir yerde kişi açısından bu pek mümkün olmayabilecektir.

Son olarak kişinin yanılıya sevk edilmesi anlamına gelen¹⁷⁹ **hile** yoluyla da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenebilir¹⁸⁰. Kişide yanlış bir kanaat oluşturarak kişinin özgürlüğünün sınırlanmasına yönelik olarak rızasının alınması halinde bu nitelik hal gündeme gelebilecektir. Bunun en basit örneği mağdura kapının kilitli olduğunu söyleyerek dışarı çıkmasını, bulunduğu yeri değiştirmesini imkânsız hale getirmedir¹⁸¹. Yani çıkış kapısını bilen kişinin burada kilitli olduğunu düşünerek çıkamayacağını zannetmesi de suç kapsamında tipik olabilecektir¹⁸². Yine sahte raporla mağdurun akıl hastanesinde tutulmasına neden olunması da buna örnek olarak gösterilebilir¹⁸³. Bu türden bir hile, bu suç kapsamında korunan hukuki değeri ihlal etmiş olur, zira bu hile ile birlikte hataya düşürülen mağdurun hareket etme hürriyeti üzerinde kendi kararını verebilmesinin önüne geçilmiş olmaktadır¹⁸⁴. Yine bir çocuğun babasının yanına götürüleceği söylenerek kaçırılması durumunda da hile yoluyla kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu işlenmiş olacaktır.

2. Suçun Silahla İşlenmesi (TCK md. 109/3-a)

Suçun işleniş tarzına ilişkin olan bu nitelikli hal kapsamında madde gerekçesinde de belirtildiği üzere esasen silah, korkutucu veya zorlayıcı etkisi nedeniyle suçun işlenmesini kolaylaştırdığından suçun silahla işlenmesinin daha ağır cezayı gerektiren bir hal olarak düzenlenmesi yoluna gidilmiştir¹⁸⁵.

¹⁷⁹ SÖZÜER, s. 126; KAFES, s. 198.

¹⁸⁰ KINDHÄUSER, § 15 kn. 13; EISELE, (2015), kn. 439; EIDAM, (2013), § 239 kn. 10; RENGIER, § 22 kn. 7; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 7; WIECK/NOODT, kn. 36; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 5; ÖNDER, s. 35; GÜLŞEN, s. 101; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1194; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 455; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 431; KESKİN KIZIROĞLU, s. 86. “*Sanığın baldızı olan mağdureye ‘anneme gidelim çocuğu annem görsün daha sonra çocuğu siz alırsınız’ deyip hileli yollarla alıkoymuş olması karşısında TCK’nın 109/2 maddesinin uygulanmaması karşı temyiz olmadığından bozma sebebi yapılmamıştır.*” Y. 14. CD., 24.09.2012, 5635/8803 - Artuk/Gökçen/Alşahin/ Çakır, 426, dipnot 20.

¹⁸¹ RENGIER, § 22 kn. 8; EISELE, (2015), kn. 439; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 7; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 16; PARK/SCHWARZ, s. 297; EISELE, (2019), § 239 kn. 6a; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 513; KESKİN KIZIROĞLU, s. 87.

¹⁸² PARK/SCHWARZ, s. 296.

¹⁸³ ÖNDER, s. 35; GÜLŞEN, s. 49, 102; TOROSLU, s. 90.

¹⁸⁴ RENGIER, § 22 kn. 8.

¹⁸⁵ GÜLŞEN, s. 104; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 517; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden

Silahın tanımı, Türk Ceza Kanunu'nun 6'ncı maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre silah deyiminden, ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler anlaşılacaktır.

Suçun silahla işlenmesi, silahın mutlaka suçun işlenmesi esnasında kullanılması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle kişinin belinde bulunan silah, bu nitelikli halin uygulanması bakımından yeterli olmayacaktır¹⁸⁶. Bu çerçevede doktrinde bu nitelikli halin uygulanması için silahın salt görünür şekilde olmasını yeterli gören görüşler bulunmaktaysa da¹⁸⁷ bizim de katıldığımız görüşe göre her ne kadar silahın mutlaka elde olması gerekmeseydi¹⁸⁸ failin bu suçu işlerken mutlaka silahtan faydalanması gerekir¹⁸⁹. Yani failin, silahı bu suçun işlenmesinde kullanması, kullanmaya yönelik kastının bulunması gerekir ve bu kast aynı zamanda ispatlanmalıdır. Bu çerçevede failden habersiz şekilde mağdur, failin cebindeki silahı görüp failin istediği şekilde hareket edip özgürlüğünün sınırlandırılmasına rıza gösterse bile failin silahı kullanmaya yönelik kastı açıkça tespit edilmediğinden bu nitelikli halin uygulanmasından söz edilemeyecektir¹⁹⁰. Dolayısıyla silahın salt görünür olması bu nitelikli hal için yeterli olmayacaktır. Belindeki silahı mağdura göstererek mağduru iradesine aykırı şekilde belirli bir yere gitmeye ya da bir yerde kalmaya zorlayan fail hakkında bu nitelikli hal uygulanabilecektir¹⁹¹. Ayrıca bu silahın boş, bozuk veya oyuncak olmasının

Yoksun Kılma Suçu, s. 1194; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 455; YENERER ÇAKMUT, s. 594; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3746; KAFES, s. 201.

¹⁸⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 517.

¹⁸⁷ ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 431; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 428.

¹⁸⁸ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3746.

¹⁸⁹ ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1195; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 456; KESKİN KIZIROĞLU, s. 88.

¹⁹⁰ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3746.

¹⁹¹ “Suç tarihinde katılanın, sanığın kullandığı araca silah gösterilmek suretiyle bindirilmesi ekinde gerçekleşen eylemin tehditle işlenmesi nedeniyle TCK.nın 109/2 maddesi yerine aynı Kanunun 109/1. Maddesinden uygulama yapılması...” Y. 14. CD., 13.05.2013, 2011/15473-2013/5795 - YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3746, dipnot 1804.

bir önemi yoktur¹⁹², yeter ki suçun işlenmesinde kullanılan silah, mağdur üzerinde bir etki oluşturmuş olsun.

Suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi ve fakat silahın bu kişilerden yalnızca birisi tarafından kullanılması halinde bu nitelikli halin silahın kullanılacağını bilen ya da ilk defa kullanıldığı anda haberdar olup da buna engel olmayan bütün suç ortakları bakımından da uygulanması gündeme gelebilecektir¹⁹³.

3. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi (TCK md. 109/3-b)

Türk Ceza Kanunu'nun 109'uncu maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendine göre suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi de cezayı artıran bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Bu noktada yanıtlanması gereken husus, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Zira failin yanında bulunan kişilerin yalnızca azmettiren ya da yardım eden olmaları halinde de bu nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağı sorusu cevaplandırılmalıdır.

Esasında bu sorunun yanıtı açıkça madde gerekçesindeki “*Suçun icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi gerekir. Yani suçun işlenişi açısından müşterek faillik durumunun varlığı hâlinde, bu nitelikli unsur oluşur. Ancak, suçun icra hareketlerinin bir kişi tarafından gerçekleştirilmesine karşılık, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması hâlinde, bu fıkraya göre ceza artırılamaz.*” şeklindeki ifadelerle verilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun iştirak üst başlığında yer alan “faillik” düzenlemesinde de suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştirenlerden her birinin fail olarak sorumlu tutulacağı ifade edilerek esasen müşterek faillığe işaret edilmiştir. Yani bir fiilin birlikte işlenmiş sayılabilmesi için müşterek faillik bulunmalıdır. Bunun için azmettirme ya da yardım etme şeklinde failin işlediği fiile katkı sağlamış olmak yeterli olmayacaktır¹⁹⁴. Şu hâlde bir fail ve iki şerikle birlikte suçun işlenmesi

¹⁹² GÜLŞEN, s. 104; KAFES, s. 204.

¹⁹³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 518; KAFES, s. 205.

¹⁹⁴ GÜLŞEN, s. 106; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1195; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 456; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 431; KESKİN KİZİROĞLU, s. 88; SOYASLAN, s. 267; YENERER ÇAKMUT, s. 595; KAFES, s. 208. “TCK'nın 109/3-b bendinde belirtilen “suçun birlikte işlenmesi” halinin ancak sanıkların eylemlerinden dolayı aynı kanunun 37/1. Maddesine göre “müşterek fail” olarak sorumlu tutulmaları

durumunda bu nitelikli uygulanamayacaktır. Keza iki failin birlikte işlediği suç bakımından bu nitelikli hal uygulanacak, faillerin birlikte işledikleri bu suça katkı sağlayan azmettiren ya da yardım eden bakımından ise bu nitelikli hal bağlılık kuralı gereğince (TCK md. 40) ancak kastlarının bulunması halinde uygulanabilecektir¹⁹⁵. Bir kamu görevlisinin, kamu görevi nedeniyle değil de kişisel husumet veya borcunu ifa etmemesi dolayısıyla bir odaya kapatılması durumunda bu suçun nitelikli halinden değil, temel şeklinden söz edilecektir¹⁹⁶.

4. Suçun Kişinin Yerine Getirdiği Kamu Görevi Nedeniyle İşlenmesi (TCK md. 109/3-c)

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi durumunda da (TCK md. 109/3-c) cezayı artıran nitelikli hal gündeme gelecektir. Bu nitelikli hal düzenlemesiyle birlikte görevini yerine getiren kamu görevlisinin korunması gerektiği, böylelikle devlet idare ve mekanizmasının tehlikeye düşmesinin önüne geçilmesi düşüncesi ön plana çıkmaktadır¹⁹⁷. Burada halen görevine devam etsin ya da etmesin bir kamu görevlisinin kamu görevini yerine getirmesi nedeniyle özgürlüğünden alıkonulması söz konusudur. Yani bu nitelikli halin uygulanabilmesi için mağdurun özgürlüğünden yoksun bırakılmasının yerine getirdiği kamu görevi dolayısıyla gerçekleşmesi gerekir. Bu nedenle mağdurun yalnızca kamu görevlisi sıfatını haiz olması yeterli değildir¹⁹⁸.

Burada önem arz eden husus, failin saikidir. Nitekim bu husus, madde gerekçesinde, “*Suçun bu seçimli nitelikli unsuru için, failin saiki önem taşımaktadır. Suçun işlendiği sırada kişi kamu görevlisi sıfatını taşımayabilir; örneğin emekliye ayrılmış olabilir.*” şeklindeki ifadelerle ortaya konmuştur.

durumunda söz konusu olacağı dikkate alınmadan yardım eden konumundaki sanığa tayin olunan cezanın 109/3-b maddesi uyarınca artırılması...” Y. 5. CD., 25.04.2011, 2011/1665-2011-3401 - YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3747, dipnot 1806.

¹⁹⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 518. Nitekim bu çerçevede eylemlerin sanık tarafından azmettirilen birden fazla kişi tarafından işlendiği anlaşıldığı halde sanığın cezasının bu nitelikli halden bahisle artırılmamış olması Yargıtay tarafından esasen bir bozma gerekçesi olarak görülmüşse de karşı temyiz bulunmadığından karar bozulmamıştır. Y. 14. CD., 26.04.2012, 15213/4810 - YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3747, dipnot 1806.

¹⁹⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 432.

¹⁹⁷ GÜLŞEN, s. 115; KAFES, s. 212.

¹⁹⁸ GÜLŞEN, s. 116; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1196; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 457; YENERER ÇAKMUT, s. 595.

Bu çerçevede düzenleme kapsamında esasen fiilin işlendiği esnada mağdurun kamu görevlisi olması da şart değildir. Görevi sona ermiş olsa bile mağdurun görev başındayken yaptığı kamu görevi sebebiyle özgürlüğünün kısıtlanması, bu nitelikli halin uygulanmasını gerekli kılacaktır¹⁹⁹, yeter ki failin fiili işlemesi bakımından bu saiki ispatlanabilsin. Hatta o kadar ki bu nitelikli halin uygulanması için fiilin kamu görevlisinin kendisine karşı da işlenmiş olması şart değildir. Zira madde gerekçesinde açıkça suçun, kamu görevlisinin yakınına karşı da işlenebileceği ifade edilmiş ve hatta bu husus, bir hâkimin verdiği karara tepki olarak oğlunun kaçırılması örneğiyle de pekiştirilmiştir.

5. Suçun Kamu Görevinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi (TCK md. 109/3-d)

Suçun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi (TCK md. 109/3-d) halinde de suç için verilecek cezada bir artırma gidilecektir. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin hem kamu görevlisi olması hem de suçu kamu görevinin sağladığı nüfuzunu kötüye kullanmak suretiyle işlemiş olması gerekir. Madde gerekçesindeki, “*Bu nitelikli hâllerden bir kısmı, suçun işleniş tarzına ilişkindir. Söz konusu suçun işlenmesi bakımından, silâhli olunması veya kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması, bir kolaylık sağlamaktadır.*” yönündeki ifadelerden de anlaşılacağı üzere bu nitelikli hale, kişinin kamu görevini yerine getirirken bu görevin muhatabını hürriyetinden yoksun kılma noktasında önemli kolaylıklar sağlayabilecek durumda olması nedeniyle yer verilmiştir.

Elbette bu nitelikli halin uygulanabilmesi için kişiyi hürriyetinden yoksun bırakan kimsenin gerçekten kamu görevlisi olması gerekmektedir. Şayet fail, kamu görevlisi olmamasına rağmen kendisini kamu görevlisi gibi tanıtır kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmışsa bu durumda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun hile yoluyla işlenmesinden (TCK md. 109/2) söz edilecek²⁰⁰, ayrıca kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu (TCK md. 262) işlenmiş olacaktır.

¹⁹⁹ GÜLŞEN, s. 117; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 519; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 457; KESKİN KİZİROĞLU, s. 89; YENERER ÇAKMUT, s. 596; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3748. Nitekim Yargıtay, belediyenin taraf olduğu davalarda belediye aleyhine tavır aldığı saplantısına kapılarak bir hâkimi bodruma kapatan sanıkların bu davranışlarını kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bağlamında bu nitelikli hal kapsamında telakki etmiştir. Bakınız Y. 8. CD., 28.03.1996, 1853/4516 - GÜLŞEN, s. 116.

²⁰⁰ ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1197; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3748; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 519.

Suçun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmiş sayılabilmesi için failin gerçek anlamda kamu görevlisi olması tek başına yeterli olmayıp kamu görevlisi olan kişi, mutlaka suçun işlenmesi bakımından görevinden kaynaklı nüfuzunu kullanmış olmalı, mağdur üzerinde görevi nedeniyle bir hakimiyet elde etmiş, otoritesini kötüye kullanmış olmalıdır²⁰¹. Kanuni şartları yerine gelmemesine rağmen bir kolluk görevlisi tarafından bir vatandaşın karakola götürülmesi buna örnek gösterilebilir²⁰². Kolluk görevlisi, şartları gerçekleşmiş olmamasına rağmen bu yönde bir talimat alarak da bu görevi gerçekleştirebilir. Bu durumda amirin konusu suç teşkil eden hukuka aykırı emrinden söz edilecek ve talimatı veren üst konumundaki kişiyle koşulların gerçekleşmediğini biliyorsa kolluk görevlisi birlikte suçun bu nitelikli halinden sorumlu tutulurlar²⁰³.

6. Suçun Üstsoy, Altsoy veya Eşe Karşı İşlenmesi (TCK md. 109/3-e)

Suçun üstsoy, altsoy veya eşe karşı işlenmesi halinde de cezayı artıran nitelikli halden söz edilecektir. Bu şekilde bir nitelikli hale yer verilmiş olmasının altında yatan en önemli nedenlerden biri, öldürme suçunda da benzer bir nitelikli hale yerilmesinden hareketle suçun yakın akrabalık ilişkisinden yararlanmak suretiyle bu kişilere karşı işlenmesindeki kolaylık olarak gösterilebilir²⁰⁴. Elbette bu yorumun doğal bir sonucu olarak bu nitelikli halin uygulanabilmesi, failin mağdurla aralarındaki üstsoy, altsoy veya eş olmaktan kaynaklı ilişkiyi bilmesine, yani kastının bulunmasına bağlıdır²⁰⁵. Aksi takdirde suçun yalnızca temel şeklinin olduğundan söz edilebilecektir.

Üstsoy ve altsoydan, faile kan bağı ile bağlı olacak şekilde akrabalık ilişkisi bulunan kişiler anlaşılmalıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 17'nci

²⁰¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 519; ÜZÜLMEZ, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 1197; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 458; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 432; YENERER ÇAKMUT, s. 596.

²⁰² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 519; KAFES, s. 215.

²⁰³ “Görevli C. Savcısı olan sanığın, otomobil ile giderken yol verip vermeme konusunda tartıştığı yakınlar Recep ve Ömer’in memuriyet nüfuz ve yetkisini kullanarak görevli polis memurlarına talimat verip karakola aldırması ve burada kötü muamelede bulunması biçimindeki eyleminin, 765 sayılı Yasanın özel hüküm niteliğindeki 181/1-2 ve 5237 sayılı TCY. nin 109/1-3 madde ve fıkralarına uyan suçu oluşturduğu gözetilerek 5237 sayılı Yasanın 7/2, 5252 sayılı Yasanın 9/3 madde ve fıkraları uyarınca 765 ve 5237 sayılı TCY.larının anılan hükümlerinin karşılaştırılıp sanık yararına olan yasa hükümleri saptanarak sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi...” Y. 4. CD., 08.10.2007, 4074/8017. Karar için bakınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 458, dipnot 312.

²⁰⁴ GÜLŞEN, s. 113; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 158.

²⁰⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 158; KESKİN KİZİROĞLU, s. 90.

maddesine göre biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de ortak bir kökten gelen kişiler arasında yansoy hısımlığı vardır. Bu bakımdan anne, baba ve çocukların yanı sıra büyükanne, büyükbaba ve torunlar da bu kapsamda görülebilir. Çocukların ya da torunların on sekiz yaşın altında olmaları şart değildir. Diğer bir ifadeyle on sekiz yaşından büyük olan çocuklar ve torunlar bakımından da bu nitelikli hal uygulanabilecektir²⁰⁶. Bununla birlikte hala, teyze, dayı ve amca gibi ikinci derece akrabalar buna dahil olmadığı gibi eşten kaynaklı olarak sıhri hısımlar da bu çerçevede görülmemektedir. Yine kan bağı ile bağlılık arandığından üvey baba, üvey anne ve üvey çocuk açısından da bu nitelikli hal uygulanamayacaktır²⁰⁷. Ayrıca bu nitelikli hal için doğan çocuğun mutlaka evlilik içi olması şart değildir²⁰⁸.

Eş, Türk Medeni Kanunu'na göre evlenme ile kurulan bir ilişkidir. Buna göre Türk Medeni Kanunu kapsamında kurulan bir evlilik ilişkisi olmaksızın söz konusu olan birliktelikler durumunda bu nitelikli halin uygulanması mümkün olmayacaktır. Yani evlenmeden aynı evde yaşayanlar yahut dini nikahla birlikte olanlar hakkında bu nitelikli hal uygulanmayacaktır²⁰⁹. Bununla birlikte evliliğin fiilin işlendiği esnada devam ediyor olması gerekir. Eşler arasında fiilin işlenmesinden evvel ayrılık kararı verilmiş olsa bile fiilin işlendiği esnada henüz boşanma kararı verilmiş değilse bu durumda bu nitelikli hal uygulanma alanı bulacaktır. Dolayısıyla bu nitelikli hal nedeniyle cezalandırma için fiilin işlendiği esnada evlilik bağının bulunması yeterli olup ayrıca birlikte yaşıyor olmaları şart değildir²¹⁰.

7. Suçun Çocuğa ya da Beden veya Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiyeye Karşı İşlenmesi (TCK md. 109/3-f)

Bu nitelikli hal kapsamında iki durum, cezayı artıran bir hal olarak düzenlenmiştir. Bunlardan ilki mağdurun çocuk olmasıyken diğeri mağdurun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan bir

²⁰⁶ GÜLŞEN, s. 114; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1196; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 457; KESKİN KIZIROĞLU, s. 90.

²⁰⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 159, 160.

²⁰⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 433; KAFES, s. 217.

²⁰⁹ GÜLŞEN, s. 115; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 433; KESKİN KIZIROĞLU, s. 90; SOYASLAN, s. 269; YENERER ÇAKMUT, s. 597; YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, s. 3749; KAFES, s. 217.

²¹⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 160.

kişi olmasıdır. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere bunlar, mağdurun şahsı itibarıyla seçimlik nitelikli unsurlar olarak kabul edilmiştir. Bunlardan birinin mağdurun şahsında bulunması halinde suçun cezasında bir artırıma gidilecektir.

Çocuk, Türk Ceza Kanunu'nun 6'ncı maddesinde açıkça tanımlanmıştır. Buna göre çocuk, henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi olarak anlaşılmalıdır (madde 6/1-b). Bu nitelikli halin uygulanması için mağdurun fiilin işlendiği esnada on sekiz yaşın altında bulunması yeterlidir. Bu çerçevede çocuğun beş yaşında olması ile on yedi yaşında olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Bu şekilde bir nitelikli hale yer verilmesinin nedenlerinin çocuğun işlenen fiilden daha çok etkilenebilecek ve bu türden bir fiile karşı daha savunmasız durumda olması dikkate alındığında hiçbir ayırım yapılmaksızın bütün çocukların bu kapsama dahil edilmesi, beş yaşındaki çocukla on yedi yaşındaki çocuğun aynı kabul edilmesi doktrinde eleştirilmiş ve suçun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesinin nitelikli olarak düzenlenmesinin yeterli olabileceği, dolayısıyla çocuğa karşı işlenmesi şeklinde bir nitelikli hal düzenlemesine ayrıca yer verilmesine gerek bulunmadığı ifade edilmiştir²¹¹. Kanaatimize göre belirli yaşın altındaki çocukların da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişi olarak kabulü mümkün olduğundan ve yine on beş yaş ve üzeri çocuklar açısından bu suçun nitelikli hal olarak düzenlenmesinin makul bir gerekçesi bulunmadığından bu düzenlemede yer alan "çocuğa" ifadesinin çıkartılması daha uygun olacaktır.

Mağdurun çocuk olup olmadığına bakılmaksızın beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olması halinde de suçun cezasında artırıma gidilecektir. İster beden isterse ruhsal sebeplerle kendini savunamayacak durumda olan kişinin bu durumundan yararlanılarak hürriyetinden yoksun kılınması durumunda bu nitelikli uygulanacaktır. Bu durum, ağır hastalık hali, akıl zayıflığı, ruh hastalığı gibi nedenlerden kaynaklanabileceği gibi yaşından dolayı da ortaya çıkabilir²¹². Bununla birlikte mağdurun kendi sebep olduğu durum dolayısıyla kendini savunamayacak hale gelmesi, bu nitelikli halin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir. Dolayısıyla mağdurun bizzat kendi isteğiyle alkol alıp sarhoş olarak kendini savunamayacak duruma gelmesi halinde de bu nitelikli hal uygulanabilecektir²¹³.

²¹¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 519; KESKİN KIZIROĞLU, s. 91.

²¹² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 518; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3751.

²¹³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 518; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3751.

8. Suçun Cinsel Amaçla İşlenmesi (TCK md. 109/5)

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi, cezayı artıran bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu nitelikli hal kapsamında mağduru hürriyetinden yoksun kılan failde suçu işlerken cinsel amacın bulunduğuna yönelik bir tespit yapılacak olursa failin cezasında bu nitelikli hal çerçevesinde bir artırım yapılacaktır. Yine bu nitelikli hal için failin bu amaca ulaşmış olması şart değildir²¹⁴.

Bu nitelikli halin uygulanması açısından mahkeme kararlarında önemli bir soruna işaret etmekte yarar görüyoruz. Bu sorun, esasen gerek doktrinde gerekse mahkeme kararlarında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin rıza yeteneği konusunda bir değerlendirme yapılırken cinsel suçların ölçüt alınması noktasında ortaya çıkmaktadır²¹⁵. Zira kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunda rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak değil de tipikliğe engel bir neden olarak görülmesi, rıza yeteneği başta olmak üzere birçok konuda farklı sonuçları beraberinde getirebilir. Bu çerçevede hukuka uygunluk nedeni olan rızada kişinin ayırt etme gücünün varlığı aranırken tipikliğe engel olan rızada doğal irade yeteneği yeterli olduğundan çok küçük yaştaki çocukların dahi bir yerde bulunma ya da bir yere gitme konusunda gösterdikleri rıza açıklaması geçerli kabul edilecektir²¹⁶.

İşte bu fark, Türk hukukunda gözden kaçırılmakta ve bu minvalde hatalı mahkeme kararları verilmektedir. Nitekim Yargıtay kararlarında çocukların cinsel istismarı suçu üzerinden bir yorum yapılarak, hem de kıyasa varacak şekilde geniş yorum yapılarak²¹⁷ on beş yaşından küçük çocukların başkasının yanında kalma konusunda rızaları geçersiz sayılmış, böylelikle bu çocukları rızaları olsa bile yanında bulunduran kişilerin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemiş olacakları ifade edilmiştir. Halbuki Yargıtay kararlarındaki kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kapsamındaki rızanın çocukların cinsel istismar suçu üzerinden belirlenmesi şeklindeki değerlendirmeler²¹⁸

²¹⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 521; KESKİN KIZIROĞLU, s. 92.

²¹⁵ Bu konuda açıklama için bakınız DEMİREL, s. 289-313.

²¹⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 451, 453.

²¹⁷ Yargıtay'ın bu şekildeki uygulamasına yönelik eleştiriler için bakınız ÖZGENÇ, s. 372, dipnot 536; EKİCİ ŞAHİN, s. 136. Benzer durum, TCK md. 243/1 hükmünde yer alan çocuklar açısından "on altı yaş" sınırının bu suç tipi bakımından uygulanması noktasında da geçerlidir. Yargıtay'ın ilgili kararları ve bu kararlarla ilgili açıklamalar için bakınız ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 425.

²¹⁸ Bakınız YCGK, E. 2007/5-253, K. 2008/52 T. 11.03.2008.

yerinde değildir²¹⁹. Esasen Yargıtay, bu şekildeki değerlendirme ve tespitlerini çocuğun evlenme amacıyla bulundurulduğunun anlaşıldığı hallerde cinsel amacın varlığından bahisle yapmakta ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçlı olarak işlenmesi şeklindeki suçun bu nitelikli halini uygulama yoluna gitmektedir. Yani çocuğun, bir yerde bulunurken hangi amaçla orada bulunduğunu dikkate alarak rızanın geçerli olup olmadığını değerlendirmektedir²²⁰.

Halbuki bir suç bakımından amaç, ancak suç tanımında belirli bir amaç veya saikin arandığı hallerde gerekli görülebilir. Bunun dışında suçun oluşması için bu amacın varlığı gerekli görülmecektir. Şu hâlde suçun temel şeklinde olmayan ve fakat nitelikli halinde yer verilen bir amaç, suçun temel şeklinin oluşması için gerekli görülemez. Zira bu durumlarda amaç, suçun temel şekli için gerçekleşmesi gereken bir unsur olmayıp suçun nitelikli hali için gerekli kılınan bir unsurdur. Dolayısıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel şekli karşısında (TCK md. 109/1) cinsel amacın bulunması halinde cezanın artırılmasını öngören nitelikli hal (TCK md. 109/5) kapsamındaki cinsel amaç, suçun temel şeklinin oluştuğu tespiti yapıldıktan sonra sadece nitelikli hal bakımından gerekli görülebilir. Bu anlamda suçun temel şeklinin oluşup oluşmadığı yönündeki tespit, suçun nitelikli halinde yer alan amacın varlığına göre belirlenemez. Suçun nitelikli halinde yer alan amaç var olsa bile suçun temel şekli gerçekleşmediği sürece nitelikli halin işlendiğinden bahisle failin cezalandırılması yoluna gidilemez²²¹.

E. Kusurluluk ve Cezalandırılabilirliğin Diğer Şartları

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, bir tehlikeden korunmak amacıyla işlenmiş olabilir ki bu durumda pekâlâ zorunluluk hali gündeme

²¹⁹ Aynı yönde görüş için bakınız ÖZGENÇ, s. s. 372, dipnot 536; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1201, 1202; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 452, 453; KESKİN KİZİROĞLU, s. 83, 84; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3737.

²²⁰ Benzer görüş, ÖZGENÇ ve YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ tarafından da ileri sürülmektedir. Yazarlara göre amacın meşru olması durumunda 13 yaşında bir çocuk da rıza gösterebilir. Yani değerlendirmenin temel ölçütü, tamamen amaçtır. Bakınız Özgenç, s. 372, dipnot 536; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3737.

²²¹ YILDIZ'a göre de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda failde buna ilişkin bir amaç ya da saikin aranmasına kanunda yer verilmediğinden uygulamada böyle bir unsurun aranması mümkün değildir (YILDIZ, s. 240). Buna karşılık ÖZGENÇ, cinsel amacın bulunması durumunda kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu bakımından çocuğun rızasının hiçbir şekilde muteber kabul edilmemesine, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun cinsel amaçlı olarak işlenmesi şeklindeki suçun nitelikli halini de (TCK md. 109/5) gerekçe olarak sunmuştur (ÖZGENÇ, s. 374, dipnot 536).

gelebilir. Dolayısıyla kusuru kaldıran bir neden olarak zorunluluk hali açısından bir değerlendirme yapılabilir²²².

Bu suç açısından Türk Ceza Kanunu'nun 110'uncu maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükmü değerlendirilmelidir²²³. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun hemen devamında yer alan bu hüküm, “*Yukarıdaki maddede tanımlanan suçu işleyen kişi, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.*” şeklindedir. Burada etkin pişmanlık, cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep olarak düzenlenmiş olup haksızlık ve kusurluluk dışında cezalandırılabilirliğin bir şartı olarak gündeme gelebilir²²⁴. Bu düzenleme gereğince failin etkin pişmanlıktan yararlanıp cezasında indirim yapılabilmesinin koşulları şu şekilde ortaya konulabilir:

i. Bu hüküm gereğince failin, mağduru kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakmış olması gerekir. Burada fail üzerinde herhangi bir dışsal anlamda zorlama bulunmamalıdır. Nitekim madde gerekçesinde de bu husus, “*Bunun, kendiliğinden olması, yani herhangi bir zorlama olmadan gerçekleşmesi gerekir.*” şeklindeki ifadelerle açıkça belirtilmiştir. Ancak tabi ki gönüllü vazgeçmede olduğu gibi tam anlamıyla gönüllülüğün varlığı da aranmaz²²⁵. Buna rağmen yakalanma endişesiyle mağduru serbest bırakan failin bu koşulu gerçekleştirdiği kabul edilmemektedir²²⁶.

ii. Etkin pişmanlıktan söz edilebilmesi için mutlaka suçun tamamlanmış olması gerekir²²⁷. Nitekim düzenlemede yer alan, “*...tanımlanan suçu*

²²² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 524.

²²³ Bu suç kapsamında etkin pişmanlık düzenlemesi hakkında detaylı bilgi için bakınız İÇER, s. 773-792.

²²⁴ ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1203; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 460; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 435.

²²⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 527.

²²⁶ “5237 s. TCK'nın 110. Maddesi uyarınca, cezada indirim uygulanabilmesi için mağdurun, zorlama olmaksızın, kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakılması gerekir. Zorla kaçırıp alıkoyma suçundan yargılanan sanıklar tarafından tutulduğu evde gizlice ailesi ile telefonla görüşüp yerini bildiren mağdurenin kolluk kuvvetleri tarafından bulunması nedeniyle 5237 s. TCK'nın 110. Maddesinin uygulanma olanağı bulunmadığı sonucuna varılır.” Y. 5. CD., 13.11.2006, 2006/10552-2006/8856- ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 435, 436, dipnot 169. Doktrinde soruşturma makamlarının baskısı nedeniyle kişinin mağduru serbest bırakmış olması halinde de etkin pişmanlığın kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Bakınız İÇER, s. 777.

²²⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 527; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 460.

işleyen...” şeklindeki ifade bunu açıkça göstermektedir. Madde gerekçesinde de etkin pişmanlık için suç tamamlandıktan sonra mağdurun güvenli bir yerde serbest bırakılması gerektiği belirtilmiştir. Bu suçun tamamlanması, icra hareketlerinin sona ermesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bir kimsenin bir yere kapatıldığı anda icra hareketleri sona ereceğinden suç da tamamlanacaktır. Bu andan sonra kişinin serbest bırakılması, etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilecektir²²⁸. Burada dikkat edilmesi gereken husus, failin kendiliğinden, kendi isteğiyle mağduru serbest bırakmasının icra hareketleri tamamlanmadan önce mi yoksa tamamlandıktan sonra mı gerçekleştiğidir. Şayet bu serbest bırakma, henüz icra hareketleri tamamlanmadan önce gerçekleşmiş ise bu defa etkin pişmanlıktan değil, diğer şartları da varsa gönüllü vazgeçmeden söz edilebilecektir²²⁹.

iii. Etkin pişmanlıktan yararlanabilmenin bir diğer koşulu, mağdurun soruşturma başlamadan serbest bırakılmış olmasıdır. Soruşturma makamlarının işe el koymasından sonra serbest bırakma hâlinde etkin pişmanlık hükmünden yararlanılamayacaktır. Ceza Muhakemesi Kanunu madde 2/1-e hükmüne göre soruşturma yetkili merciler tarafından suç şüphesinin öğrenilmesinden itibaren başlayacağından kolluk makamlarının işlemekte olan suçtan haberdar edildikleri andan itibaren failin mağduru serbest bırakmış olması etkin pişmanlık açısından bir anlam ifade etmemektedir²³⁰. Buna rağmen uygulamada soruşturmanın başladığı an olarak Cumhuriyet savcısının suç şüphesini öğrenmesinin esas alındığı ve suç şüphesi henüz Cumhuriyet savcısına intikal ettirilmeden önceki aşamada bu madde kapsamında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceğinin kabul edilmediği hususuna dikkat çekilmiştir. Bu bakımdan yerel mahkemelerin bu hatalı uygulamalarının Yargıtay kararlarıyla düzeltilmesi yoluna gidilmiştir²³¹.

²²⁸ Doktrinde “*etkin pişmanlık için suç tamamlandıktan sonra mağdurun güvenli bir yere serbest bırakılması*” şeklindeki ifadenin yanlış olduğu, kesintisiz suç olan bu suçun failin iradesi dışında kesintiye uğradığında tamamlanmış olduğu belirtilmiştir (HAFIZOĞLULLARI/ÖZEN, s. 193). Halbuki bu suç bakımından mağdurun özgürlüğünden yoksun kaldığı anda tamamlanma gerçekleşmekte, mağdurun özgürlüğüne kavuştuğu anda da suç sona ermiş olmaktadır. Dolayısıyla bu eleştirinin yerinde olduğundan söz edilemez.

²²⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 460; KESKİN KİZİROĞLU, s. 93; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 439; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 435; İÇER, s. 776.

²³⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 529; KESKİN KİZİROĞLU, s. 95; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 439; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 435; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1204; İÇER, s. 779.

²³¹ “*Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen 17.10.2006 gün ve 165-213 sayılı Kararında da vurgulandığı üzere, soruşturma evresinin, suç şüphesinin Cumhuriyet*

iv. Mağdurun şahsına herhangi bir zarar verilmemiş olması gerekir. Bu çerçevede açıkça mağdurun şahsından söz edildiğinden mağdurun hayatı, vücut bütünlüğü, cinsel dokunulmazlığı ve malvarlığı haklarına yönelik olarak gerçekleştirilen kasıtlı ya da taksirli saldırılar sonucunda mağdurun zarar görmesi halinde failin etkin pişmanlıktan yararlanmasından bahsedilemeyecektir²³². Doktrinde bir görüş tarafından ve Yargıtay kararlarında Kanuni düzenlemede “mağdura” değil de “mağdurun şahsına” ifadesine yer verildiğinden mağdurun bedenine dokunularak gerçekleştirilen ihlallerin bu kapsamda olduğuna dikkat çekilmiş²³³, böylelikle malvarlığına yönelik ihlaller bu çerçevede sayılmamıştır. Bu zararın sınırlarının ne olacağı konusunda farklı yönde kararlar veren²³⁴ Yargıtay, genel anlamda failin lehine olacak şekilde oldukça dar bir yorum yapmış ve zararın mutlaka belli bir ağırlığa ulaşmasını gerekli görmüştür. Nitekim Yargıtay, suçun işlenmesi esnasında cebir kullanılmış olmasına rağmen neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamanın gerçekleşmemiş olması kaydıyla etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmiştir²³⁵.

v. Son olarak serbest bırakılan mağdurun bırakıldığı yerin güvenli bir yer olması gerekir. Bu husus, hem madde metninde hem de gerekçede açıkça belirtilmiştir. Buna göre serbest bırakılan mağdurun fiziksel ve manevi anlamda zarar görmeyeceği, yeni tehlikelere maruz kalmayacağı bir yere

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 uygulama koşullarının oluştuğu gözetilmeden yazılı şekilde aynı Kanununun 109/2, 109/3-b, 109/5. maddeleri gereğince hükümler kurulması suretiyle sanıklar haklarında fazla ceza tayini...” Y. 14. CD., 10.01.2017, 2014/6739, 2017/70 – İÇER, s. 777, dipnot 13.

²³² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 528; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 439. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 12.12.2006 tarihli 2006/11067-2006/10223 sayılı kararıyla sanığın mağdurlara karşı basit cinsel istismar suçunu işlediğinin kabulüyle buna göre uygulama yapıldığı gözetilmeden sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan tayin edilen cezadan TCK'nın 110. Maddesiyle indirim yapılmasını hukuka aykırı bulmuştur. Karar için bakınız ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 435.

²³³ KESKİN KIZIROĞLU, s. 94; İÇER, s. 783, 784. KOCA/ÜZÜLMEZ, yalnızca mağdurun vücut dokunulmazlığının her türlü ihlalinden söz etmiştir. Diğer bir ifadeyle yazarların örneğin malvarlığına ilişkin zararları bu kapsamda görüp görmedikleri konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bakınız ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1204; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 461. Bu konuda Yargıtay kararı için bakınız İÇER, s. 784.

²³⁴ Bu konudaki detaylı değerlendirmeler için bakınız İÇER, s. 785, 786.

²³⁵ YCGK, 08.12.2015, 14-645/498 (TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 528).

bırakılmış olması şarttır²³⁶. Aksi takdirde mağdur serbest bırakılmış olsa bile fail hakkında etkin pişmanlık hükmü uygulanmayacak ve fail bu suç nedeniyle cezalandırılacaktır. Bunun her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir²³⁷.

F. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun neticesinin kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması, hareket özgürlüğünün ortadan kaldırılması olduğu daha evvel belirtilmişti. Teşebbüs, icra hareketlerinin yarıda kalması ya da icra hareketleri tamamlanmış olmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi halinde söz konusu olur²³⁸. Daha önce de işaret edildiği üzere bu suç, hürriyetten yoksun kalmanın tamamen gerçekleştiği an, söz gelimi kapının mağdurun üzerine kilitlendiği esnada tamamlanmaktadır. Bu açıdan mağdurun üzerine kapı kilitlenmeden mağdur odadan kaçarsa ya da çeşitli nedenlerle fail kapıyı kapatıp kilitlemez ve olay yerini terk ederse suç tamamlanmış olmaz²³⁹. Dolayısıyla bu yoksun bırakma henüz gerçekleşmeden bunu sağlamak üzere gerçekleştirilen davranışların sürdürülmemesi, terk edilmesi halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüs söz konusu olabilir. Bununla birlikte uyuduğu esnada bir odaya kilitlenen kişi henüz uyanmadan kapısının açılması halinde de teşebbüsten bahsedileceği ifade edilmektedir²⁴⁰.

²³⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 529; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1204; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 461; İÇER, s. 781.

²³⁷ ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1204; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 461.

²³⁸ ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1205; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 461; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 440; SOYASLAN, s. 264. Alman düzenlemesinde 6. Ceza reformuyla yapılan değişiklikle birlikte Alman hukukunda da bu suça teşebbüs cezalandırılabilir hale gelmiştir (WIECK/NOODT, kn. 54; SCHLUCKEBIER, (2010), Vor § 239; KARGL, s. 73).

²³⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 461; YENERER ÇAKMUT, s. 599; KAFES, s. 265. “*Oluş, müdahil ve tanık S.O.’nun aşamalarda değişmeyen istikrarlı beyanları ve tüm dosya içeriğinden, sanıkların, sanık C.K.’nin akrabası F. İle bir müddet arkadaşlık ettikten sonra ayrılması nedeniyle aralarında husumet bulunan müdahili tanık S.’nin yanından zorla araca bindirerek önce Göksu Irmağı kenarına götürmelerinin ardından sanık C’e ait imalathaneye götürmek isterlerken müdahilin kaçması şeklinde gerçekleşen eylemlerinde üzerlerine atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurları olduğu halde mahkumiyetleri yerine yazılı gerekçelerle beraatlerine karar verilmesi...*” Y. 8. CD., 10.11.2009, 10259/13988 – PARLAR/HATİOPĞLU, s. 1820.

²⁴⁰ GÜLŞEN, s. 129, 130; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1205. Buna rağmen YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, böyle bir durumda ortada herhangi bir suçun bu-

Bu bakımdan odaya kilitlenmek veya arabaya bindirilmek üzere zorla götürülen mağdurun, failin elinden kaçması ve uzaklaşması halinde henüz suç tamamlanmadığından bu suça teşebbüsten cezalandırma yoluna gidilir. Yine failin kapıyı kilitleyerek suçun icra hareketlerini tamamlamış olmasına rağmen mağdurun kilitlendiği odanın penceresinin açık olması nedeniyle pencereden kaçması halinde suçun neticesi gerçekleşmeyecek, yine suça teşebbüsten bahsedilebilecektir. Bununla birlikte icra hareketleri henüz tamamlanmadan olay, mağdurun kendisinin kaçması şeklinde değil de failin mağduru kendi isteğiyle o anda bırakması şeklinde tezahür edecek olursa bu defa gönüllü vazgeçmeden söz edilebilecek ve teşebbüsten cezalandırma yoluna gidilmeyecektir²⁴¹. Bu açıdan teşebbüsle gönüllü vazgeçme arasındaki ince çizgi iyi bir şekilde belirlenmelidir.

Bu çerçevede son olarak bu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış haline teşebbüsün de mümkün olduğu ifade edilmelidir. Ancak ağır neticeye yönelik teşebbüsten bahsedilebilmesi için failin ağır neticeye yönelik olarak en azından olası kastının bulunması gerekir²⁴².

2. İştirak

Bu suç bakımından iştirakte herhangi bir özellik arz eden durum yoktur. Bu suçun işlenmesine her türlü şekilde iştirak mümkündür²⁴³. Birden fazla kişinin suçun işlenmesinde hâkim durumda olması halinde müşterek faillikten söz edilecektir²⁴⁴. Nitekim suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinin suçun nitelikli hali olduğu, bundan suçun işlenişine müşterek fail olarak iştirak edilmesinin anlaşılması gerektiği, azmettiren ve yardım eden olarak iştirak durumunda bu nitelikli halin uygulanmasının mümkün olmadığı daha evvel belirtilmişti. Dolayısıyla suçun işlenişine azmettirme ve yardım etme şeklinde iştirak de mümkün olduğundan bu nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda karar verilebilmesi için suçun işlenişine katılan kişinin müşterek fail mi yoksa yardım eden mi olduğunun doğru bir şekilde tespit edilmesi gerekir. Ne yazık ki bilhassa Kanunun kabul edildiği ilk

lunmadığını belirtmişlerdir. Bakınız YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3726.

²⁴¹ GÜLŞEN, s. 130; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 530; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3758.

²⁴² WIECK/NOODT, kn. 55.

²⁴³ ÖNDER, s. 28; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1205; YENERER ÇAKMUT, s. 600; ARTUK/GÖKCAN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 440; ÖZBEK/DOĞAN/BAÇAKSIZ/TEPE, s. 436; KESKİN KIZIROĞLU, s. 98.

²⁴⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 462.

dönemlerde yerel mahkeme kararlarında bu konuda hatalı kararlar verilmiş, bu kararlar Yargıtay tarafından bozulmuştur²⁴⁵.

Suç tanımındaki hareketlerin bizzat icra edilmesi şart olmayıp genel kurallara göre dolaylı faillik şeklinde de işlenmesi mümkündür²⁴⁶. Fail, yalan tanıklık suretiyle suçu olmayan bir kimsenin tutuklanmasına neden olursa bu durumda dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gündeme gelecektir²⁴⁷. Yine sahte raporla mağdurun akıl hastanesinde tutulmasına neden olunması halinde raporu bu işte kullanan ve sağlık mesleği mensuplarını hataya düşüren kişi de dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilecektir²⁴⁸.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kesintisiz bir suç olduğundan bunun bir sonucu olarak suç tamamlandıktan sonra da sona erene kadar iştirak mümkündür. Yani mağdurun özgürlüğüne kavuştuğu ana kadar işlenmekte olan bu suça iştirak söz konusu olabilir²⁴⁹. Bununla birlikte suçun işlenmesi konusunda başkasında karar verdirme olarak nitelendirilen azmettirme, fail zaten suçu işlemeye başlamış olduğundan, yani suçu işlemeye karar vermiş olduğundan suç tamamlandıktan sona erene kadarki zamanda bu suça azmettirme imkânı bulunmamaktadır. Şu hâlde mağdurun özgürlüğünü kaybettiği andan özgürlüğüne kavuştuğu ana kadar işlenmekte olan bu suça

²⁴⁵ “Hürriyetinden yoksun kılınan mağdureyi evine almaktan ibaret sanık Şevki'nin eyleminin 5237 sayılı Yasanın 39. maddesine uyan yardım etme niteliğinde olduğu gözetilmeden asıl fail gibi sorumlu tutulması suretiyle fazla ceza tayini...” Y. 5. CD., 28.05.2007, 3453/4063. Karar için bakınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 463, dipnot 325. “Mağdurenin zorla kaçırıldıktan sonra götürüldüğü ilk evde bulunan ve onun sanık T ile evlendirilmesi için gerekli işlemlerin yapılmasına iştirak eden sanık S'nin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna yardım etmekte mahkumiyeti gerekirken yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi...” Y. 5. CD., 02.11.2009, 9765/12156 –PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1821.

²⁴⁶ RENGIER, § 22 kn. 7; SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 37; KINDHÄUSER, § 15 kn. 15; EIDAM, (2013), § 239 kn. 20; FISCHER, § 239 kn. 11; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 10; WIECK-NOODT, § 239 kn. 9, 52; SONNEN, § 239 kn. 24; SCHLUCKEBIER, (2014), § 239 kn. 10; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 9 kn. 10; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 7; CİHAN, s. 56; ÖNDER, s. 28; GÜLŞEN, s. 140; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1206; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 462; KAFES, s. 277, 278.

²⁴⁷ BGH 10.6.1952 – 1 StR 837/51, BGHSt 3, 4 (WIECK/NOODT, kn. 53); BGHSt 42, 275, 278 (DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 10); SCHLUCKEBIER, (2010), § 239 kn. 37; FISCHER, § 239 kn. 11; EISELE, (2015), kn. 431; EIDAM, (2013), § 239 kn. 20; KINDHÄUSER, § 15 kn. 15; SONNEN, § 239 kn. 24; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 7; EISELE, (2019), § 239 kn. 10; RENGIER, § 22 kn. 7; ÖNDER, s. 28; GÜLŞEN, s. 140; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 462, 463; KAFES, s. 277.

²⁴⁸ CİHAN, s. 56.

²⁴⁹ GÜLŞEN, s. 139.

iştirak azmettirme haricinde mümkündür²⁵⁰. Bununla birlikte elbette suçun temel şeklini işlemekte olan faile, fiilin icra hareketlerini gerçekleştirdiği esnada suçun nitelikli halini işlemesi yönünde karar verdiren kişi, bu suçun nitelikli halinden sorumlu tutulur²⁵¹.

Bu noktada kişilerin suça iştirak etmiş olmalarından bahsedilebilmesi için mutlaka suçun işlenişine katılma yönünde kastları da kesin bir şekilde tespit edilmiş olmalıdır²⁵².

3. İçtima

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kapsamında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması pekâlâ mümkün olabilir. Elbette bu noktada suçun kesintisiz bir suç olduğuna dikkat edilmelidir. Buna göre hürriyetinden yoksun kalan mağdurun, bir şekilde özgürlüğüne kavuşmasının ardından aynı fail tarafından yeniden özgürlüğünden yoksun bırakılması halinde bu suç bir kez daha kesintisiz bir şekilde işlenmeye başlanmış olacak²⁵³, bununla birlikte bir suç işleme kararının icrası kapsamında olması kaydıyla zincirleme suç hükümleri gereğince tek suçtan ceza verilecek ve fakat cezada belli bir oranda artırım yapılması gerekecektir²⁵⁴. Tabi ki burada suçu işledikten sonra yeniden

²⁵⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 533; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1205, 1206; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 436.

²⁵¹ ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1206.

²⁵² “Dosya kapsamından anlaşılan aile düzenindeki konumu ile sorumluluğu nazara alındığında evinde tam olarak söz sahibi ve otoritesi bulunduğu kabul edilemeyen, bu konuda eşine karşı çıkması söz konusu olmayan sanık N’un; Ö., Y ve S’un iştirak halinde kaçırıkları mağdureyi Y’un evine getirmeleri sırasında Y.’un eşi olarak evde bulunmaktan ibaret eyleminde, diğer sanıkların mağdureyi hürriyetinden yoksun kılmasına suç kastıyla bilinçli olarak katıldığına ilişkin dosyada yeterli kanıt bulunmadığı gözetilerek atılı suçtan beraatine karar verilmesi yerine yazılı gerekçelerle mahkumiyet hükmü kurulması...” Y. 5. CD., 14.09.2009, 7658/1034 – PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1823.

²⁵³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 189; KAFES, s. 292.

²⁵⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 531; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1207; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 464; YENERER ÇAKMUT, s. 599; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 441; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 437. “Mahkemenin oluşu uygun kabule göre; sanığın 2010 yılı Nisan ve Mayıs aylarında kendisine ait dokuzuncu kat-taki apartman dairesine rızasıyla gelen mağdurenin gitmek istemesi üzerine kapıyı kilitleyip anahtarı saklayarak rızası dışında orada kalmaya mecbur ettiği, 21.08.2010 tarihinde ise benzer şekilde kapıyı kilitlemekle evden ayrılmak isteyen mağdureye tokat attığı ve yaşanan itiş kakış sırasında mağdurenin de sanığın kolunu tırnağıyla çizdiği dosya kapsamından anlaşıldığından bu eylemlerin zincirleme tek suç oluşturduğu gözetilerek hakkında TCK.nın 109/2. Maddesi gereğince belirlenen temel ceza üzerinden TCK.nın 43/1. Maddesinin uygulanması suretiyle ceza tayini gerekirken sanığın vaki eylemleri üç ayrı suç kabul edilip aynı kanununun 109/1.-2 maddesine göre iki kez ve 109/2. Maddesine göre bir kez mahku-

işleyen failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlediğinin ispatı kolay değildir. Öyle ki failin daha ilk suçu işlerken bu suçu sonrasında yine işleyeceği konusunda bir karar vermiş olduğu ortaya konmalıdır.

Failin, aynı anda birden fazla kişiyi hürriyetinden yoksun bırakması durumunda aynı neviden fikri içtima kuralı gereğince tek suçtan cezada belirli bir oranda artırım yapılarak (TCK md. 43/2) hüküm tesis edilebilir. Burada önemli olan failin suçu birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlemesidir. Şayet kapısını kilitlediği evde birden fazla kişi varsa ve fail de bunu biliyorsa bu durumda suç tek fiille birden fazla kişiye karşı işlenmiş sayılır²⁵⁵, aynı neviden fikri içtima kuralı gereğince tek bir suçtan dolayı ceza verilir ve fakat cezada belli bir oranda artırım yapılır. Buna rağmen Yargıtay, buna benzer bir olayda *hatalı bir şekilde* aynı neviden fikri içtima kuralının uygulanamayacağı sonucuna ulaşmıştır²⁵⁶.

Tehdit veya cebir kullanılarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi durumunda tehdit (TCK md. 106) ve cebir (TCK md. 108) de kanunda bağımsız suçlar olarak düzenlendiğinden nasıl bir sonuca ulaşılması gerektiği değerlendirilmesi gereken bir sorundur. Alman doktrininde bazı görüşler tarafından kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, tehdit suçunun özel bir şekli olarak görülmektedir²⁵⁷. Alman doktrininde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, her ne kadar başka bir suçun işlenmesinde bir unsur ya da araç olarak kullanılmış olsa da süresi ve yoğunluğu itibarıyla gerekli ölçütün üzerine çıkarsa fiil teklifinden söz edilmektedir²⁵⁸. Nitekim mağdurun hürriyetinden yoksun kaldığı süreçte mağdura karşı ek tehdit içerikli

miyet hükmü kurulması suretiyle fazla cezaya hükmolunması..." Y. 14. CD., 13.07.2012, 2012/9069-2012/8074 - YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3761, dipnot 1858.

²⁵⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 530; ÜZÜLMEZ, *Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*, s. 1208; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 464; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 441; YENERER ÇAKMUT, s. 599.

²⁵⁶ "Sanıkların, hasta olan tutukluyu revire götürmek üzere gelen infaz koruma memurları olan mağdurlara ellerindeki kesici aletleri tevcih ederek koğuşa girmelerini söyledikleri, mağdurların bu tehdit altında koğuşa girdikleri ve cezaevi görevlileri gelinceye kadar mağdurları serbest bırakmaları biçiminde gerçekleşen eylemlerinde TCK'nın 43. Maddesi uygulanamaması bulamaz. Çoğunluk görüşüne katılmayan üyeler, mağdur sayısı birden fazla olmasına karşın fiil tek olduğundan TCK'nın 43/2. Maddesindeki zincirleme suç hükmünün uygulanması gerektiği görüşündedir." Y. 8. CD., 09.11.2009, 2007/6080, 2009/13933 - KESKİN KIZIROĞLU, s. 95, dipnot 54; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 3683.

²⁵⁷ HOFFMANN-HOLLAND, kn. 293; WIECK/NOODT, kn. 60.

²⁵⁸ HOFFMANN-HOLLAND, kn. 294; WIECK/NOODT, kn. 59; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 20.

davranışlar gerçekleştirilirse bu defa da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile tehdit suçu arasında farklı neviden fikri içtima kuralları uygulanacaktır²⁵⁹. Buna rağmen hürriyetten yoksun kılma, süresi ve yoğunluğu itibarıyla gerekli ölçütün üzerine çıkmamış, yalnızca ilgili suçun işlenmesi süresince söz konusu olmuşsa yalnızca ilgili suçtan cezalandırma yoluna gidilecektir²⁶⁰. Keza kişiye karşı tehdit suçunun işlenmesi amacıyla kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması söz konusu ise bu durumda da tehdit suçu ön plana çıkacaktır²⁶¹. Fakat tehdit, yalnızca kişinin hürriyetinden yoksun kalmasına hizmet ediyorsa bu durumda görünüşte içtima kuralları karşısında tehdit suçu kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu karşısında geri planda kalır²⁶².

Tüm bunlara karşılık Türk hukukunda sorunun çözümü, açık kanuni düzenlemeler nedeniyle daha basittir. Nitekim bu suçlar, daha evvel de detaylı şekilde incelendiği gibi fiili işlemek için veya işlediği sırada kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali olarak düzenlendiğinden (TCK md. 109/2) bileşik suç hükmü gereğince (TCK md. 42) artık bu suçlardan ayrıca ceza verilmeyecek, yalnızca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun “fiili işlemek için veya işlediği sırada failin cebir, tehdit veya hile kullanılması (TCK md. 109/2)” şeklindeki nitelikli halden dolayı cezalandırma gündeme gelecektir²⁶³.

Bununla birlikte kanunda açıkça “*Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*” hükmüne yer verilmek suretiyle (TCK md. 109/6) kullanılan cebirin gereken sınırı aşması ve kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesine neden olması durumunda gerçek içtima kuralı gereğince kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun “fiili işlemek için veya işlediği sırada failin cebir, tehdit veya hile kullanılması (TCK md. 109/2)” şeklindeki nitelikli halin yanı sıra ayrıca neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan (TCK md. 87) da ceza verilecektir²⁶⁴. Şayet bu cebir, kasten

²⁵⁹ EISELE, (2015), kn. 449.

²⁶⁰ PARK/SCHWARZ, s. 298.

²⁶¹ HOFFMANN-HOLLAND, kn. 293; SONNEN, § 239 kn. 18, 31.

²⁶² EISELE, (2015), kn. 449; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 464.

²⁶³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 437; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1207, 1208; KESKİN KIZIROĞLU, s. 96; YENERER ÇAKMUT, s. 599; KAFES, s. 287.

²⁶⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 531; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu,

yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesine neden olmayıp kasten yaralama suçu yahut da nitelikli halleri kapsamında kalırsa bu defa gerçek içtima gündeme gelmeyecek, yalnızca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun “fiili işlemek için veya işlediği sırada failin cebir, tehdit veya hile kullanılması (TCK md. 109/2)” şeklindeki nitelikli halinden dolayı sorumluluk söz konusu olacaktır²⁶⁵.

Bu noktada kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun beraberinde işlenen suçla arasındaki ilişki ve işlev de dikkate alınmalıdır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kesintisiz bir suç olduğundan bu suç işlenirken işlenen başka suçlarla bu suç arasında hareket tekliginden söz edilebilir ve farklı neviden fikri içtimadan bahsedilebilir²⁶⁶. Bu durum bazen zorunlu olarak, bazı suçların işlenmesi için mağduru hürriyetinden yoksun bırakılması gerekli olduğu için bu şekilde tezahür edebilir. Söz gelimi bir kimseye karşı cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya sair cisim sokulmak suretiyle işlenebilmesi için birçok durumda kişinin hürriyetinden de yoksun bırakılması şarttır. İşte bu noktada kesintisiz suç olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel saldırı suçunda olduğu gibi başka bir suçun işlenmesinde araç durumunda olması yahut da bu suç işlenirken mağdura küfür edilerek hakaret suçunun işlenmesinde olduğu gibi başka suçların da işlenmesi halinde nasıl bir çözüm yoluna ulaşılabileceği belirlenmelidir.

Bu sorunu, Alman Federal Yüksek Mahkemesi aynı anda işlenen suçlar arasında en azından “yaklaşık değer eşitliği” şeklindeki önemli bir sınırlamayı dikkate alarak²⁶⁷ farklı neviden fikri içtima kuralıyla aşmaktadır. Buna göre failin mağduru uzun süre hapsedmesi ve bu esnada mağdura küfredip mağduru dövmesi halinde farklı neviden fikri içtimadan söz edilecekken²⁶⁸ mağduru öldürmesi halinde öldürme suçuyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu

s. 1206; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 440; KESKİN KIZIROĞLU, s. 96; YENERER ÇAKMUT, s. 599; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 193; KAFES, s. 288.

²⁶⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 463. “Mağduru yaralanmasının alınan adli tıp raporuna göre basit tıbbi müdahale ile giderilir şekilde olduğu dikkate alındığında, sanık ...’e atılı yaralama suçunun hürriyeti tahdit suçunun unsuru olduğu ve bu suçun içinde eridiği gözetilmeden, sanık hakkında ayrıca yaralama suçundan mahkûmiyet hükmü kurulmuş olması...” Y. 6. CD., 18.12.2018, 2016/5179, K. 2018/8031 - ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 440, dipnot 79.

²⁶⁶ PARK/SCHWARZ, s. 298; KAFES, s. 292 vd.

²⁶⁷ BGH NStZ 2009, 692, 693 (HOFFMANN-HOLLAND, kn. 295).

²⁶⁸ HOFFMANN-HOLLAND, kn. 295.

arasında farklı neviden fikri içtima kuralı uygulanamayacaktır²⁶⁹. Türk hukukunda bunun çözümü en azından neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hallerinden birinin gerçekleşmesi durumunda bir nebze daha basittir. Zira yukarıda da işaret edildiği üzere TCK md. 109/6 hükmü gereğince cebrin gereken sınırı aşması ve kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesine neden olması durumunda gerçek içtima kuralı gereğince hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma hem de neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan sorumluluk söz konusu olacaktır.

Buna karşılık hürriyetten yoksun kılma ile cinsel saldırı ya da hakaret suçunun kesişmesi halinde ne olacağı, Türk Ceza Kanunu'nda da açıkça düzenlenmiş değildir. Burada “zamansal aşım” şeklinde bir kriter konularak soruna çözüm bulunabilir. Buna göre hürriyetten yoksunluk, cinsel saldırı suçunun işlenmesinden önce ya da sonra da varsa bu defa zaten kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenmeye devam etmektedir, bu sürecin belirli bir kısmında cinsel saldırı suçu da işlenmiştir. Her ne kadar cinsel saldırı suçunun işlendiği süreçte kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun icra hareketlerinin belirli bir kısmı kesişse de kesişmeyen kısım, cinsel saldırı suçundan bağımsız olarak cezalandırılmayı hak etmektedir ki burada Yargıtay'ın da kabul ettiği üzere²⁷⁰ gerçek içtima kuralı gereğince hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK md. 109) hem de cinsel saldırı suçundan (TCK md. 102) sorumluluk mevzu bahis olacaktır²⁷¹. Buna rağmen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, yalnızca başka bir suçun aracı durumunda olarak gerekli süreyi aşmaksızın işlenmişse suçun niteliğine göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, cinsel suç karşısında farklı neviden fikri içtima kuralı gereğince geri planda kalabilecektir²⁷². Nitekim cinsel saldırıda bulunmak amacıyla mağduru kısa süreli olarak tuvalete sokan ve cinsel saldırıda bulunan kişi bakımından hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçlı olarak işlenmesi şeklindeki nitelikli hali (TCK md. 109/5) hem de cinsel saldırı suçu (TCK md. 102/2) gündeme gelecek, ancak hürriyetten yoksun kılma yalnızca cinsel saldırı süresince söz konusu

²⁶⁹ HOFFMANN-HOLLAND, kn. 295.

²⁷⁰ Y. 5. CD., 20.05.2008, 11696/4617 (TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 532).

²⁷¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 532; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1207; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 465; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 438; YENERER ÇAKMUT, s. 599; KAFES, s. 296.

²⁷² DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, kn. 20; WIECK-NOODT, kn. 58; SONNEN, § 239 kn. 31; SCHLÜCKEBIER, (2014), § 239 kn. 16; KÜPPER/BÖRNER, § 3 kn. 14; ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, s. 1208; KAFES, s. 296.

ise farklı neviden fikri içtima kuralı gereğince sadece cinsel saldırı suçundan sorumluluk söz konusu olacaktır²⁷³.

G. Yaptırım

Suçun temel şekli bakımından bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası, suçun fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılması şeklindeki nitelikli halinin düzenlendiği ikinci fıkrasında ise iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Suçun üçüncü fıkrasında belirtilen nitelikli hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda birinci ya da ikinci fıkralara göre belirlenen cezalar bir kat artırılabilecektir. Yani bu nitelikli hallerden herhangi biri, suçun fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılması şeklinde tezahür etmişse üçüncü fıkra göre yapılacak artırım suçun temel şekli üzerinden değil, ikinci fıkra göre belirlenecek ceza üzerinden yapılacaktır.

Suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekli olan mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması hali gerçekleşirse suçun ilk üç fıkrasına göre belirlenecek cezaların yanı sıra fail hakkında ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmolunabilecektir. Hükmün beşinci fıkrasında bir nitelikli hal olarak öngörülen suçun cinsel amaçla işlenmesi durumunda ise yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılacaktır.

Tüm bunların yanında daha evvel de yer verildiği üzere suçu işleyen kişi, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadarı indirilecektir. Yani burada tam anlamıyla bir cezasızlık durumu söz konusu değildir.

Türk Ceza Kanunu'nun 111'nci maddesinde açıkça tehdit, şantaj, cebir veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının işlenmesi sonucunda yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı ifade edilmiştir. Şu hâlde bu tüzel kişiler bakımından Türk Ceza Kanunu'nun 60'ncü maddesinde öngörülen tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinden olan izin iptali ve/veya müsadere kararları verilebilecektir.

Son olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, şikâyete gerek olmayan, yani re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçtur. Ayrıca bu suç,

²⁷³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 532.

kesintisiz bir suç olduğundan davaya bakmakla yetkili mahkeme, kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesi (CMK md. 12/2) olacaktır. Yine zamanaşımı süresi, kesintinin gerçekleştiği günden itibaren başlayacaktır (TCK md. 66/6).

Sonuç

Mülga Kanunda yer alan tanımda bazı değişiklikler yapılarak mevcut düzenlemeyle birlikte suçun unsurları daha açık hale getirilmiş, belirlilik ilkesine daha uygun bir hüküm öngörülmüştür. Nitekim önceki kanun döneminde kişinin hürriyetinden mahrum bırakılmasından söz edilmekteyken mevcut halde kişinin hürriyetinden mahrum bırakılmasından ne anlaşılması gerektiği ortaya konmuştur. Mevcut kanuni düzenleme çerçevesinde bu suç tipiyle sadece aktüel hareket özgürlüğünün değil, potansiyel hareket özgürlüğünün de korunduğu ifade edilebilir. Zira gerek madde gerekçesinde yer alan “*Bu suç ile korunan hukuki değer, kişilerin kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyetidir.*” şeklindeki ifade gerekse suçun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesinin bir nitelikli hal olarak öngörülmesi dikkate alındığında Türk hukukunda potansiyel teorinin benimsenmesi makul görünmektedir.

Buna göre mağdurun kendisini özgürlüğünden yoksun kılan durumu bilip bilmemesinin ya da bu durum süresince fiilen bulunduğu yeri değiştirme iradesine sahip olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır. Her ne kadar bir yaştan altındaki çocuklar, suçun elverişli konusu ve dolayısıyla da mağduru olamayacaklarsa da sürünerek de olsa yer değiştirmeye yönelik basit iradelerini şekillendirip gerçekleştirebilme durumlarına bağlı olarak gelişimleri dikkate alınarak her bir somut olayın koşullarına göre çocukların da suçun konusu olabilecekleri belirtilebilecektir. Bu kapsamda alkol ya da uyuşturucu madde yahut da geçici neden etkisiyle bilincini kaybetmiş kişilerle uyuyakalmış kişiler de mağdur olarak nitelendirilebilecektir. Benzer durum hipnoz altındaki kişiler açısından da geçerli olacaktır.

Fail konumundaki kişinin garantör konumunda olması kaydıyla bu suçun ihmali hareketle de işlenebileceği kabul edilebilir. Türk Ceza Kanunu’nda ihmali hareketle işlenen suçlara ilişkin genel bir düzenlemenin bulunmuyor olması karşısında Türk hukukunda bu suçun ihmali hareketle işlenemeyeceği görüşü ileri sürülmekteyse de hürriyeti kısıtlanan kişinin kurtarılmasına dair yükümlülük bulunmak kaydıyla ihmali hareketle de bu suçun işlenebileceği ifade edilebilir. Aksi takdirde tutuklu bir kimsenin tahliyesine karar verilmiş olmasına rağmen kişiyi serbest bırakmayan memurun bu suç nedeniyle

sorumlu tutulamaması şeklinde bir risk ortaya çıkacaktır.

Bu suç için özgürlüğe yönelik sınırlandırmanın hukuken önem taşıması gerekir. Bu açıdan zamansal açıdan önemsiz, kısa süreli ihlaller tipiklik kapsamındaki koruma alanının dışında yer alacaktır. Elbette hareketin önemliliği için sadece süre değil, aynı zamanda özgürlüğü sınırlandıran etkenin yoğunluğu da önem arz etmektedir. Bunun takdiri, sınırlandıran etkenin yoğunluğunun değerlendirmesi mahkeme hakimine aittir. Bu suç kapsamında hareketin varlığından söz edilebilmesi için mutlaka mağdurun iradesine de aykırı hareket edilmiş olmalıdır. Nitekim bu suç tipinde hareketin gerçekleştirilmesi, yapısal olarak mağdurun iradesine aykırılığı kapsamında bulundurulur. Bu nedenle bu suçta rıza, tipikliğe engel olan bir nitelik arz etmektedir.

Kanuni düzenlemede bir kimsenin hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılmasından söz edildiğinden suç kapsamında haksızlık bilincine özel olarak vurgu yapılmıştır. Böylelikle dosya konusu suç teşkil eden fiil bakımından inceleme yapan hâkimin, herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunup bulunmadığı konusunda daha dikkatli bir değerlendirme yapması gerekmektedir. Esasen Alman düzenlemesinde de olan bu ifade, kanuni tanımdan gereksiz olduğu düşüncesiyle 6. ceza reform paketi ile birlikte çıkartılmıştır. Öyle ki bu ifadenin düzenlemeden çıkartılmasıyla maddenin koruma alanına yönelik olarak içerik anlamında bir değişikliğin amaçlanmadığına işaret edilmiştir. Dolayısıyla suçun kanuni tanımında “hukuka aykırı olarak” şeklinde bir ifadeye yer verilmesiyle yer verilmemesi arasında gerek teorik gerekse pratik anlamda bir fark bulunmamaktadır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kesintisiz bir suç olduğundan bu suç işlenirken işlenen başka suçlarla bu suç arasında hareket teklüğinden söz edilebilir ve farklı neviden fikri içtimadan bahsedilebilir. Ancak bu sonuca her zaman kolaylıkla ulaşılamayacaktır. Bu durum, özellikle de cinsel suçlar noktasında önem arz etmektedir. Burada “zamansal aşım” şeklinde bir kriter konularak soruna çözüm bulunabilir. Buna göre hürriyetten yoksunluk, cinsel saldırı suçunun işlenmesinden önce ya da sonra da varsa bu defa zaten kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenmeye devam etmektedir, bu sürecin belirli bir kısmında cinsel saldırı suçu da işlenmiştir. Her ne kadar cinsel saldırı suçunun işlendiği süreçte kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun icra hareketlerinin belirli bir kısmı kesişse de kesişmeyen kısım, cinsel saldırı suçundan bağımsız olarak cezalandırılmayı hak etmektedir. Buna rağmen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, yalnızca başka bir suçun aracı

durumunda olarak gerekli süreyi aşmaksızın işlenmiş suçun niteliğine göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, cinsel suç karşısında farklı neviden fikri içtima kuralı gereğince geri planda kalabilecektir.

KAYNAKÇA

- AMELUNG, Knut: “Über die Einwilligungsfähigkeit”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 1992, s. 525-551; s. 821-833.
- AMELUNG, Knut/EYMANN, Frieder: “Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht”, **Juristische Schulung**, 2001, s. 937-946.
- ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 18. Baskı, Adalet, Ankara 2019.
- ARZT, Günther/WEBER, Ulrich/HEINRICH, Bernd/HILGENDORF, Eric: **Strafrecht Besonderer Teil**, 2. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2009.
- BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Weber/EISELE, Jürgen: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 12. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2016.
- BECKERT, Sandra Maria: “Einwilligung und Einverständnis”, **Juristische Arbeitsblätter**, 2013, s. 507-511
- BICHLMEIER, Gerd: “Die Wirksamkeit der Einwilligung in einen medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff”, **Juristen Zeitung**, 1980, s. 53-56.
- CİHAN, Erol: “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 41, S. 1-2, 1975, s. 47-69.
- DEMİREL, Muhammed: “Evi Terk Eden Çocuğu Evlenmek Amacıyla Yanında Tutan Kişinin Fiiline İlişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 13, 2018, s. 289-313.

DÖLLING, Dieter/DUTTGE, Gunnar/RÖSSNER-Lenz, Dieter: **Gesamtes**

Strafrecht, 3. Auflage, Nomos, 2013.

EIDAM, Lutz: “Die Straftaten gegen die personliche Freiheit in der strafrechtlichen Examenklausur”, **Juristische Schulung**, 2010, s. 869-873.

EIDAM, Lutz: § 239, in **Matt/Renzikowski Strafgesetzbuch Kommentar**, Verlag Franz Vahlen München 2013.

EISELE, Jörg: §§ 239, in **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch: StGB Kommentar**, 30. Auflage, C. H. Beck, 2019.

EISELE, Jörg: **Strafrecht Besonderer Teil I**, 3. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, 2015.

EKİCİ ŞAHİN, Meral: **Ceza Hukukunda Rıza**, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2012.

EXNER, Thomas: “Minderjährige im StGB”, **Juristische Ausbildung**, 2013, s. 103-110.

FAHL, Christian: “Schlaf als Zustand verminderten Strafrechtsschutz?”, **Juristische Ausbildung**, 1998, s. 456-462.

FISCHER, Thomas: **Strafgesetzbuch**, 66. Auflage, C.H. Beck, München 2019.

GEERDS, Friedrich: “Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 1953, s. 42-92.

GEPPERT, Klaus/BARTL, Raimund: “Probleme der Freiheitsberaubung, insbesondere zum Schutzgut des § 239 StGB”, **Juristische Ausbildung**, 1985, s. 221-223.

GÖKTÜRK, Neslihan: “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016, C. 7, S. 1, s. 407-450.

GROPP, Walter: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Springer 2015.

GÜLŞEN, Recep: **Hürriyeti Tahdit Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2002.

HAFIZOĞLULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 5. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara

2016.

HECKER, Bernd: “Strafrecht BT: Freiheitsberaubung”, **Juristische Schulung**, 2015, s. 947-949.

HEINRICH, Bernd: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2014.

HOFFMANN-HOLLAND, Klaus: **Strafrecht Besonderer Teil**, 1. Auflage, Mohr Siebeck, 2015.

İÇER, Zafer: “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda Etkin Pişmanlık”, **MÜHF - HAD, Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU’na Armağan**, C. 23, 2017, s. 773-792.

KAFES, Veli: **Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçu**, (Doktora Tezi), İstanbul 2019.

KARGL, Walter: “Die Freiheitsberaubung nach dem 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts”, **Juristen Zeitung**, 1999, s. 72-80.

KESKİN KIZIROĞLU, Serap: “Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma”, **Özel Ceza Hukuku, C. III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı İşlenen Suçlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

KINDHÄUSER, Urs: **Strafrecht Besonderer Teil I**, 8. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2017.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. Bası, Adalet, Ankara 2019.

KRETSCHMER, Joachim: “Der strafrechtliche Rechtsgüterschutz des Schlafenden und Bewusstlosen”, **Juristische Ausbildung**, 2009, s. 590-592.

KÜHL, Kristian: **Lackner/KÜHL Strafgesetzbuch**, 29. Auflage, C. H. Beck, 2018.

KÜPPER, Georg/BÖRNER, Rene: **Strafrecht Besonderer Teil 1**, 4. Auflage, Springer, 2017.

MAURACH, Reinhart/SCHROEDER, Friedrich-Christian/MAIWALD, Manfred: **Strafrecht Besonderer Teil**, Band 1, 10. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2009.

- MURMANN, Uwe: **Grundkurs Strafrecht**, 3. Auflage, C.H. Beck, München 2015.
- ÖNDER, Ayhan: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin, Ankara 2018.
- ÖZEN, Mustafa: **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, 2. Bası, Adalet, Ankara 2017.
- ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bası, Seçkin, Ankara 2019.
- PARK, Tido/SCHWARZ, Thomas: “Die Freiheitsberaubung (§ 239)”, **Juristische Ausbildung**, 1995, s. 294-298.
- PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer,:**Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C. 2, Seçkin, Ankara 2010.
- RENGIER, Rudolf: **Strafrecht Besonderer Teil II**, C. H. Beck, 19. Auflage, 2018.
- ROXIN, Claus: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band I, 4. Auflage, C. H. Beck, München 2006.
- SCHLUCKEBIER, Wilhelm: § 239, in **Leipziger Kommentar Stragesetzbuch**, Band 7, Degruyter, 12. Auflage, Berlin 2010.
- SCHLUCKEBIER, Wilhelm: § 239, in **Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar**, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2014.
- SCHMIDT, Rolf: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 14. Auflage, Bremen 2015.
- SONNEN, Bernd-Rüdeger: **Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch**, 5. Auflage, Nomos, 2017.
- SOYASLAN, Doğan: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 11. Baskı, Yetkin, Ankara 2016.
- SÖZÜER, Adem: “Tehdit Suçu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Y. 1994, C. 54, S. 1-4, s. 124-146.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M. Ruhan/ÖNOK, R. Murat: **Teorik ve Pratik**

Ceza Özel Hukuku, 16. Bası, Seçkin, Ankara 2019.

TOROSLU, Nevzat: **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş Yayınevi, Anlara 2018.

ÜZÜLMEZ, İlhan: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 1183-1210.

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

WELZEL, Hans: **Das Deutsche Strafrecht**, 11. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin 1969.

WESSELS, Johannes/HETTINGER, Michael: **Strafrecht Besonderer Teil 1**, 35. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2011.

WIECK-NOODT, Brunhild: §§ 185-262, in **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band 4, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017.

YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa: **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. 3, Adalet, Ankara 2015.

YENERER ÇAKMUT, Özlem: “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2013, C. 19, S. 2, s. 587-602.

YILDIZ, Ali Kemal: **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, İstanbul Barosu Yayınları, 2007.

