

## KÜÇÜKLERİN KAÇIRILMASI VE ALIKONULMASI SUÇUNDA VELİNİN RIZASININ ETKİSİ

Doç. Dr. Çetin ÖZEK

### KARAR

Yargıtay 5. Ceza Dairesi

14/7/1970 Tarih

E. 2524/K. 2479

«Onbeş yaşını bitirmeyen H... K...'yı rızasıyla yanında alıkoyduğu ve mezburenin manevî cebirle ırzına geçtiği iddiasıyla sanık F... D...'un yapılan yargılaması sonunda sanığın manevî cebirle ırza geçmek suçu, rızaen cinsi münasebette bulunmak mahiyetinde görüldüğünden Ceza K. nun 430/2, 416/3, 71. maddeleri gereğince oniki ay hapsine, 647 sayılı K. nun 6. maddesinin uygulanmasıyla cezasının teciline dair Kayseri Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 22/4/1970 tarihli ve 968/260 970/73 sayılı hükmün süresi içinde Yargıtayca incelenmesi müdahil tarafından istenilmesi, şartı yerine getirilmesi, üzerine mahallinden gönderilip C. Başsavcılığından tebliğname ile daireye tevdi olunan dâva evrakı incelenerek gereği düşünüldü :

1 — Dâva konusu olaydan önce mağdurenin babasının rızasıyla M... Y... adında bir şahısla gayri meşru şekilde karı koca hayatı yaşadığı anlaşılmasına göre, tekrar babası evine dönüp dönmediği hususu araştırılarak babası evine dönmeden sanık F... D...'un suçunun unsurlarının mevcut olmadığı, babası evine döndükten sonra ebeveyninin rızası hilâfına sanığın yanına gitmiş olması halinde alıkoyma suçunun teşekkül edebileceği hususları üzerinde durulduktan sonra hükme varılması gerektiğinin düşünülmemesi.

2 — Mağdurenin sanığın evinde 15 gün kadar kaldığı ve karı-koca hayatı yaşadığı ve bu suretle rıza ile cinsel birleşmenin teselsül ettiği gözetilmeyerek T.C.K. nun 80. maddesinin uygulanmaması.

Kanuna aykırı ve müdahilin temyiz itirazları bu itibarla yerinde olduğundan hükmün tebliğname gibi C.M. U.K. nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, depo parasının müdahile geri verilmesine 14/7/1971 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (1).

### Olay :

Onbeş yaşından küçük birisi, velisi olan babasının rızası ile M. Y. isimli birisinin yanında, onunla karı koca hayatı yaşamıştır. H. K. isimli mağdure, daha sonra, F. D. nin yanına gitmiş ve onunla

(1) Resmi Kararlar Dergisi, Ağustos 1971, No. 8, s. 80.

karı koca hayatı yaşamağa başlamıştır. Mahalli Mahkeme, sanık F. D. i, ırza tecavüz ve alıkoyma suçundan mahkûm etmiştir. Yargıtay, ırza tecavüz suçuyla ilgili olarak verilmiş bulunan mahkûmiyet hükmünü, 80. maddenin uygulanmamış olması hususu hariç, yerinde bulmuştur. Buna karşılık, Yargıtay, TCK. nun 430. maddesindeki alıkoyma suçunun teşekkül edip etmediği hususunda, belirli hususların incelenmesine geçilmeksizin mahkûmiyet kararı verilmesi usulsüz görülmüştür. Yargıtay'a göre, mağdure, ilk olarak, velisi olan babasının rızası ile M. Y. adındaki şahsın yanında alıkonulmuş ve bu kişiyle karı koca hayatı yaşamıştır. Mağdurenin, F. D.'in evine gidip, onunla rızaen birlikte yaşamağa başlamadan önce, baba evine gidip gitmediğinin incelenmesi, mahkûmiyet kararı verilmeden önce gereklidir. Bu şekilde, Yargıtay, mağdurenin F. D. ile birlikte, karı-koca gibi oturmasının da mağdurenin babasının rızasına müstenit bulunup, bulunmadığının tesbitini mahkûmiyet hükmüne varabilmek için şart koştur.

### Hali gereken hukukî problem

Yargıtay, mahalli mahkemenin hükmünü iki noktadan bozmuştur:

a) Mağdurenin suçlu görülen F. D. ile birlikte yaşaması hususunda babasının rızasının bulunup bulunmadığı incelenmeden mahkûmiyet hükmü verilmesi,

b) Mağdurenin sanığın evinde 15 gün kalarak karı-koca gibi birlikte yaşamasının teselsüle yol açtığı gözetilmeyerek TCK. nun 80. maddesinin uygulanmaması.

Bizim burada incelemek istediğimiz konu, sadece, Yargıtay'ın 1. bozma sebebiyle ilgili olarak doğan hukukî problemdir. Bu problem de şu şekilde belirmektedir:

«Kaçırma ve alıkoyma suçlarında, küçüğün veli veya vasisinin bu konudaki rızası, fiilin suç teşkil etmesini engeller mi?». Diğer, bir deyişle bir küçük aleyhine işlenen alıkoyma ve kaçırma fiili küçüğün velisinin rızasına müstenit olarak işlendiğinde, sanık takip edilemeyecek ve cezalandırılmayacak mıdır? Eğer böyle bir sonuç kabul edilecek olursa, bu rızanın hukukî mahiyeti nedir?

### Probleme ilgili görüşler

Mahalli mahkeme kararı ile Yargıtay'ın bozma kararı arasın-

daki, konuyla ilgili farklılık, çözümlenmesi gereken problemde farklı düşünüldüğünü ortaya çıkartmaktadır.

1 — Mahalli Mahkeme, mağdure H.K. nın, F. D. ile birlikte yaşamasını, alıkoyma suçu olarak nitelendirip, TCK. nun 430. maddesine göre cezalandırırken, bu birlikte yaşama konusunda H. K. nın babasının rızasının bulunup, bulunmadığını incelememiştir. Bu hususta Mahalli Mahkemenin ne düşündüğü, ne gibi bir gerekçeye dayandığı belli değildir. Fakat, Mahalli Mahkeme kararında varılan sonuç, velinin rızasını bu konuda önemsemediğini göstermektedir. Gerçekten, eğer, Mahalli Mahkeme, velinin rızasını hukuki bir değer, fiile hukuka uygunluk kazandıracak bir etken olarak kabul etseydi, bu hususu inceler ve eğer böyle bir rıza mevcutsa cezalandırma cihetine gitmezdi. Bu hususun hiç incelenmemesi, Mahkemenin, velinin rızasını bir hukuka uygunluk sebebi, fiili takip edilir durumdan çıkartan bir sebep olarak görmediğini göstermektedir. Bunun gerekçesi ise, Yargıtay Kararında belli değildir ve Yargıtay gösterilen bir gerekçenin tartışmasını da yapmadığına göre de, bu hususun kararda meskût geçildiği anlaşılmaktadır.

2 — Yargıtay ise, vardığı sonuçla, küçüklerin kaçırılıp, alıkonulmasında velinin rızasının fiilin takibini, suç teşkil etmesini engelleyici bir sebep olarak görmektedir. Yargıtay Kararında yer alan, «...babası evine dönmeden sanık F. D. in yanına gitmiş olması halinde... alıkoyma suçunun unsurlarının mevcut olmadığı, babası evine döndükten sonra ebeveyninin rızası hilâfına sanığın yanına gitmiş olması halinde alıkoyma suçunun teşekkül edebileceği...» cümlesi, velinin rızasının bir «hukuka uygunluk» sebebi olarak görüldüğünün delilidir. Yargıtay, rıza halinde fiilin suç teşkil etmeyeceğini belirtirken bunun gerekçesini de belirtmektedir: Yargıtay'a göre, alıkoyma ve kaçırma suçu «aile düzeni aleyhine işlenmiş» bir suçtur. Yargıtay, alıkoyma suçunun aile nizamı aleyhinde bir suç olduğunu ve bu açıdan velinin rızasının hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiğini belirtmekle, kaçırma ve alıkoyma suçunda korunan hukuki menfaat ve mevzuun, aile düzeni olduğunu, ailenin reisi olan erkeğin rızası halinde, bu mevzuun ihlâl edilmiş sayılamayacağını ve bu nedenle de fiilin cezalandırılmayacağını belirtmiş bulunmaktadır. Bu görüşe göre, tüm kaçırma suçları, aile yapısına ve aile içindeki otoriteye karşı bir fiildir. Kaçırma suçunun gerçek mağduru da, bizzat suçtan zarar gören küçük olmayıp, aile

reisinin aile içindeki otoritesi (*patria potestas*) tır ve kaçırma ebeveyne karşı işlenmiş (*raptus in parentes*) bulunmaktadır (2). Yargıtay, velinin rızasına hukuki ve fiili suç olmaktan çıkartıcı bir değer tanımakla, belirtilen anlayış ve görüşü benimsemiş olmaktadır.

### Kanaatimiz

Söz konusu problemle ilgili bir sonuca varabilmek için, her şeyden önce kaçırma suçlarının hukuki mahiyeti üzerinde durmak, fiilin kime karşı işlenmiş bulunduğunu, suç mağdurunun kim olabileceğini tesbit etmek gerekmektedir. Zira, bu konuda varılacak sonuca göredir ki, hukuken ihlâl edilen mevzu tesbit edilebilecek ve ihlâl edilen hukuki mevzuun niteliğe göre de, küçüğün veli ve vasisinin rızasının muteberiyet derecesi belirecektir.

I — Kaçırma suçları, gerçekte «hürriyeti tahdit» suçunun özel maksatlarla işlenen bir türü olarak görülmektedir. «Hürriyeti tahdit», «kaçırma ve alıkoyma» ve «adam kaldırma» suçları, gerçekte, maddi unsurları yönünden, birbirinin eşi nitelik taşımakta, bir kişinin rızası hilâfına veya makbul bir rızası olmaksızın, başka bir kimse tarafından serbest iradeyle hareket etmekten yoksun bırakılması anlamına gelmektedir. Bu suçların hepsi, kişinin serbest hareket, fizik özgürlük imkânını sınırlandırmakta, yok etmektedir (3). Maddi unsur yönünden birbirine benzeyen bu suçları birbirinden ayıran husus, «sübjektif unsurdur». TCK. nun, 179. maddesinde yer alan «hürriyeti tahdit» suçu, genel kastla işlenen ve diğer hürriyeti tahdit halleri açısından özel olarak belirtilmiş maksatların dışında kalan maksatlarla işlenen bir suçtur. Buna karşılık, 340 ve sonraki maddelerde düzenlenmiş bulunan «kaçırma ve alıkoyma» suçunun teşekkülü içinse, failin «evlenmek maksadı veya şehvet hissi» ile hareket etmiş bulunması zorunluluğu mevcuttur. Kaçırma ve alıkoyma suçunu, genel hürriyeti tahdit suçundan ayıran ve ayrı hükümlere bağlanmasını gerektiren husus da, faildeki bu özel kast ve maksattır (4). TCK. nun 499. maddesinde yer almış bulunan «adam kaldırma» suçu ise, «para veya eşya veya hukukça hükmü haiz bir senet almak maksadıyla» hareket edilmesi

(2) Pannain, *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, Torino 1952, 75.

(3) Manzini, *Trattato di diritto penale*, IV, Torino 1921, 483.

(4) Pannain, 75.

yönünden, hürriyeti tahdit ve kaçırma - alıkoyma suçundan ayrılmaktadır.

Hürriyeti tahdit anlamına gelen bu üç suç da, temelde kişinin hürriyetini tahdit etmesi yönünden, hürriyete karşı bir nitelik taşımaktaysa da, failin güttüğü maksat ve saik yönünden, kanunun sistematığı içinde ayrı ayrı yerlerde düzenlenmiş bulunmaktadır. Genel hürriyeti tahdit suçu, «kişi hürriyetine» karşı işlenmiş, kişinin fizik hürriyetini yok eden veya sınırlayan bir fiil olarak kabul edildiği için, gerek 1889 İtalyan Ceza Kanununda (mad. 146), gerek Türk Ceza Kanununda «Hürriyet Aleyhine Cürümler» içinde düzenlenmiştir (5). Buna karşılık, 1930 İtalyan Ceza Kanunu, 1889 Kanununun «hürriyet aleyhinde cürümler» başlıklı İkinci Kitabının İkinci Babını, liberal telekkilerin eskimiş bir ürünü olarak kabul etmiş, özellikle, «Şahsın hürriyeti aleyhinde cürümlerin» gerçekte şahıslar aleyhine işlenen suçlardan sayılması gerektiğini belirtmiştir (6). Bu görüşün sonucu olaraktır ki, yeni İtalyan Ceza Kanunu 605 ve sonraki maddelerinde, hürriyeti tahdit suçunu, «şahıslar aleyhine suçlar» arasında düzenlemiştir.

Kaçırma ve alıkoyma suçları ise, 1889 İtCK da ve TCK da, «Umumi adap ve aile nizamı aleyhine cürümler» arasında düzenlenmiştir. İtCK. nun 340-344. maddeleri ve TCK. nun 429-434. maddelerinde yer alan, kaçırma ve alıkoyma suçları, failin güttüğü maksat «evlenmek veya şehvet hissi» olduğu içindir ki, maddi açıdan şahsın hürriyetine karşı olduğu halde, sübjektif unsur ön planda tutularak «Umumi adap aleyhine cürümler» arasında yer almıştır. Kaçırma suçunun, faildeki maksat nedeniyle, «umumi adap aleyhine» bir nitelik taşıdığı kabul edilmiştir (7). Yeni İtalyan Ceza Kanunu da, 522-524. maddelerinde, kaçırma suçlarını «Umumi adap ve toplumsal ahlâka karşı suçlar» arasında düzenlenmiştir. Yeni İtalyan Ceza Kanunu, kaçırma suçlarını, «seksüel hürriyete karşı suçlar» arasında düzenlemiş bulunmaktadır. Sadece, yeni İtalyan Ceza Kanunu, bu konuda bir ayırım yapmış bulunmaktadır. Kişinin,

(5) **Manzini**, IV. 483.

(6) **Bk. Özek**, Hürriyet Aleyhine Cürümlerin genel prensipleri, İstanbul 37 v.s. — Rel. Min. sul prog. def. di un nuovo cod. pen., Lav. Pre., V/II, 360, no. 643.

(7) **Dönmezer**, Umumi Adap ve Aile Nizamı aleyhine cürümler, İstanbul, 1961, 204 v.s.

yaşı ne olursa olsun, şehvet hissi ve evlenmek maksadıyla kaçırılması halinde, «seksüel hürriyet aleyhine» bir suç söz konusudur. Busa karşılık, böyle bir maksat güdülmeksizin, ondört yaşından küçük bir kimsenin, kendi rızasıyla, veli veya vasi veya ona nezaretle görevli bir kimse yanından alınmasını ise, aile nizamına karşı işlenmiş bir suç olarak 573. maddesinde düzenlemiş bulunmaktadır. Bir suçun, kaçırma veya «rıza ile alma» suçu teşkil etmesi arasındaki ayırım da, yine faildeki saike göre yapılmaktadır (8).

Kanunların sistematigi açısından ortaya çıkan bu durum göstermektedir, maddi unsurları yönünden birbirine benzeyen bu suçlar, faildeki saik ve maksada göre birbirlerinden ayrılmış ve kanunların ayrı ayrı bölümlerinde düzenlenmiştir. Bundan çıkan bir diğer sonuç da şu olmaktadır ki, söz konusu fiillerin cezalandırılmasındaki maksat ve cezalandırma ile korunmak istenen hukuki menfaat dahi, faildeki saik ve maksada göre değişmektedir. Bu açıdan, meselâ, «hürriyeti tahdit» suçu ile «kaçırma ve alıkoyma» suçunda, korunan hukuki menfaat birbirinin aynı değildir. Korunan hukuki menfaatin ne olduğunun tesbiti de, kaçırma ve alıkoyma suçlarında rızanın muteberiyeti yönünden bir sonuca varılabilmesi açısından önem taşımaktadır.

1889 İtalyan Ceza Kanunu açısından olsun, 1930 Kanunu hükümleri açısından olsun genel olarak kaçırma suçlarının, umumi ahlâk ve adap vasatisine karşı olduğu, kişinin cinsel hürriyet ve bütünlüğünün himaye edildiği, bu açıdan hukuken himaye edilen mevzuun, genel adap ve kişinin cinsel bütünlüğü olduğu kabul edilmektedir (9). Özellikle, «*ratto proprio*», «*ratto improprio*» ayırımını yapmayan ve bütün kaçırma suçlarını aynı başlık altında toplayan 1889 Kanunu için, bütün kaçırma suçlarının, umumi adaba karşı işlenmiş suç olduğu ve suçun mevzuunu teşkil eden şahsın dışında, onun kaçırılması ile ve bu kaçırmanın belirli saiklere dayanması nedeniyle, toplumsal bazı ahlâk ve adap değerlerinin ihlâl edilmiş bulunduğu, hukuken himaye edilen mevzuun da bu ahlâk ve adap değerleri olduğu belirtilmektedir (10). 1930 Kanunu ise bu konuda bir ayırım yapmıştır. 14 yaşından küçük bir kimsenin rıza-

(8) Pannain, 76.

(9) Manzini, (1922), VI, 607.

(10) Manzini, (1922), VI, 623.

sıyla bir başka kimse tarafından evlenmek maksadiyle veya şehvet hissiyle alınması halinde «kaçırma suçu» mevcuttur. Aynı şekilde 14-18 yaş arasındaki bir kimsenin cebir, şiddet, tehdit gibi vasıtalarla ve evlenme maksadı veya şehvet hissiyle kaçırılması durumunda da «kaçırma suçu» mevcuttur (mad. 533, 524.) Bu tür kaçırma suçları, «umumi adap aleyhine cürümler» arasında düzenlenmiştir ve bu suçlar «*ratto proprio*» olarak isimlendirilmektedir. Buna karşılık, 15-18 yaş arasındaki bir küçüğün, kendi rızası ile bir başkasının yanına gitmesi hali «*ratto improprio*» olarak isimlendirilmekte ve aile nizamı aleyhine suçlar» arasında 573. maddede düzenlenmektedir. Bu iki ayrı düzenleniş, iki ayrı hukuki muhtevanın ve iki ayrı sistemin varlığına yol açmaktadır. Gerçekten :

a) 18 yaşından küçük kimsenin cebir şiddet ile kaçırılması halinde suç yine cinsel özgürlük ve dolayısıyla genel ahlâk ve adaba karşıdır; buna karşılık, 14 yaşından büyük bir küçüğün rıza ile bir başkasının yanına gitmesi halinde, fiil, aile düzenine, ailedeki «*raptus in parentes*»e, ebeveyne karşı işlenmiş bulunmaktadır (11). Bu açıdan, birinci suçta genel adap ve ahlâk, ikinci suçta ise aile düzeni himaye edilen mevzu olmaktadır.

b) 14 yaşını bitirmiş küçüğün rızası ile ebeveyninin yanından alınması durumunda, suçun teşekkülü için, failde evlenme maksadının veya şehvet hissiniin mevcudiyeti bir unsur olarak görülmemektedir. Evlenme maksadının mevcudiyeti, hafifletici sebep, şehvet hissiniin mevcudiyeti ise ağırlatıcı sebep olarak kabul edilmektedir.

c) Kanun, 573. maddedeki, 14 yaşını bitirmiş küçüğün rıza ile bir başkasının yanına gitmesi fiilini, şikâyete tabi bir suç olarak düzenlemiştir. Bu da, suçun ebeveyne karşı işlenmiş bulunduğu kabul edilmesinin doğal bir sonucudur. Bu şekilde, eğer 14 yaşından büyük bir küçüğün kendi rızasına ebeveyninin de rızasının inzimamı halinde fiil suç teşkil etmeyecek, mağdur sayılan ebeveynin rızası muteber bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edecektir. Ebeveynin, başlangıçta rızasının bulunmaması halinde ise, şikâyet etmemek veya şikâyetten feragat halinde de, rıza sonradan inzimam etmiş bulunacak ve fiil takip edilemeyecektir (12).

(11) Rel. Min. sul prog. def. di un nuovo cod. pen., Lav. Pre., V/II, 309, no. 572.

(12) Rel. Min. sul prog. def. di un nuovo cod. pen., Lav. Pre. V/II, 359, no. 643-651.

II—1930 İTCK nu açısından belirtilen bu açık hüküm ve düzenlenmiş şekli, ne 1889 İtalyan Ceza Kanununda ve ne de bizim kanunumuzda mevcut bulunmamaktadır ve fiil her halükârda «kaçırma suçu» olarak görülmektedir. Diğer bir deyişle, küçüğün kendi rızası ile bir başkasının yanına gitmesi halinde, eğer failde şehvet hissi veya evlenme maksadı mevcutsa «kaçırma», bu maksat ve saik mevcut değilse «hürriyeti tahdit» suçu söz konusu olacaktır. Kaçırma suçunun bahis konusu olması durumunda, ebeveynin rızasının fiili suç olmaktan çıkartmasını veya fiilden sonraki rızasının fiilin takibini engellemesini sağlayacak bir hüküm veya neden mevzuatımızda bulunmamaktadır. Zira, fiil kaçırma suçu olduğundan, ihlâl edilen hukuki mevzu, temelde ve dolayısıyla, ebeveynin aile içindeki iktidar ve hakları olsa dahi, doğrudan doğruya himaye edilen ve ihlâl olduğu kabul edilen hukuki mevzu, genel adap ve ahlâk değerleri, küçüğün cinsel bütünlüğüdür. Korunan hukuki değer bu olunca, bu değer üzerinde, ebeveynin tasarruf yetkisi de mevcut bulunmamaktadır. Bu nedenledir ki, 1930 İtalyan Ceza Kanunu, konuyla ilgili özel hüküm getirmek durumunda kalmıştır (13).

Türk hukuk uygulamasında ise, «reşit olmayan kimsenin rıza ile kaçırılması» durumunda, velinin, vasinin fiilin işlenmesinden önceki rızasının fiili suç olmaktan çıkartacağı, adeta mağdurun ebeveyninin rızasının bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edeceği kabul edilmektedir (14). Rıza ile götürüldüğü yerde cebren muhafaza edilen reşit olmayan kişiye karşı işlenen fiil ise, Yargıtaya göre, 430/1. maddeyi ihlâl etmiş sayılacaktır (15). Küçüğün götürülmesi hususunda, anne ve babanın reyleri çatıştığında babanın reyi muteber sayılmak gerekecektir (16). Eski İtalyan uygulamasında da, ebeveynin rıza-

(13) Rel. Min. sul prog. def. di un nuovo cod. pen., Lav. Pre. V/II. 360. 1930 Kanununun bu hükümet gerekçesinde, 1889 Kanununun, küçüklerin rıza ile kaçırılmasını, doğrudan doğruya küçüğe karşı bir suç olarak kabul edildiği ve ebeveynin suç mağduru olarak belirlenmediği ileri sürülerek tenkit edilmektedir (bk. no. 643).

(14) 8/5/1940 Tarih ve Es. 41/Ka. 74 sayılı Tevhidi İçtihat Kararı (R.G. 39/9/1940, No.4 625).

(15) Yar. 5.C.D., 26/11/1948 tarih ve E. 2630/K. 2905 sayılı karar (Köseoğlu, 459).

(16) Yar. 5.C.D., 19/11/1948 Tarih ve E. 1871/K. 2814 sayılı karar (Köseoğlu, 458).



sına değer izafe edildiği görülmektedir (17).

Kanaatimizce, küçüklerin rıza ile kaçırılmasında, ebeveynin rızasına hukuki değer tanımak, belki toplumsal koşullara ve gerek- lere daha uygundur. Fakat ebeveynin rızasının fiili suç olmaktan çı- kartması yönünden dayanılabilecek bir hukuki mesnet bulabilmenin kanunumuz sistemi yönünden mevcut bulunmadığı kanısındayız, ak- sine, mevcut hükümler rızanın muteber olmadığını gösteren bir nitelik taşımaktadır (18).

1 — Küçüğün babasının rızası, «mağdurun rızası» olarak bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edemez. Bilindiği gibi, mağdurun rı- zasından söz edebilmek için, bir fiilin mağduru durumundaki kişi- nin, ehil bir şekilde, üzerinde tasarruf imkânı bulunan bir mevzu hakkında rıza beyanında bulunması zorunludur (19). Tetkik konu- muz olan suç açısından ise ebeveynin muteber bir rıza beyan edebil- mesine imkân verecek durum yoktur. Zira,

a) Kanunumuz, esasen, ebeveyni suçun mağduru olarak kabul etmiş değildir. Dolaylı olarak işlenen fiilden, ebeveyn de zarar gör- se bile, suçun mağduru değildir (20). Nitekim Kanun, «Umumi Adap ve aile nizamı Aleyhine cürümleri» aynı bap içinde düzenlemiş ol- masına rağmen, doktrinde, «kaçırma suçları» aile nizamına değil, umumi adaba karşı suçlar arasında kabul edilmektedir (21). Bu açı- dandır ki, tetkik konumuz olan Yargıtay Kararının, kaçırma suçunu aile nizamına karşı suç olarak kabul etmesi yerinde değildir. Tek- rarlamak gerekirse, ebeveyn 430/2. maddedeki suçun mağduru du-

(17) Bk. **Carletti**, *Il Codice Penale*, Firenze 1907, 439. Aynı görüş için bk. **Manzini** (1922), VI, 630. Yeni İtalyan Ceza Kanunu uygulamasında ise, kaçırma suçlarının doğrudan küçüğün cinsel hürriyetini ve onun ko- runmasındaki değerleri ihlâl ettiği, ebeveynin ise dolaylı ve ikinci derece- de suçtan zarar gördüğü belirtilmektedir. Bu konudaki İtalyan Yargıtay kararları için bk. **Grieco - Cantarano**, *Codice Penale*, Roma 1964, 688-694.

(18) Nitekim, ebeveynin rızasını muteber sayan ve 14 numaralı dip notunda zikrettiğimiz **Tevhidî İctihat Kararında** da, belirtilen sonuca va- rılırken, hukuki bir mesnede dayanılamamış, fiilin velayet ve vesayet hakkına karşı işlenmiş olduğunun ileri sürülmesi gerekçe olarak gösteril- mekle yetinilmiştir.

(19) Bk. **Dönmezer - Erman** (1971), II, 75 v.s.

(20) *Rel. Min. sul prog. def. di un nuovo cod. pen.*, Lav. Pre. V/II, 360.

(21) **Dönmezer**, 205.

rumunda değildir ki, suç teşkil eden fiille ilgili bir rıza beyanında bulunabilsin.

b) Ebeveyn suç mağduru olarak kabul edilse bile, suçun mevzuu küçüğün cinsel bütünlüğü, bunu korumaktan doğan ahlaki değerler ve küçüğün bir açıdan hürriyetidir. Mevzu bu olduğu durumda da, mağdur sayılan ebeveynin bu mevzuu üzerinde tasarruf imkânını sağlayacak bir kaynak mevcut bulunmamaktadır. Örneğin, babanın aile reisi olması, ona küçüğün her türlü menfaati, cinsel bütünlüğü üzerinde tasarruf imkânını veremez. Aksine bir düşünce, ailenin bir bütün ve karşılıklı denge, hak-görev temeli üzerine oturan toplumsal en küçük birlik olduğunu unutmak, pederşahi bir anlayışla hareket etmek anlamına gelir. Bu nedenle, ebeveyn suç mağduru olsa bile söz konusu fiilin mevzuu üzerinde tasarruf yetkisine sahip bulunmamaktadır. Nitekim, Yeni İtalyan Ceza Kanunu 573. maddesindeki özel hükmü ile ebeveyne bu tasarruf yetkisini tanımış olmaktadır.

Belirtilen nedenlerle, kaçırılan küçüğün ebeveyninin rızasını bir «mağdurun rızası» veya «hakkın icrası» olarak kabul ederek, rızayı fiili hukuka uygun hale getiren bir etken olarak kabul etmek mümkün değildir.

2 — 1889 İtalyan Ceza Kanununda ve Kanunumuzda, kaçırma suçlarının hiç biri ve bu arada 430/2. maddedeki suç da «şikâyete» tâbi tutulmamıştır. Eğer, mağdur sayılan ebeveynin rızası, kaçırma suçu açısından hukuka uygunluk sebebi teşkil etseydi, fiilin takibinin de, 1930 İTCK nun 573. maddesinde olduğu gibi, şikâyete bağlı tutulması gerekirdi. Gerçekten, fiilin işlenmesinden evvel verilmiş bir rıza muteber olduğu takdirde, fiilin işlenmesinden sonra rıza beyanı veya ademi beyanı anlamına gelen, fiili şikâyet edip, etmemek hakkının da ebeveyne tanınması icap ederdi. Fiilin işlenmesinden önceki rıza, fiilin takibini engelliyorsa, fiilden sonra şikâyet bulunmamasının da fiilin takibini engellemesi en doğal ve mantıki bir sonuçtur. Zira, ebeveynin haber ve rızasıyla küçük bir başkası tarafından alındığında fiil suç teşkil etmediği takdirde, ebeveynin haberi olmadan küçüğün rızasıyla gitmesi ve fakat durumu öğrenen ebeveynin bu gidişe razı olması halinde fiil suç teşkil edecektir; zira fiil tamamlanmıştır, takibi kamu davası yoluyla ve fiilden önce bir rıza mevcut değildir. Böyle bir çözüm yolu, kanaatimizce, mantığa ve ebeveyne rıza hakkı tanınmanın maksadına uygun düşmez. Bu

açıdandır ki, kanaatimizce, 430/2. maddedeki suçun takibinin şikâ-yete tâbi tutulmaması, küçüklerin kaçırılması yönünden, ebeveynin rızasının bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmediğini göstermektedir. Nitekim, bu konudaki Tevhidi İçtihat kararına muhalefet oyu veren azınlık görüşü de bu hususu belirtmiştir.

Netice itibariyle, kanunumuzun sistemi yönünden, küçüklerin kaçırılmasında ebeveynin rızasının, fiili suç olmaktan çıkartamayacağı kanaatindeyiz. Böyle bir sonuç, geniş ölçüde, toplumsal koşul, gerçek ve gereklere aykırı nitelik taşıyabilir. Fakat aksine bir sonuca varabilmek için de, istifade edebileceğimiz hukuki bir gerekçenin bulunmadığı kanısındayız. Bu açıdandır ki, toplumsal koşul, gerek ve gerçeklere uygunluk, ancak, yasal değişimler ve örneğin İtalyan Ceza Kanununun 573. maddesi gibi bir maddenin kabul edilmesiyle sağlanabilir.