

EVİ TERK EDEN ÇOCUĞU EVLENMEK AMACIYLA YANINDA TUTAN KİŞİNİN FİİLİNE İLİŞKİN YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARININ¹ DEĞERLENDİRİLMESİ

*Dr. Öğr. Üyesi Muhammed DEMİREL**

I. Olay

Sanık Ö hakkında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu (TCK md. 109/1) çocuğa karşı (TCK md. 109/3-f) ve cinsel amaçla işlemekten (TCK md. 109/5) dolayı Balıkesir 2. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından mahkûmiyet kararı verilmiştir. Söz konusu karara konu olaya ilişkin soruşturma, 14 yaş 3 ay 27 günlük olan Ç'nin anne ve babasının, 14.08.2007 günü saat 01.00 sıralarında Mustafakemalpaşa Polis Merkezi Amirliğine gelerek kızları Ç'nin saat 23.00 sıralarında bakkaldan yiyecek alacağını söyleyerek evden ayrıldığı ve bir daha geri dönmediği,

¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2014/14-307 Esas, 2015/8 Karar sayılı ve 17.02.2015 tarihli kararı.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. Eleştiri ve öneriler için muhammedemirel@gmail.com.
Makale Geliş Tairhi:20.09.2018
Makale Kabul Tairhi:26.10.2018

yaptıkları araştırmada kızlarının Ö isimli kişi tarafından kaçırılmış olduğunu tespit ettikleri yönündeki beyanlarıyla şikayetçi olmaları üzerine başlatılmıştır. Yapılan araştırmada Ç'nin Ö ile birlikte Balıkesir'de sanığın amcasında buldukları tespit edilmiş, Ç'nin bulduktan sonra yapılan muayenesinde kızlık zarının sağlam olduğu belirlenmiştir. Bunun üzerine Ç'nin ailesi şikayetinden vazgeçmiştir. Ç, alınan ifadesinde, sanıkla uzun zamandır arkadaşlık yaptıklarını, olay günü kendi isteğiyle evlenmek amacıyla sanıkla birlikte kaçtığını, şikayetçi olmadığını; sanık da, ifadesinde, mağdureyle rızasıyla evlenmek amacıyla kaçtıklarını, mağdureye karşı herhangi bir cinsel davranışta bulunmadığını, Balıkesir'deki akrabalarında sadece birkaç saat kaldıklarını, bu olaydan sonra mağdureyle nişanlandıklarını ve evlenmek istediklerini belirtmiştir. Hükmün temyiz edilmesiyle birlikte olay bakımından inceleme yapan Yargıtay 14. Ceza Dairesi, olayda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurlarının oluşmadığına, eylemin TCK'nın 234/3. maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturduğuna karar vererek, ilk derece mahkemesinin hükmünü bozmuştur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise olayda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluştuğunu, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun oluşmadığını belirterek itiraz kanun yoluna başvurmuş, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün onanmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur. Nihayet Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin bu itirazı yerinde görmemesi üzerine dosya Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nda incelenmiş ve Kurul tarafından sanığın fiilinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu (TCK md. 109/1) oluşturduğu, suçun çocuğa karşı işlenmesi (TCK md. 109/3-f) ve failin fiilini cinsel amaçla

gerçekleştirmesi (TCK md. 109/5) nedeniyle, söz konusu nitelikli hallerden dolayı failin cezalandırılması gerektiğine dair yerel mahkeme kararı yerinde görülerek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının kabulüne, Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin bozma kararının kaldırılmasına karar verilmiştir.

II. Çözümü Gereken Hukuki Sorun

Çözümü gereken hukuki sorun, 14 yaşındaki bir çocuğun evlenmek amacıyla bir başka kişiyle birlikte kaçması ve bunun sonucu olarak söz konusu kişi tarafından yanında bulundurulmasının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK md. 109/1) ve bu suçun cinsel amaçlı olarak işlenmesi şeklindeki nitelikli halini (TCK md. 109/5) mi yoksa çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu (TCK md. 234/3) mu oluşturacağıdır.

III. Mercilerin Görüşleri

a. Birinci Görüş: Olayda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun (TCK md. 109/1) üçüncü fıkrasında düzenlenen suçun çocuğa karşı işlenmesi (TCK md. 109/3-f) ve yine beşinci fıkrasında düzenlenen suçun cinsel amaçla işlenmesinden (TCK md. 109/5) bahisle mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği:

Yerel mahkeme, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu görüştedir.

Bu görüş kapsamında Yargıtay Başsavcılığı itirazında olayda mağdurenin sanıkla anlaşarak birlikte Mustafakemalpaşa'dan Balıkesir'e kaçtıklarının, beraat eden diğer sanıkların evine gittiklerinin ve bilahare ailelerine haber verildiğinin anlaşıldığı, 17.04.1993 doğumlu olup suç tarihi itibarıyla on beş yaşını doldurmamayan mağdurenin eyleme rıza gösterme-

sinin fiilin suç olarak nitelendirilmesine engel olmadığı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tüm unsurlarının oluştuğu, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun TCK'nın 234/3. maddesinde düzenlendiği, bu suçun mağdurunun velayet hakkına sahip olan anne ve baba olduğu, sanık hakkında düzenlenen iddianamede ise bu suça dair bir anlam söz konusu olmadığından açılmış bir davanın bulunduğu kabulüne de imkân bulunmadığı hususlarına yer verilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında ise uyuşmazlığın çözülmesi açısından mağdurenin rızası hilafına işlenmesi halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturacağına tereddüt bulunmayan sanığın eyleminin, 15 yaşından küçük mağdurenin rızasıyla yapılması halinde, gösterilen bu rızanın fiili kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından hukuka uygun hale getirip getirmeyeceğinin üzerinde durulması gerektiği belirtilmiş, uyuşmazlığın isabetli bir hukuki zemine oturabilmesi için çocukların hürriyetlerinden yoksun kılınmalarına dair olarak her türlü konuda mutlak surette tasarruf özgürlüklerinin bulunup bulunmadığının, dolayısıyla da bu konudaki rızalarının geçerli olup olmadığı belirlenmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Bu noktada da Türk Medeni Kanununun ilgili hükümlerine (13'üncü ve 16'ncı madde) atıfta bulunularak yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğuna, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kanuni temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremeyeceklerine, ancak karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rızanın gerekli olmadığına vurgu yapılmıştır. Buradan da

insanın kişiliğini yakından ilgilendirdiğinden evlenme, nişanlanma, nişanı bozma, evlat edinilmeye razı olma gibi hususlarda karar verme yetkisinin başkasına bırakılmadığının altı çizilmiştir. Nihayet buradan cinsel istismar suçunun düzenlendiği 103/1-a maddesinden hareketle çocuklara karşı işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun da iki kategoride ele alınması gerektiği, birinci kategoride yer alan “on beş yaşını tamamlamamış” çocukların kendi iradeleriyle serbestçe hareket etme hakları, niteliği itibarıyla üzerinde mutlak surette tasarruf edebilecekleri bir hakları olmadığından bu haklarının ihlaline yönelik olarak gerçekleştirilen eylemlerle ilgili gösterdikleri rızanın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Buna karşın ikinci kategoride yer alan “on beş yaşını bitirmiş olup da on sekiz yaşını tamamlamamış” çocuklara karşı işlenen suçlarda ise, mümeyyiz olmaları halinde rızalarının hukuka uygunluk nedeni olabileceğine yer verilmiş, sanığın on beş yaşından küçük mağdureyi evlenmek amacıyla rızasıyla kaçırıp yakın başka bir ildeki akrabalarının evine götürerek orada bir müddet alıkoyduğu olayda mağdurenin rızası hukuken üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka dair olmadığından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyeceği, dolayısıyla on beş yaşından küçük mağdurenin rızasıyla bile gerçekleşmiş olsa bu eylemin TCK’nın 109/1,109/3-f. 109/5. maddelerinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu sonucuna ulaşılmıştır.

b. İkinci Görüş: Olayda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun (TCK md. 109/1) oluşmadığı, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun (TCK md. 234) üçüncü fıkrası hükmünün uygulanması gerektiği:

Yargıtay 14. Ceza Dairesi bu görüşte olup söz konusu daire vermiş olduğu kararda, mağdurenin cebir, tehdit veya hile kullanılmaksızın sanıkla gönüllü olarak birlikte kaçması bakımından sanığın mağdureye yönelik hukuka aykırı herhangi bir eyleminin bulunmaması ve soruşturmanın mağdurenin babasının ihbarı üzerine başladığının anlaşılması karşısında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurlarının oluşmadığı, eylemin TCK'nın 234/3. maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır.

IV. Görüşümüz

Olayda kanaatimiz, sanığın işlediği fiilin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmadığı, ancak TCK'nın 234/3. maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturabileceği yönündedir. Bu açıdan da yerel mahkeme, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun dahil olduğu birinci görüşü değil, Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin kararında benimsediği ikinci görüşü yerinde görmekteyiz. İncelememizde hem bu görüşümüzün gerekçelerini açıklayacağız hem de TCK md. 234 hükmü açısından bir öneride bulunacağız.

Bu kapsamda her şeyden evvel kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu arasındaki fark üzerinde kısaca durulmasında fayda bulunmaktadır. Bir defa "*Bir kimseyi*

hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.” şeklindeki TCK md. 109/1 hükmünde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuyla korunan hukuki değer, kişinin bir yerde kalma ya da bir yere gitme, yani mevcut konumunun sabit kalmasını sağlama ya da değiştirme bakımından özgürlüğü, bu konuda karar verebilme hürriyetidir². Nitekim bu husus, madde gerekçesinde de “*Bu suç ile korunan hukuki değer, kişilerin kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyetidir.*” şeklindeki ifadelerle ortaya konmuştur.

Buna karşılık “*Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısmının, on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırması veya alıkoyması halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” şeklindeki TCK md. 234/1 hükmünde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve

² BGHSt 32, 183 (**Johannes Wessels/Michael Hettinger**, Strafrecht Besonderer Teil, 33. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2009, kn. 370); BGHSt 14, 314 (**Urs Kindhauser**, Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2010, § 239 kn. 1); **Urs Kindhauser**, Strafrecht Besonderer Teil I, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2009, § 15 kn. 1; **Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald**, Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 10. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2009, § 14 kn. 2; **Gunther Arzt/Ulrich Weber/Bernd Heinrich/Eric Hilgendorf**, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2009, § 9 kn. 8; **Ayhan Önder**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 27; **Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Baskı, Seçkin, Ankara 2016, s. 477; **Mahmut Koca/İlhan Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Adalet, Ankara 2017, s. 401; **Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, s. 416; **M. Emin Artuk/Ahmet Gökcen/M. Emin Aşahin/Kerim Çakır**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Adalet, Ankara 2017, s. 261; **Doğan Soyaslan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Bası, Yetkin, Ankara 2016, s. 261; **Serap Keskin Kızıroğlu**, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, Özel Ceza Hukuku III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, On İki Levha, İstanbul 2018, s. 73.

alikonulması suçuyla korunan hukuki değer, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda olduğu gibi kişinin kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyeti olmayıp³ velayet hakkıdır⁴.

Bu durum, kararda esas olarak tartışılan çocuğun kaçırılması ve alikonulması suçunun düzenlendiği TCK md. 234 hükmüne sonradan eklenen üçüncü fıkra hükmü bakımından da geçerlidir. Söz konusu hükme göre, “*Kanunî 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.*” Suçun kanuni tanımına göre çocuğun rızasının bulunmasına bir önem atfedilmemesinin sebebi, suçun çocuğun iradesine, özgürlüğüne karşı değil, ailesine, vasi ya da velisine karşı işlenmiş kabul edilmesidir⁵. Nitekim bu hükmün sonradan kanuna eklenme gerekçesi de bu durumu açıkça ortaya koymaktadır:

*“22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 339 uncu maddesinin dördüncü fıkrasına göre,
“Çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terk edemez ve*

³ Bu bakımdan bu iki suç arasında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile çocuğun kaçırılması ve alikonulması suçları arasında görünüşte içtima ilişkisinden bahsedilemez. Kaldı ki bir defa bu suçlardan birinde çocuğun hukuka aykırı olarak bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakılması söz konusuysa, yani rızası yokken diğerinde çocuğun rızası söz konusudur. Bakınız **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 937.

⁴ **Ayşe Nuhoğlu**, Aile Düzenine Karşı Suçlar, Beta, İstanbul 2009, s. 179; **Recep Gülşen**, Çocuğun Kaçırılması ve Alikonulması Suçu (TCK m. 234), **Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı Armağanı, İÜHFM**, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 599; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 933; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 6957. Doktrinde bir görüş, bu suçla korunan hukuki değerlerin karma bir nitelik taşıdığını ileri sürmüştür. Bu çerçevede **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, velayet hakkının yanı sıra çocuğun da kendisine karşı korunduğunu ifade etmişlerdir. Bkz. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 598.

⁵ **Nuhoğlu**, s. 183; **Gülşen**, s. 600; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 934.

yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz." Bu hükümle, yaşı ne olursa olsun, çocuğa ana ve babasının bilgisi veya rızası dışında evi terk etmeme hususunda bir yükümlülük yüklenmiştir. Bu hükmü, ana ve babasının bilgisi ve rızası dışında evi terk eden çocuğu yanında bulunduran kişiye çocuğun ana ve babasını veya yetkili makamları durumdan haberdar etmek yönünde bir yükümlülük yüklemek suretiyle tamamlamak gerekir. Çocuğun evi terk etmesinin ana ve babada büyük bir tedirginlik oluşturduğu herkes tarafından bilinen bir gerçektir. Belirtilen gerekçelerle, Türk Ceza Kanununun, "Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması" başlıklı 234 üncü maddesine, kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu rızasıyla da olsa yanında tutan kişiye çocuğun ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmek yönünde bir yükümlülük yükleyen ve bu yükümlülüğe aykırı davranışı suç olarak tanımlayan bir fıkra eklenmiştir."

Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçuna sonradan eklenen bu üçüncü fıkra düzenlemesinin kapsamı, birinci fıkra düzenlenmiş suçun temel şekli karşısında daha da geniştir. Öyle ki çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun birinci fıkrasındaki kanuni tanıma göre suçun konusu olan çocuklar açısından bir yaş sınırlaması getirilmiş, bunun da ötesinde suça, fail açısından özel suç niteliği kazandırılmıştır⁶. Nitekim kanuni tanımda da görüldüğü üzere birinci fıkra yer alan suçun ancak

⁶ Nuhoglu, s. 181; Gülşen, s. 591; Tezcan/Erdem/Önok, s. 933; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6958; Keskin Kızıroğlu, s. 85.

velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya baba ya da üçüncü derece dahil kan hısmı tarafından işlenebileceğine işaret edilmiştir. Nihayet kanuni tanımda yer aldığı üzere on altı yaşını bitirmemiş bir çocuk, cebir veya tehdit olmaksızın, yani çocuğun rızasıyla dahi olsa özel faillik niteliğini haiz kişiler tarafından alıkonulduğu takdirde bu suçun oluşmasından bahsedilecektir. Oysa ki üçüncü fıkra hükmünde hem fail bakımından hem de çocuğun yaşı açısından herhangi bir sınırlandırma getirilmemiştir. Buna göre üçüncü fıkra hükmü, velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya baba ya da üçüncü derece dahil kan hısmı da dahil olmak üzere herkes tarafından işlenebilecektir⁷. Ayrıca üçüncü fıkra suçun konusu bakımından da yaşına bakılmaksızın bütün çocuklar suçun konusu olabilecektir⁸. Bu noktada TCK md. 234 hükmünün üçüncü fıkrası hükmünün, birinci fıkra hükmüne bağlı olduğu, bu açıdan birinci fıkra da yer alan on altı yaşını doldurmamış olma şeklindeki çocukların yaşıyla ilgili özel belirlemenin üçüncü fıkra bakımından da geçerli olduğu yönünde ileri sürülebilecek görüş, üçüncü fıkranın eklenme gerekçesinde yer alan “*Bu hükümle, yaşı ne olursa olsun, çocuğa ana ve babasının bilgisi veya rızası dışında evi terk etmeme hususunda bir yükümlülük yüklenmiştir.*” şeklindeki ifade nedeniyle yerinde değildir. Dolayısıyla TCK md. 234 hükmünün üçüncü fıkrası açısından TCK md. 6/1-b hükmüne göre çocuk deyiminden henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılacağından on beş yaşını tamamlamamış kişilerle birlikte on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte on sekiz yaşını doldurmamış kişiler de suçun konusu olabilecektir.

⁷ Nuhoğlu, s. 181; Gülşen, s. 600; Tezcan/Erdem/Önok, s. 934; Artuk/Gökçen/Alışahin/Çakır, s. 602; Yaşar/Gökçen/Artuç, s. 6960.

⁸ Nuhoğlu, s. 183; Gülşen, s. 600; Tezcan/Erdem/Önok, s. 934; Yaşar/Gökçen/Artuç, s. 6961.

Tam bu noktada altı çizilmesi gereken husus, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun hem birinci hem de üçüncü fıkrasında yer alan ifadeler dikkate alındığında çocuğun veli ya da vasisinin yanından ayrılma ya da failin yanında bulunma konusunda rızasının bulunabileceğinin kabul edilmiş olmasıdır. Ancak bu suç kapsamında korunan hukuki değer, çocuğun iradesi olmayıp velayet hakkı olduğundan veli ya da vasisinin iradesine uygun davranma yükümlülüğüne aykırı davranış (birinci fıkra) yahut da veli veya vasiyi haberdar etme yükümlülüğüne aykırı davranış (üçüncü fıkra) ceza yaptırımına tabi tutulmuştur. Yani bu düzenlemeyle birlikte (üçüncü fıkra) on sekiz yaşını tamamlamadığı sürece evi terk etmiş olan herhangi bir çocuğu, çocuğun ailesine yahut da yetkili mercilere bildirmeksizin yanında bulundurma ceza hukuku anlamında cezalandırılabilir kılınmıştır. Bu açıdan bir çocuk, kendi rızasıyla dahi olsa velisine ya da vasisine haber vermeden evi terk eder ve bir başka kişinin yanına giderse, yanına gittiği kişinin çocuğun veli ya da vasisini yahut da yetkili makamları durumdan haberdar etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu suç tipi bakımından çocuğun rızasının varlığı, hukuka uygunluk nedeni teşkil etmeyecektir⁹.

Buna karşılık çocuğun rızası, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna etki edip suçun oluşmasına engel teşkil edebilecektir¹⁰. Bu çerçevede her ne kadar Türk doktrininde hâkim görüş¹¹ tarafından kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından rıza bir hukuka uygunluk

⁹ Keskin Kızıroğlu, s. 84; Nuhoğlu, s. 194; Tezcan/Erdem/Önok, s. 937; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 277.

¹⁰ Nuhoğlu, s. 194; Koca/Üzülmez, s. 410.

¹¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 493; Koca/Üzülmez, s. 410; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 424; Soyaslan, s. 264; Keskin Kızıroğlu, s. 82, 83; Yaşar/Gökçen/Artuç, s. 3734, 3735.

nedeni olduğu kabul edilmekteyse de kanaatimize göre tipikliğe engel olucu nitelik arz etmektedir¹². Nitekim Alman hukukunda da hâkim görüş¹³ tarafından kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından, kanuni tanımda açıkça rızaya aykırılıktan bahsedilmese de yorum yoluyla rızanın tipikliğe engel olucu bir neden olduğu kabul edilmektedir. Bu çerçevede rızanın Türk hukukunda da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından tipikliğe engel olucu bir nitelik arz ettiği ileri sürülebilir. Öyle ki bir kişinin bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılmasının, kişinin rızasıyla olabilecek bir durum olmasından söz edilemez. “Yoksun bırakma” ifadesi, başlı başına rızaya aykırılığı bünyesinde bulundurmaktadır. Alman Ceza Kanunu’nda da bir kimsenin çıkamayacağı şekilde bir yere kapatılması veya başka bir şekilde hürriyetinden yoksun kılınmasından bahsedilmiş, bu kanuni tanıma

¹² Benzer görüş için bakınız **Önder**, s. 31. Bu çerçevede 765 sayılı TCK döneminde *Önder* tarafından kişiyi hürriyeti yoksun kılma suçu bakımından rızanın hukuka uygunluk nedeni olmadığı, tipikliğe engel olan bir neden olduğu ifade edilmiştir. Elbette *yazarın* bu görüşü, yapmış olduğu atıf da dikkate alındığında Alman doktrininden etkilendiğini göstermektedir.

¹³ **Claus Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, C. H. Beck, § 13 kn. 2; **Horst Schlehofer**, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Band 1: §§ 1-37, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017, Vor § 32 kn. 140; **Volker Krey/Robert Esser**, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2012, kn. 656; **Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2011, § 9 kn. 8; **Urs Kindhäuser**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2015, § 12 kn. 36; **Walter Gropp**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer 2015, § 5 kn. 113; BGH NJW 1993, s. 1807 – **Kindhäuser**, Nomos Kommentar, § 239 kn. 14. Aksi görüş için bakınız **Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend**, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker&Humblot, Berlin 1996, § 34 I 1 b.

binaen doktrinde yaygın şekilde rızanın tipikliğe engel teşkil ettiği kabul edilmiştir¹⁴.

Rızanın hukuka uygunluk nedeni mi yoksa tipikliğe engel teşkil eden bir neden mi olduğu ve bunun ne tür bir önemi haiz olduğu hususu, ayrı bir incelemenin konusu olmakla birlikte bu karar analizinde rızanın tipikliğe engel teşkil eden bir neden olarak kabul edilmesinin önemli bir sonucuna vurgu yapılmasında fayda bulunmaktadır. Şöyle ki rıza ehliyetinin sınırları, hukuka uygunluk nedeni olan rızada tipikliğe engel olan rızadakine göre daha dardır. Hukuka uygunluk nedeni olan rızada kişinin rıza gösterebilmesi için hukuki anlamda rıza yeteneğine sahip olması gerekirken tipikliğe engel olan rızada önemli olan kişinin doğal irade yeteneğine sahip olmasıdır¹⁵. Bu çerçevede tipikliğe engel olan rızanın söz konusu olduğu durumlarda belirli bir seviyeye kadar çocukların ve akıl hastalarının da rıza ehliyetine sahip oldukları kabul edilmektedir¹⁶. Oysa ki hukuka uygunluk nedeni olan rızanın söz konusu olduğu durumlarda rıza gösteren kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olup olmadıkları konusunda bir değerlendirme yapılmalıdır. Diğer bir ifadeyle hukuka uygunluk nedeni olan rızayı gösteren kişinin kendi üzerinde bir

¹⁴ Bazı suç tiplerinde rızaya aykırılığa açıkça kanuni tanımda yer verilir. Rızaya aykırılığın açıkça belirtildiği suç tiplerine hırsızlık suçu (TCK md. 141) örnek gösterilebilir. Bu suç tipinde zilyedin rızası olmaksızın taşınır malın bulunduğu yerden alınmasından söz edilmiştir. Bununla birlikte bazı suçlarda fiilin rızaya aykırı olarak gerçekleştirilmesine yönelik gereklilik, suçun kanuni tanımında yer alan fiilin yorumlanması suretiyle ortaya konulabilir. İşte kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu da bunlardan biri olarak gösterilebilir. Esasen hırsızlık suçunun tanımında da “alma” ifadesi yerine “çalma” ifadesi kullanılmış olsaydı “zilyedin rızasına aykırı olarak taşınır malın bulunduğu yerden **alınması**”dan söz edilmesine gerek kalmayabilirdi. Zira “çalmak”, zaten rızaya aykırı olarak gerçekleştirilebilir.

¹⁵ Schmidt, kn. 431.

¹⁶ Stratenwerth/Kuhlen, § 9 kn. 12.

tehlikeye neden olması bakımından hukuki değer anlamını ve saldırının ağırlığını anlayabilecek nitelikte algılama yeteneğine sahip olması gerekmektedir¹⁷.

Bu tespitler karşısında rızayı tipikliğe engel olan bir neden olarak kabul ettiğimizde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından kural olarak çocuğun da rıza yeteneğinden söz edilebilecek, bu anlamda bir yerde bulunması konusunda vermiş olduğu rıza karşısında suçun oluşmadığı ifade edilebilecektir. Bununla birlikte Türk doktrininde bu suç bakımından rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüşlerin varlığı dikkate alındığında bu kabul üzerinden de bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bir kimsenin rıza yeteneğine sahip olup olmadığı konusunda yapılacak değerlendirme, suç tipi kapsamında korunan hukuki değer ve olayın somut özellikleri çerçevesinde değişiklik gösterecektir. Bu noktada kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kapsamında korunan hukuki değer kişinin karar verme hürriyeti olması karşısında temyiz kudretine sahip çocukların rızalarından bahsedilebilecektir¹⁸.

Bu açıklamalardan hareketle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kapsamında yer alan rızanın hukuka uygunluk nedeni olan rıza olarak kabul edilmesi halinde bir çocuğun özgürlüğü konusunda karar

¹⁷ RGSt 41, 392; BGHSt 4, 88 (Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 12 kn. 11); Koca/Üzülmez, s. 410; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 425; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3735.

¹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 492; Koca/Üzülmez, s. 410; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 425; Keskin Kızıroğlu, s. 83.

verebilmesi için her ne kadar doktrinde¹⁹ ve uygulamada²⁰ on beş yaşını tamamlamış olması gerektiği ileri sürülmekteyse de kanaatimize göre on beş yaşını tamamlamamış olsa bile çocukların somut olayın özelliklerine göre kendi istek ve arzusuyla bir yere gitme ya da bir yerde bulunma konusunda rıza yeteneğine sahip olduklarından söz edilebilecek, bu noktada cinsel dokunulmazlıkta olduğu gibi bir kısıtlamanın varlığından bahsedilemeyecektir²¹. Buna göre on beş yaşını henüz tamamlamamış çocukların rızalarının geçerli olup olmayacağı konusunda somut olayın

¹⁹ **Nuhoğlu**, s. 195; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 277; **Yaşar/Gökçan/Artuç**, s. 3735. Bununla birlikte **Yıldız**, bu konuda rıza gösterilebilmesi için on sekiz yaşının tamamlanmış olması gerektiğini, on sekiz yaşını tamamlamamış kişilerin özgürlükleri konusunda rızalarının geçerli olmayacağını belirtmiş, buna gerekçe olarak da 765 sayılı TCK md. 430 hükmü karşısında mevcut kanunda yalnızca suçun çocuğa karşı işlenmesi ve cinsel amaçla işlenmesinin nitelikli hal olarak düzenlenmiş olmasını göstermiştir. (**Ali Kemal Yıldız**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 238). Aynı yönde görüş için bakınız **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 425. Bu hükmün (TCK md. 109/3-f) çocuğun ancak rızası bulunmadığı yahut da olayın somut şartlarına göre rıza gösterme yeteneğine sahip olmadığı takdirde uygulanabileceği ifade edilmelidir. Bununla birlikte doktrinde kanunda rıza ehliyeti konusunda bir düzenleme bulunmadığından dolayı Yargıtay'ın yaptığı gibi doğrudan 15 yaşını bitirmiş çocukların kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından rızalarının geçerli sayılamayacağı yönünde bir görüş de (**Meral Ekici Şahin**, Ceza Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 135) ileri sürülmüştür.

²⁰ “*Sanık Erhan'ın suç tarihinde 15 yaşını bitirmeyen mağdureyi aynı suç işleme kararı kapsamında 14.06.2007 gecesi ve 15.06.2007 gecesi cinsel amaçla iş yerinde tutmak suretiyle hürriyetini kısıtladığı, mağdurenin mümeyyiz olsa dahi, yaşı itibarıyla rızasının hukuken geçerli olmadığı, sanığın eyleminin TCK'nın 109/1-3 f-5. Maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu anlaşıldığı halde anılan madde ile cezalandırılması yerine yazılı gerekçelerle beraatına karar verilmesi...*” Y. 14. CD., 09.05.2012, 2011/4216 2012/5292 (**Yaşar/Gökçan/Artuç**, s. 3735, dipnot 1766). Yargıtay kararlarında kesin olarak 15 yaşını tamamlamış çocukların rızalarının işlenen fiili hukuka uygun hale getirdiği yönünde görüş kabul edilmiştir. Bakınız Y. 14. CD., 05.03.2013, 2012/13546-2013/2184; YCGK, 2007/5-253-2008/52 (**Yaşar/Gökçan/Artuç**, s. 3736, 3737).

²¹ Benzer yönde görüşler için bakınız **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 492; **Koca/Üzülmez**, s. 410; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 425; **Keskin Kızıroğlu**, s. 83. Ayrıca doktrinde **Ekici Şahin**'in yapmış olduğu açıklamalardan Yargıtay'ın cinsel suç düzenlemesinden hareket ederek buradaki kıstasları kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından da uygulamasının yorum sınırlarını zorladığı, bunun kıyas yasağına aykırı olduğu, dolayısıyla somut olayda kişinin rıza gösterdiği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bakınız **Ekici Şahin**, s. 136.

özellikleri incelenmelidir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, somut olayın özelliklerinin göz önünde bulundurulmasına dair gerekliliktir. Dolayısıyla on dört yaşında bir çocuk, kendi isteği doğrultusunda bir arkadaşıyla herhangi bir yere gidebileceği gibi aynı zamanda o yerde kalabilir. Zira on dört yaşındaki çocuğun arkadaşının evine gidip gece 22'ye kadar ders çalışması²², arkadaşıyla başka bir şehirde geziye gitme, orada konaklama gibi hususlarda karar verebilme yeteneğinden söz edilebilirken aynı durumun yedi-sekiz yaşındaki çocuk açısından geçerli olduğundan bahsedilemeyebilir. Bununla birlikte yedi yaşındaki bir çocuğun da evinin önündeki parka çıkıp arkadaşlarıyla oynama konusunda karar verebilme yeteneğine sahip olduğu da rahatlıkla belirtilebilir. Dolayısıyla rıza yeteneği konusunda somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmalı, buna göre bir sonuca ulaşılmalıdır.

Kaldı ki bu sonuç, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kapsamında yer alan rızanın tipikliğe engel olan rıza olarak kabul edilmesi ihtimalinde de geçerlidir. Şayet bu rıza, bizim de kabul ettiğimiz gibi tipikliğe engel olan rıza olarak kabul edilecek olursa doğal irade yeteneği yeterli görüleceğinden rıza ehliyeti açısından sınırlar genişleyecek, on iki yaşını tamamlamış, on beş yaşını henüz tamamlamamış çocukların rızaları tereddütsüz kabul edilecek, hatta on iki yaşını doldurmamış çocukların dahi rızaları geçerli görülebilecektir. Bu çerçevede kişiyi hürriyetinden bırakma suçu bakımından rıza, ister Türk doktrininde hakim görüş tarafından kabul edildiği gibi hukuka

²² Örnek için bakınız **İzzet Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Seçkin, Ankara 2018, s. 372, dipnot 536; **Gülşen**, s. 601.

uygunluk nedeni olarak görülsün isterse Alman doktrininde hakim görüş tarafından benimsendiği üzere tipikliğe engel olan neden olarak telakki edilsin her halükarda on dört yaşındaki çocuğun arkadaşının evinde gece 22'ye kadar ders çalışması örneğinde durumdan haberdar olmayan ve endişelenen ailenin polise haber vermesi üzerine çocuğun arkadaşının ailesinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan değil, ancak ailenin şikâyeti üzerine çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçundan sorumlulukları söz konusu olacaktır²³.

Bu tespitimize rağmen dikkat çekilmesi gereken en önemli husus, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin rıza yeteneği konusunda bir değerlendirme yapılırken cinsel suçların ölçüt alınmasının yanlışlığıdır. Nitekim incelediğimiz kararda olduğu gibi Yargıtay kararlarında da çocukların cinsel istismarı suçu üzerinden bir yorum yapılarak, hem de kıyasa varacak şekilde geniş yorum yapılarak²⁴ 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 yukarıda da vurguladığımız üzere rıza yeteneği, suçtan suça ve hatta kişiden kişiye değişebileceğinden Yargıtay kararlarındaki kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kapsamındaki rızanın çocukların cinsel istismar suçu üzerinden belirlenmesi şeklindeki

²³ Keskin Kızıroğlu, s. 84.

²⁴ Yargıtay'ın bu şekildeki uygulamasına yönelik eleştiriler için bakınız Özgenç, s. 372, dipnot 536; Ekici Şahin, 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/Bacaksız/Tepe, s. 425.

değerlendirmeler²⁵ yerinde değildir²⁶. 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 nitelikli halini uygulama yoluna gitmektedir. Yani çocuğun, bir yerde bulunurken hangi amaçla orada bulunduğunu dikkate alarak rızanın geçerli olup olmadığını değerlendirmektedir²⁷.

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 görülmeyecektir. Bunun için en azından TCK md. 116 hükmünden düzenlenen konut dokunulmazlığının ihlali suçunun üçüncü fıkrasında olduğu gibi rıza açıklamasının meşru bir amaca yönelik olması gerektiği açıkça belirtilmelidir. Aksi takdirde gerek Türk doktrininde hakim görüş tarafından gerekse Yargıtay kararlarında çocuğun bir yerde bulunmaya yönelik rızasının amacın meşruiyetine göre bir değerlendirmeye tabi tutulması kanunilik ilkesine aykırı olacaktır. 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

²⁵ Bakınız YCGK, E. 2007/5-253, K. 2008/52 T. 11.03.2008.

²⁶ Aynı yönde görüş için bakınız **Özgenç**, s. s. 372, dipnot 536; **Koca/Üzülmez**, s. 410; **Keskin Kızıroğlu**, s. 83, 84.

²⁷ 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.

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. 109/3) 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 gidilemez²⁸. İncelenen olayda suçun konusu olan on dört yaşındaki kız çocuğunun evlenmek amacıyla dahi olsa ailesiyle birlikte yaşadığı evi kendi isteğiyle terk etmesi ve sevdiği kişiyle birlikte yaşamaya başlaması bakımından kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel şeklinin işlenmiş olmasından bahsedilemeyeceğinden çocuğa karşı işlenmesinden (TCK md. 109/3-f) ve cinsel amaçla işlenmesinden (TCK md. 109/5) de söz edilemeyecektir. Dolayısıyla yerel mahkeme, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun dahil olduğu birinci görüş yerinde değildir.

²⁸ *Yıldız*'a göre de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda failde buna ilişkin bir amaç ya da saikin aranmasına kanunda yer verilmediğinden uygulamada da böyle bir unsurun aranması mümkün değildir (*Yıldız*, 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).

Olayda Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin de belirttiği gibi²⁹ çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu söz konusudur. Yani çocuğun irade özgürlüğünden ziyade ailenin velayet hakkı ihlal edilmiştir. Buradan da anlaşılmaktadır ki bazı hallerde çocuğun irade hürriyetiyle velayet hakkı çatışabilir. İşte bu durumlarda velayet hakkına üstünlük tanınmıştır. Ancak bu şekilde velayet hakkına üstünlük tanınmış olması da çocuğun iradesinin yok sayılması, kişi hürriyetinden yoksun kılma suçu kapsamında korunan hukuki değer açısından rıza yeteneğinin bulunmadığı anlamına gelmeyecektir. Sadece çocuğun rızası olsa dahi, rızasıyla başkasının yanında bulunsa dahi, ailenin durumdan haberdar olmadığı hallerde çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu işlenmiş olacaktır. Olayda da tam olarak bu durumdan söz edilebilir.

Buna rağmen Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlendiği, hem de cinsel amaçla işlenmesi şeklindeki nitelikli hali uygulamasındaki en temel nedenlerden biri hiç kuşkusuz ki sanığın on dört yaşında bir kız çocuğuyla çocuğun rızası bulunsa dahi evlenme yönündeki amacıdır. Çocuk evliliklerinin önüne geçilmesi yönündeki çabalar ve çok daha önemlisi çocuğun cinsel amaçla

²⁹ Esasen Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin bu konudaki kararları isabetli şekilde hem aynı yönde olup böyle durumlarda çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun (TCK md. 234) işlendiği şeklindedir: “Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sanık A.K'nın yapılan yargılaması sonunda; atılı suçtan mahkumiyetine dair... Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 24.02.2009 gün veEsas,Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtayca incelenmesi sanık müdafî tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığından tebliğname ile Daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü: Mağdurenin cebir, tehdit veya hile kullanılmaksızın sanıkla gönüllü olarak birlikte kaçması, sanığın mağdureye yönelik hukuka aykırı herhangi bir eyleminin bulunmaması ve soruşturmanın mağdurenin babası müşteki M.A.'nin ihbarı üzerine başladığının anlaşılması karşısında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurları oluşmayıp eylemin TCK'nın 234/3. Maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturduğunun gözetilmemesi...” Y. 14. CD., 12.11.2013, 2011-15673/2013-11409 - **Koca/Üzülmez**, s. 411, dipnot 297.

kişinin yanında bulunuyor olması, muhtemeldir ki Yargıtay'ın bu yönde bir karar vermesine neden olmuştur. Zira çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun üçüncü fıkrasında düzenlenen suç, şikâyete tabi olup veli ya da vasinin şikayetini geri almasıyla birlikte soruşturulabilir ve kovuşturulabilir olmaktan çıkmaktadır. Böylelikle çocuk evliliklerinin her durumda önüne geçilmesi sağlanamamaktadır. Zira on beş yaşını tamamlamış çocuklar bir tarafa on beş yaşını tamamlamamış çocukların dahi bir başka kimseyle resmi anlamda olmasa dahi cinsel birlikteliği de içerecek şekilde adeta evlilik ilişkisi yaşamalarına toplumun bir kısmı tarafından belirli koşullarda müsamaha gösterilmekte, bu da adeta çocuk gelinlerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bunun yanında 765 sayılı TCK'da yer alan “*Eğer reşit olmayan kimse, cebir ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın kendi rızası ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırılmış veya bir yerde alıkonulmuş ise ceza altı aydan üç seneye kadar haptir.*” şeklindeki madde 430/2 hükmüne benzer bir düzenlemenin mevcut kanunda bulunmaması da dikkate alındığında Yargıtay'ın bu açıklığı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile kapatmaya çalıştığı görülmektedir. İşte bu nedenle çocuğun bir başkasıyla resmi nikah olmaksızın birliktelik oluşturması konusunda veli ya da vasiye sınırsız anlamda takdir yetkisi bırakmak istemeyen ve çocuk gelinlerin önüne geçmek isteyen Yargıtay, şikâyete tabi olmayan ve cezası da çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçuna nazaran oldukça yüksek olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçlı işlenmesi şeklindeki nitelikli hali uygulama yoluna gitmektedir.

Yargıtay'ın bu şekilde bir uygulama yoluna gitmesi, çocuk evliliklerin önüne geçme şeklindeki amacı itibariyle meşru görülebilirse

de kanuni düzenlemelere açık bir şekilde uygun değildir. Burada Yargıtay, kendisini kanun koyucu yerine koyarak adeta bir kural ihdas etme yoluna gitmektedir. Bu noktada amaca matuf bir çözümün getirilmesi, ancak kanuni düzenlemelerde bazı değişikliklerin yapılması suretiyle gerçekleştirilebilir. Bu çerçevede ortaya çıkan sorun, 765 sayılı TCK'da yer alan “Eğer reşit olmayan kimse, cebir ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın kendi rızası ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırılmış veya bir yerde alıkonulmuş ise ceza altı aydan üç seneye kadar haptir.” şeklindeki madde 430/2 hükmüne benzer şekilde özel bir düzenlemenin ihdas edilmesiyle giderilebilir³⁰. Buna göre reşit olmayanların kaçırılma ya da alıkonulma konusundaki rızaları kural olarak kabul edilmişse de failin şehvet hissini veya evlenme maksadını taşıması durumunda bu rızaları kabul edilmemiştir. Bu bakımdan mevcut TCK md. 234 hükmünün üçüncü fıkrasında yer alan hükmü takip edecek şekilde çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun cinsel amaçla işlenmesi şeklinde bir nitelikli hal eklenebilir ve bu düzenlemede şikâyet koşuluna da yer verilmeyebilir. Bu sayede kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçlı olarak işlenmesi şeklindeki nitelikli halin uygulanmasına gerek kalmayacak, böylelikle hem velayet hakkına hem de çocuğun cinsel dokunulmazlığına yönelik bir koruma sağlanmış olacak, sorunun üstesinden gelinmiş olacaktır.

³⁰ Nitekim *Keskin Kızıroğlu*, TCK'daki yaş küçüklüğüne ilişkin düzenlemeyi esas almış ve bu kapsamda bir sonuca ulaşmıştır. *Yazara* göre 12 yaşını doldurmuş olup henüz 15 yaşını doldurmamış bulunan çocukların rızaları bulunsa dahi bunu geçersiz kabul eden 765 sayılı TCK'nın 182. Maddesi hükmüne benzer bir hüküm bulunmadığından 15 yaşını doldurmamış bulunan çocuğun ayırt etme gücü varsa açıkladığı rızanın geçerli olacağını belirtmiştir. Bakınız *Keskin Kızıroğlu*, s. 83. Her ne kadar *Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır* da yaş küçüklüğüne ilişkin düzenlemeyi esas almış olsalar da 15 yaşından küçük çocukların hürriyetleri bakımından algılama yeteneklerinin bulunmadığı kabulüyle hareket etmişlerdir. Bkz. *Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır*, s. 277.

KAYNAKÇA

Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alaşahin, M. Emin/Çakır, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Adalet, Ankara 2017.

Arzt, Gunther/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric: Strafrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2009.

Gropp, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer 2015.

Gülşen, Recep: Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234), Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı Armağanı, İÜHFİM, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 589-607.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker&Humblot, Berlin 1996.

Kindhauser, Urs: Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2010.

Kindhäuser, Urs: Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2015.

Kindhauser, Urs: Strafrecht Besonderer Teil I, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2009.

Kızıroğlu, Serap Keskin: Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, Özel Ceza Hukuku III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, On İki Levha, İstanbul 2018.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Adalet, Ankara 2017.

Krey, Volker/Esser, Krey: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2012.

Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred: Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 10. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2009.

Nuhoglu, Ayşe: Aile Düzenine Karşı Suçlar, Beta, İstanbul 2009.

Önder, Ayhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin, Ankara 2017.

Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Seçkin, Ankara 2018.

Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, C. H. Beck, München 2006.

Schlehofer, Horst: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Band 1: §§ 1-37, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017.

Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Bası, Yetkin, Ankara 2016.

Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar: Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2011.

Şahin, Meral Ekici: Ceza Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Baskı, Seçkin, Ankara 2016.

Wessels, Johannes/Hettinger, Michael: Strafrecht Besonderer Teil, 33. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2009.

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