

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ÇOCUĞUN KAÇIRILMASI VE ALIKONULMASI
SUÇU
(TCK m.234)

KÜBRA GİZEM KARA

2501161222

TEZ DANIŞMANI

DR. ÖĞRETİM ÜYESİ MEHMET MADEN

İSTANBUL-2020



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : KÜBRA GİZEM KARA Numarası : 2501161222
Anabilim Dalı / Anasat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : DR.ÖĞR.ÜYESİ MEHMET MADEN
Tez Savunma Tarihi : 05.02.2020 Saati : 15.00
Tez Başlığı : ÇOCUĞUN KAÇIRILMASI VE ALIKONULMASI SUÇU (TCK M.234)

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, Sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUGUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF.DR. ADEM SÖZÜER		Kabul
2-DOÇ.DR. MEHMET EMİN ALŞAHİN		Kabul
3-DR.ÖĞR.ÜYESİ SELMAN DURSUN		KABUL
4-DR.ÖĞR.ÜYESİ MEHMET MADEN		Kabul
5-DR.ÖĞR.ÜYESİ MUHAMMED DEMİREL		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-DR.ÖĞR.ÜYESİ KERİM ÇAKIR		
2-DR.ÖĞR.ÜYESİ SERDAR TALAS		

ÖZ

ÇOCUĞUN KAÇIRILMASI VE ALIKONULMASI SUÇU (TCK m.234)

KÜBRA GİZEM KARA

Bu çalışmada Türk Ceza Kanunu m.234'te düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçları incelenmiştir. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçları, ailenin ve çocuklar üzerindeki velayet ve vesayet haklarının korunmasını sağlamak açısından önem arz etmektedir. Çalışmanın ilk bölümünde suçun incelenmesini kolaylaştıracak kavramlar açıklanmıştır. Bu doğrultuda aile, çocuk, velayet ve vesayet kavramlarına yer verilmiştir. Bölümün devamında Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi ele alınmıştır. İkinci bölümde 234. maddenin ilk iki fıkrasında düzenlenen belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması, üçüncü bölümde maddenin son fıkrasında düzenlenen evi terk eden çocuğu yanında tutma suçu sistematik içerisinde incelenerek benzer suçlardan farkları ortaya konulmuştur.

Anahtar kelimeler: Çocuğun kaçırılması, Çocuğun alıkonulması, Velayet ve vesayet hakları

ABSTRACT

CRIME OF CHILD ABDUCTION AND DETENTION
(ARTICLE 234 OF TURKISH PENAL CODE)

KÜBRA GİZEM KARA

In this study, the crimes of child abduction and detention of children, which were regulated in article 234 of Turkish Penal Code, are examined. The crimes of child abduction and detention are important to ensure the protection of the family and custody rights of the children. In the first part of the study, the concepts that will facilitate the investigation of crime are explained. In this direction, the concepts of family, child, custody and guardianship are addressed. The following section discusses The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. In the second part, the kidnapping and detention by certain people that were arranged in the first two paragraphs of article 234 are examined. In the third part, the crime of keeping the child, who left the house, that is arranged in the last paragraph of the article is systematically examined and their differences from similar crimes are revealed.

Key words: Child abduction, Detention, Custody and guardianship rights

ÖNSÖZ

Türk Ceza Kanunu m.234'te düzenlenen ve çalışmamızın konusu olan “Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması” başlıklı düzenleme, aile düzenine yönelik saldırıların cezalandırılmasını amaçlamaktadır. Öyle ki, toplumun temelini oluşturma niteliğine sahip olan ailenin zarar görmesine yönelik fiillerin yaptırıma tabi tutulması bir ihtiyaçtır. Aile içerisindeki bireylerin ilişkilerine yönelik saldırılar da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Çocuk ile anne ve babası arasındaki hukuki ilişkiyi oluşturan velayetin ve çocuk üzerinde görev ve hakların bir başka görünümü olan vesayetin ihlal edilmesi ailenin düzenini bozmaya yönelik davranışlardır. Velayet ve vesayet haklarının yerine getirilmesini engelleyen ve veli yahut vasinin çocuğun yerini belirlemeye yönelik iradesini ortadan kaldıran fiiller Türk Ceza Kanunu'nun 234. maddesinde yaptırım altına alınmıştır.

Çocuğun veli, vasi, bakım ve gözetim altında bulunduğu kişinin yanından kaçırılması, alıkonulması, evi terk ettiği takdirde haber verilmeksizin tutulması fiilleri suçun kapsamını belirlemektedir. Suç ile korunması amaçlanan hukuksal değer, suçun işleniş biçimleri ve uygulanması gereken olayların, bu suç ile benzerlik gösteren ve farklı yaptırımlara tabi tutulan diğer suçlardan ayrılması gerekmektedir. Zira bu farklılıklar suçun nitelendirilmesini değiştirecek, ihlalin ağırlığına göre suç işleyen ve suçtan etkilenen kişiler değerlendirilecektir. Bu çalışmada da konumuzu oluşturan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçları, unsurları ve özellik gösterdiği durumlar incelenerek uygulama sahasının çerçevesi çizilmeye çalışılmıştır.

Bu vesileyle danışmanlığımı üstlenen değerli Hocam Dr. Öğretim Üyesi Mehmet MADEN'e destekleri için teşekkürlerimi sunarım. Bu süreçte her türlü fedakarlığı gösteren aileme de teşekkürü bir borç bilirim.

Kübra Gizem KARA

İstanbul

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR VE ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMANIN HUKUKİ VEÇHELERİNE DAİR LAHEY SÖZLEŞMESİ

I.TEMEL KAVRAMLAR.....	3
A. Aile	3
B. Çocuk.....	5
C.Velayet.....	10
1. Kavram.....	10
2. Velayetin Kapsamı	11
3. Velayetin Sona Ermesi	13
D. Vesayet.....	15
1. Kavram.....	15
2. Vesayetin Kapsamı.....	16
3. Vesayetin Sona Ermesi	17
II. ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMANIN HUKUKİ VEÇHELERİNE DAİR LAHEY SÖZLEŞMESİ	18
A. Sözleşmenin Konusu ve Niteliği	18
B. Sözleşme Kapsamında Çocuğun İadesi	19

İKİNCİ BÖLÜM

BELİRLİ KİŞİLER TARAFINDAN ÇOCUĞUN KAÇIRILMASI VE ALIKONULMASI SUÇU (TCK m.234/1-2)

I. KANUNİ TANIM VE GENEL OLARAK BELİRLİ KİŞİLER TARAFINDAN ÇOCUĞUN KAÇIRILMASI VE ALIKONULMASI SUÇU	25
II. SUÇ İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER	29
III. SUÇUN UNSURLARI	32
A. Suçun Maddi Unsurları	32
1. Fail	32
2. Mağdur	35
3. Suçun Konusu	40
4. Fiil	41
a. Kaçırma	41
b. Alıkoyma	45
5. Suçun Nitelikli Halleri	49
a. Cebir	49
b. Tehdit	52
c. On İki Yaşını Bitirmemiş Çocuk	54
B. Suçun Manevi Unsuru	54
C. Hukuka Aykırılık Unsuru	56
IV. KUSURLULUK	59
V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ	60
A. Teşebbüs	60
B. İştirak	62
C. İçtima	64
VI. MUHAKEME USULÜ VE YAPTIRIM	76
A. Muhakeme Usulü	76
B. Yaptırım	77

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EVİ TERK EDEN ÇOCUĞU YANINDA TUTMA SUÇU (TCK m.234/3)

I. KANUNİ TANIM VE GENEL OLARAK EVİ TERK EDEN ÇOCUĞU YANINDA TUTMA SUÇU	79
--	-----------

II. SUÇ İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER	80
III. SUÇUN UNSURLARI	82
A. Suçun Maddi Unsurları	82
1. Fail	82
2. Mağdur	83
3. Suçun Konusu	85
4. Fiil	87
B. Suçun Manevi Unsuru	94
C. Hukuka Aykırılık Unsuru	95
IV. KUSURLULUK.....	97
V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ.....	97
A. Teşebbüs.....	97
B. İştirak.....	97
C. İçtima.....	98
VI. MUHAKEME USULÜ VE YAPTIRIM.....	99
A. Muhakeme Usulü	99
B. Yaptırım.....	101
SONUÇ.....	103
KAYNAKÇA	108

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e	: adı geçen eser
a.g.m	: adı geçen makale
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
f.	: fıkra
İKK	: İcra İflas Kanunu
K.	: Karar
m.	: madde
R.G.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
v.d.	: ve diğerleri
Y	: Yargıtay
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

GİRİŞ

Aile düzeni, toplumda meydana getireceği sonuçlar bakımından arz ettiği önem nedeniyle her hukuk sisteminin korumak zorunda olduğu bir alandır. Düzenlenmesine ve korunmasına yeterince özen gösterilmemesi halinde aile içerisindeki bozulmalar toplumu ve toplumun geleceğini olumsuz yönde etkileyecektir. Türk Ceza Kanunu içerisinde de, ailenin fertlerine yönelik aile düzenini bozucu fiillerin cezalandırılması öngörülmüştür. 5237 sayılı TCK'nın 234. maddesinde aile düzenine karşı gerçekleştirilen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması fiilleri düzenlenmiştir.

Çalışmanın konusunu oluşturan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçları, velayet ve vesayet sahibi kişilerin çocuklar üzerindeki haklarına yönelik olarak düzenlenmiştir. Velayet hakkı elinden alınmış kişilerin ve yakın akrabaların fiililerine ya da çocuğun veli-vasisinin haberi olmaksızın evi terk etmesine dayalı bu suçlarla veli-vasi ve çocuk arasındaki aile ilişkilerine zarar verilmesinin önüne geçilmiştir.

Çalışmamızda ilk olarak, suç ile ilişkili kavramlara yer verilecektir. Böylelikle hem suçun oluşturulmasındaki gereklilik ortaya çıkarılacak, hem de suçun daha iyi anlaşılmasına katkı sağlanmış olacaktır. Bu noktada aile, çocuk, velayet ve vesayet kavramlarına değinilecektir. Bu kavramların gerek Türk Hukuku'nda gerekse uluslararası anlaşmalarda neyi ifade ettikleri ve nasıl korundukları incelenecektir. İlk bölümde ayrıca, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması fiillerinin uluslararası anlamdaki görünümüne ilişkin bir anlaşma olan Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi'ne yer verilecektir. Sözleşme'nin uygulama alanı ve kapsamı incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçlarından ilki olan belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu açıklanacaktır. TCK'nın 234. maddesinin ilk iki fıkrasında düzenlenen bu suçun oluşması için gerçekleştirilmesi gereken fiiller olan kaçırma ve alıkoyma fiilleri

tanımlanacaktır. Suçun mağduru yönünden farklı görüşlere yer verilerek, rızanın bu suç için işlevine değinilecektir. İctima bölümünde, belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu, çeşitli suçlarla beraber ele alınarak farkları ortaya konulacaktır. Konu, Yargıtay kararlarıyla değerlendirilerek açıklanmaya çalışılacaktır.

Çalışmamızın son bölümünü oluşturan üçüncü bölümde ise m.234'ün son fıkrasında düzenlenen evi terk eden çocuğu yanında tutma suçu irdelenecektir. Suç sistematığı çerçevesinde incelenen bu suç ile de özellikle TCK'nın 109. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasındaki ilişki incelenerek, konu hakkındaki farklı görüşlere yer verilecektir. Çalışmada Yargıtay kararları ve doktrindeki görüşler esas alınarak birtakım görüşler de ileri sürülecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR VE ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMANIN HUKUKİ VEÇHELERİNE DAİR LAHEY SÖZLEŞMESİ

I.TEMEL KAVRAMLAR

A. Aile

Çalışmanın konusu olan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçları, Türk Ceza Kanunu'nun "*Aile Düzenine Karşı Suçlar*" bölümünde düzenlenmiştir. Bu sebeple ilk olarak aile kavramına değinmek yerinde olacaktır.

Öncelikle aile, toplumu oluşturan en küçük yapıyı ifade etmektedir. Öyle ki insanlar evlilikle kendilerine ait yeni bir düzen ve yaşam tarzına sahip olurlar. Bunun gibi kişinin doğduğu, büyüüp yetiştiği ve ilk sosyal deneyimini yaşadığı alan ailesidir. Gerek evliliğin sosyal hayattaki sonuçları, gerekse ailenin çocuğun ilk yaşam alanı ve değerlerini alarak yetiştiği ortam olması toplumun da mevcut durumunu şekillendirecek, dahası geleceğine yön veren temel unsur olacaktır. Bu nedenle toplumlar ailenin korunması ve gelişmesi için gerekli tedbirler almak ve düzenlemeleri yapmak mecburiyetindedirler.

Bireylerin oluşturduğu aile kurumu tarihin her döneminde önem arz etse de ifade ettiği mana dönemsel değişikliklere uğramıştır.¹ Günümüzde dar, geniş ve en geniş anlamıyla aile, kendisini oluşturan bireyler aracılığıyla tanımlanmıştır. Buna göre dar anlamda aile evlilik birliğini oluşturan eşleri, geniş anlamda anne, baba ve

¹ Turgut Akıntürk, Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku**, İkinci Cilt, 21. bası, İstanbul, Beta, 2019, s.3-5; Bülent Köprülü, **Medeni Hukuk Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, Aile Hukuku (1-3. Kitaplar)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1970-1971, s. 459; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1986, s.2-4.

çocukları ifade etmektedir. En geniş anlamda ise aralarında soybağı ilişkisi olsun olmasın aile halinde yaşayan kişilerin oluşturduğu birlik anlamını taşımaktadır.²

Ailenin toplumun selameti açısından gösterdiği önem ve aileyi oluşturan bireylerden kadın ve çocuğun çoğu kez özel bir koruma gerektirmesi, bu kuruma dair bir takım düzenlemeleri gerektirmiştir. 1982 tarihli Anayasamızın da “*Ailenin korunması ve çocuk hakları*” başlıklı 41. maddesinde bu konu yer almaktadır. Buna göre,

“Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar...”

Ayrıca ailenin taşıdığı öneme binaen mahremiyetini koruma altına alan bir hüküm de Anayasamızda yer almıştır. Anayasanın 21. maddesine göre “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*”

Hukuk sistemimizde aileye ilişkin hükümler 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun ikinci kitabında düzenlenmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da “*Aile Düzenine Kaşı Suçlar*” bölümünde aile kurumunun bozulmasına yönelik bir takım ihlaller cezalandırılmaktadır. Bunların yanı sıra 6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ile şiddet mağduru aile bireylerinin korunması amaçlanmıştır.

Bunun gibi Türkiye’nin de taraf olduğu Avrupa Sosyal Şartı³ ve Medeni Ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’de⁴ ailenin toplumun “*temel birimi*”

² Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 5,6; Ali Naim İnan, **Çocuk Hukuku**, İstanbul, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları no:3, 1968, s.26; ana,baba,çocuğun dar anlamda aileyi; bu kişiler ve hısımların geniş anlamda aileyi oluşturduğu yönünde bkz. Köprülü **a.g.e.**, s. 459; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.4,5.

³ 3581 sayılı ve 16.07.1989 tarihli Kanun ile onaylanması uygun bulunarak 14.10.1989 tarihli, 20312 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁴ Türkiye anlaşmayı 15.08.2000 tarihinde imzalamış, 04.07.2003 tarih ve 4868 sayılı Kanunla uygun bulunarak 21.08.2003 sayılı ve 25175 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

olduğu ifade edilmiştir.⁵ Bu düzenlemelerle evliliğin ve genel itibariyle ailenin korunması amaçlanmıştır. İlave olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁶ ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde aile kurma hakkına ve buna saygı gösterilmesine dair düzenlemeler bulunmaktadır.⁷

B. Çocuk

Aile bireylerinden biri olan çocuk, adından da anlaşılacağı üzere, çalışma konumuzu oluşturan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun üzerinde gerçekleştiği kişidir. Bu nedenle çocuk kavramını incelemekte yarar vardır.

Çocuk, kullanım itibariyle iki farklı anlamı içermektedir. İlk olarak kaç yaşında olursa olsun anne-baba ile biyolojik bağı ifade eden bir kavramdır.⁸ İkinci olarak ise, genel itibariyle, insanın anne ve babasına muhtaç olarak geçirdiği ilk evresi olarak nitelendirilmektedir.⁹ Ancak böyle bir tanımlama her çocuk için çevresel faktörler, çocuğun kendi zekası ve yetenekleri doğrultusunda farklılık gösterebilir.¹⁰ Ayrıca, çocukluk her kültürün kendi anlayışına göre değişebileceğinden somut bir ölçüt belirlemek gerekmiştir.¹¹ Bu itibarla çocukluğun hangi dönemi içerdiği ülke mevzuatlarında kendisine yer bulmuş, uluslararası düzenlemelerle de buna ilişkin kıstaslar belirlenmiştir.

Türk hukukunda, Medeni Kanun'da çocuğun tanımı şeklinde olmasa da erginliğin başlangıcı olarak on sekiz yaşının doldurulması benimsenmiştir.

⁵ Avrupa Sosyal Şartı m.16'ya göre, "Akit Taraflar, toplumun temel birimi olan ailenin tam gelişmesi için gerekli koşulları sağlamak amacıyla; sosyal yardımlar ve aile yardımları, mali düzenlemeler, konut sağlama, yeni evlilere yardım ve diğer uygun araçlarla aile yaşamının ekonomik, yasal ve sosyal bakımdan korunmasını teşvik etmeyi taahhüt ederler." Medeni Ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 23'e göre "1. Aile, toplumun doğal ve temel birimidir ve toplum ve devlet tarafından korunma hakkına sahiptir..."

⁶ Türkiye, Sözleşme'yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamıştır. 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı Onay Kanunu, 19 Mart 1954 tarih ve 8662 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁷ AIHS m.8'e göre; "1. Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir..." İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.16'ya göre; "Yetişkin her erkeğin ve kadının, ırk, yurttaşlık veya din bakımlarından herhangi bir kısıtlamaya uğramaksızın evlenme ve aile kurmaya hakkı vardır..."

⁸ Sevgi Usta, **Velayet Hukuku**, İstanbul, On İki Levha, 2016, s.22.

⁹ İnan, **a.g.e.**, s.10,11.

¹⁰ İnan, **a.g.e.**, s. 11; Mediha Akarslan, **Anahatlarıyla Çocuk Hakları Ve Çocuk Hakları Mevzuatı**, İstanbul, Alfa, 1998, s. 8,9.

¹¹ Emine Akyüz, **Çocuk Hukuku**, Ankara, Pegem Akademi, 2018, s.98.

Dolayısıyla Medeni Kanun'a göre çocuk on sekiz yaşını doldurmamış kişidir. Bununla beraber kişilik TMK m.28 gereği çocuğun sağ olarak tamamıyla doğum anında başlayacağından, çocukluğun tam ve sağ olarak doğma ile başlayıp on sekiz yaşının doldurulmasıyla sona ereceği ifade edilebilir.¹² Genel itibariyle anlayış bu olmakla beraber Türk hukukunda erginliğin kazanılması için başka yollar da bulunmaktadır. Bunlardan ilki TMK m.12'nin izin verdiği ölçüde çocuğun ergin kılınabilmesidir. Buna göre on beş yaşını dolduran çocuk kendi isteği, velisinin rızası ve hakimın kararıyla ergin kılınabilecektir. İkinci olarak TMK m.11 gereği evlenme kişiyi ergin kılacağından, yasal temsilcisinin rızasıyla on yedi yaşını dolduran çocuğun ve önemli sebep gereği hakim kararıyla olmak şartıyla on altı yaşını dolduran çocuğun evlilikle birlikte erginlik kazanacağını ifade etmek gerekir (TMK m.124,126).

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun¹³ 3. maddesinde ise çocuk, "daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi" olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla bu Kanuna göre mahkeme kararıyla veya evlilikle erginliği kazanan kişiler de çocuk olarak kabul edilmiş ve bu Kanunun koruması altına alınmıştır.¹⁴

Türk Ceza Kanunu'nda da çocuk, diğer düzenlemelere paralel olarak "on sekiz yaşını doldurmamış kişi" olarak tanımlanmıştır (TCK m.6/1-b). Ancak Kanunun içeriğindeki birçok düzenlemede çocuğun yaşı farklı kategorilere ayrılmış, farklı değerlendirmelere tabi tutulmuştur. Örneğin TCK m.31, ceza sorumluluğu açısından çocukluk dönemini üç periyoda ayırmış ve bunlara farklı sonuçlar bağlamıştır. Tezimizin konusunu oluşturan TCK m.234'te düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulmasında da ilk fıkrada düzenlenen suçun on altı yaşına kadar olan çocukları kapsadığı ifade edilmiştir. Yine de TCK hükümlerinde "çocuk" ifadesi ile kastedilenin on sekiz yaşını doldurmamış kişi olarak kabul edilmesi gerekir. TCK m.6'nın gerekçesinde; "*Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi hükümleri göz önünde bulundurularak, "Çocuk" deyiminden henüz onsekiz yaşını doldurmamış olan*

¹² İnan, a.g.e., s.11.

¹³ R.G. Tarih:15.07.2005 Sayı:25876.

¹⁴ Safa Koçoğlu, **Boşanmanın Çocuk Açısından Sonuçları**, İstanbul, Beta, 2018, s. 7,8.

kişilerin anlaşılması gerektiğine dair bir tanıma yer verilmiştir.”¹⁵ ifadeleri kullanılarak uluslararası anlamda çocuk ile ilgili kabullere önem verilmiştir. Bu noktada uluslararası sözleşmelerde yer alan çocuk tanımına değinmekte yarar vardır.

Öncelikle gerekçede ifade edildiği üzere Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde¹⁶ çocuğun tanımı yapılmıştır. Sözleşmenin 1. maddesine göre, *“Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.”* Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nin¹⁷ uygulama alanı da bu Sözleşmenin 1. maddesine göre on sekiz yaşına ulaşmamış çocuklardır. Bunların yanı sıra Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması Ve Tenfizi İle Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nin¹⁸ 1. maddesinde çocuk, on altı yaşının altında olan kişi olarak kabul edilmiştir. Benzer şekilde Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme’nin¹⁹ 4. maddesi gereği bu sözleşmenin uygulanması için çocuğun on altı yaşından küçük olması gerekmektedir. Burada on altı yaşının esas alınması, çocuğun karar verme yeteneğinin gelişmiş olduğu düşüncesindendir. Zira Sözleşmenin 13. maddesinde, çocuğun geri dönmek istemediği ve görüşünün göz önünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğu gözlenirse, geri dönmesinin reddedilebileceği ifade edilmektedir. Bu sözleşmeye, tezin konusu ile ilişkili olması nedeniyle ileride tekrar değinilecektir.

Çocuk ile anlaşılması gerekenler hususundan sonra çocuğun korunması amacıyla gerçekleştirilen düzenlemelerden bahsetmek gerekirse; öncelikle iç hukuktaki duruma göz atılmalıdır. Çocuğun korunmaya muhtaç olması ve sömürülmesinin engellenmesinin yanı sıra bu korumanın aileyi de etkileyeceği ve

¹⁵ **TBMM. 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 664, s.408.**

¹⁶ Türkiye tarafından 14 Ekim 1990 tarihinde imzalanmış, 27.01.1995 tarihli, 22184 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁷ Türkiye tarafından 9 Haziran 1999 tarihinde imzalanmış, 18.01.2001 tarihli, 4620 sayılı Kanunla uygun bulunmuş, 01.02.2001 tarihli, 24305 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

¹⁸ Türkiye tarafından 20 Ekim 1997 tarihinde imzalanmış, 04.08.1999 tarihli, 4433 sayılı Kanunla uygun bulunmuş, 08.08.1999 tarihli, 23780 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁹ Türkiye tarafından 21 Ocak 1998 tarihinde imzalanmış, 3.11.1999 tarihli, 4461 sayılı Kanunla uygun bulunmuş, 15.02.2000 tarihli, 23965 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 01.08.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

ailenin de korunmasını sağlayacağı açıktır. Anayasal olarak bakıldığında Anayasamızın 41. maddesinin başlığı 07/05/2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun²⁰ 4'üncü maddesi ile değiştirilerek "*Ailenin korunması*" yerine, "*Ailenin korunması ve çocuk hakları*" başlığını almıştır. Bu kanunla metne 3 ve 4. fıkralar da eklenerek madde son halini almıştır. Bu fıkralara göre; "*Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.*" Ayrıca 50. maddeyle küçüklerin çalışma şartları bakımından korunması, 61. maddede korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alınması, 62. maddede yabancı ülkelerdeki Türk ailelerin çocukları için gerekli tedbirlerin alınması düzenlenerek çocukların haklarının korunması Anayasal zemine oturtulmuştur. Ancak ifade etmek gerekir ki çocuk, en nihayetinde insan olduğundan Anayasada düzenlenen temel ilke ve haklardan faydalanması beklenmektedir.²¹

Türk hukukunda çocuğu korumak için Anayasal dayanaklara da yaslanarak çeşitli kanunlarda birçok düzenleme yapılmıştır. Temelde bakıldığında ise Medeni Kanun'da çocuğun korunması esasında velayet-vesayet hükümleriyle yapılmaktadır.²² Bu kavramlara sonraki başlıklarda değinilecektir. Ceza Kanunu'nda çocuklara ilişkin özel bir bölüm bulunmamakla birlikte çocuğa karşı cinsel suçlar (TCK m.103, m.104) ve birçok suçun çocuğa karşı işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlemiştir.²³

Çocuklara yönelik en fazla önem arz eden kanun olan Çocuk Koruma Kanunu temelde korunmaya muhtaç çocuklara yönelik tedbirler, suça sürüklenen çocuklara ilişkin düzenlemeler, çocuğun haklarını korumak ve esenliğini sağlamak için getirilen uygulamaları içermektedir. Çocukların karşı karşıya kalabileceği hukuk

²⁰ R.G. Tarih:13.06.2010, Sayı:27580.

²¹ Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, ikinci basıdan tıpkı bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 35-44; Hayrunnisa Özdemir, Ahmet Cemal Ruhi, **Çocuk Hukuku Ve Çocuk Hakları**, İstanbul, On İki Levha, 2016, s. 5-19.

²² Şakir Berki, **Türk Medeni Kanununda Velayetin Küçüğün Şahıs Ve Malları Bakımından Şumülü**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no:277, 1970, s. 3.

²³ Örneğin, kasten öldürme (m.82/1-e), işkence (m.94/2-a), eziyet (m.96/2-a), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (m.109/3-f), Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m.188/3) suçları.

sisteminin onlar için düzenlenmesi kanunun bir başka amacıdır.²⁴ Bu kanun, temelde Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin taraf devletlere yüklediği çocuklara özgü kanun, usul ve makamlar oluşturma gerekliliğinin²⁵ bir sonucudur. Nitekim Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 4. maddesine göre Sözleşmede tanınan hakların uygulanması amacıyla gereken her türlü yasal, idari ve diğer önlemleri almak ve özellikle ceza hukukuna yönelik olarak 40. madde gereği çocuk bakımından, yalnızca ona uygulanabilir yasaların, usullerin, onunla ilgili makam ve kuruluşların oluşturulmasını sağlamak devlet için mükellefiyettir. Buradan yola çıkarak çocuğu koruyan uluslararası sözleşmelerden kısaca bahsetmek yerinde olacaktır.

Öncelikle ifade edildiği üzere Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, kabul eden ülke bazında en geniş alana sahip çocuk haklarını koruyan sözleşmedir.²⁶ Bu Sözleşmeden önce, Sözleşmenin de tarihsel olarak temelini oluşturan 1924 tarihli, Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi ve 20 Kasım 1959 tarihinde Birleşmiş Milletler Teşkilatı Genel Kurulunca kabul edilen Çocuk Hakları Bildirisi çocukla ilgili düzenlemeler yapmaktaydı. Sözleşme çocuğun her yönden gelişimi, sağlığı, ruhsal durumu, bulunduğu aile ortamı, güvenliği gibi pek çok hususa değinmiş ve devletlerin sorumlulukları ifade edilmiştir.²⁷

Ayrıca, Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 24. maddesinde her çocuğun eşit bir şekilde korunması, ismi ve vatandaşlığı güvence altına alınmıştır. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme'nin²⁸ 10. maddesinde çocukların bakım ve korunmasına, ekonomik ve sosyal sömürülerine ve çalıştırılmalarına ilişkin devletin sorumlulukları hatırlatılmıştır. Bu sözleşmelerin yanı sıra, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, çocukla ilgili

²⁴ Çocukları Koruma Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, **TBMM. 22. Dönem, 3. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 963**, Genel Gerekçe, s.1,2.

²⁵ Çocuk Koruma Kanunu Genel Gerekçesi, s. 1.

²⁶ Özdemir, Ruhi, **a.g.e.**, s.12; Sözleşmeye taraf ülkeler için bkz. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en (çevrimiçi) E.T.: 08.10.2019.

²⁷ Sözleşme ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, **a.g.e.**, s.49-54; Özdemir,Ruhi, **a.g.e.**, s. 12-27; Akarslan, **a.g.e.**, s. 42-77.

²⁸ Türkiye Sözleşme'yi 15.08.2000 tarihinde imzalamıştır. 04.07. 2003 tarihli ve 4867 sayılı Kanunla uygun bulunarak 11.08.2003 tarih ve 25196 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Lahey Anlaşmaları, evlilik dışı çocukların korunmalarıyla ilgili anlaşmalar, nafaka yükümlülüğüne dair anlaşmalar, çocuğun velayet-vesayeti ile ilgili anlaşmalar, evlat edinmeye ilişkin anlaşmalar, çocuğun sömürülmesini engelleyici nitelikte anlaşmalarla uluslararası alanda çocuk korunmaya çalışılmıştır.²⁹

C.Velayet

1. Kavram

Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması ile ilgili TCK m.234 hükmü, daha sonra da ifade edileceği üzere veli ve vasinin velayet ve vesayet haklarını korumak amacıyla düzenlenmiştir. Bu itibarla velayet ve vesayet kavramları ve sonuçları ele alınacaktır.

Velayet, anne-baba ve çocuklar arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir kurumdur. Doktrinde anne-babanın çocukların bakım ve korunmaları maksadıyla şahıs ve malları üzerindeki hak ve yükümlülükleri olarak ifade edilmektedir.³⁰ Anlaşıldığı üzere velayet, içerdiği iki taraflı etki sebebiyle hem hak hem de bir yükümlülüktür. Hatta ifade etmek gerekir ki modern anlamda velayet sırf çocuğun yararlarını korumak, onu gözetmek için anne-babaya verilen bir görev olarak düşünülmektedir.³¹ Velayetin eski, katı anne-baba otoritesi anlayışı yerine salt çocuğun iyiliğini sağlamak için getirilen bir yetki olduğu düşüncesi hakim olmaktadır. Ancak Medeni Kanunumuzda düzenlendiği şekliyle çocuk üzerinde anne-babanın otoritesini sağlayacak haklar ve çocuğun yararını gözetecek yükümlülükler bir arada bulunmaktadır. TMK m.335/1'in ikinci cümlesi gereği yasal bir sebep olmadıkça velayetin anne ve babadan alınamayacak olması velayetin anne-

²⁹ Serozan, **a.g.e.**, s. 56-58; Akarslan, **a.g.e.**, s.70-81.

³⁰ Köprülü, **a.g.e.**, s. 617; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 406,407; Selahattin Sulhi Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, İstanbul, Sulhi Garan Matbabası, 1978, s. 453; Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, 14. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, s. 357,358; Serozan, **a.g.e.**, s. 250; Usta, **a.g.e.**, s. 23,24; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.503,504.

³¹ Emine Akyüz, **Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık Ve Boşanmada Çocuğun Korunması**, Ankara, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Yayınları, 1983, s.18-26; Berki, **a.g.e.**, s. 5; Serozan, **a.g.e.**, s. 250,253; Usta, **a.g.e.**, s. 24-26; Selma Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, Ankara, Yetkin, 2000, s.27,28.

baba için bir hak olduğunun esasında bir göstergesidir.³² Mutlak hak olarak kabul edilen bu haklar yine de sınırsızlık içermemektedir.³³ Zira çocuk dünyaya geldiği andan itibaren bir şahsiyete ve insan olmanın gerektirdiği şekilde yaşama hakkına sahip olmaktadır. Velayet sahibi velinin bu hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olup devredilmesi ve mirasçılara geçmesi mümkün değildir.³⁴

İfade edildiği üzere velayet hakkı sadece anne ve babanın kullandığı bir haktır ve ergin olmayan çocuk üzerinde kullanılır (TMK m.335/1). Ayrıca erginliğe ulaşmış fakat kısıtlanmış çocuklar için de velayet hükümleri uygulanabilecektir (TMK m.335/2). Ancak velayetin kullanımı çocuğun evlilik içinde doğup doğmadığına göre değişiklik göstermektedir. Evlilik içerisinde doğan çocuk için genel kural geçerli olup anne ve baba velayeti birlikte kullanacaktır. Evlilik birliği dışında doğan çocuğun velayeti ise anneye aittir (TMK m.337/1). Babanın sonradan anne ile evlenmesiyle velayet hakkı kendiliğinden babaya da geçer (TMK m.292). Ancak tanıma ve babalık hükmüyle soybağı kurulan çocuğun velayetini almak için ayrıca mahkeme kararı gerekmektedir. Bu şartla birlikte, velayeti alabilmek için annenin kısıtlılık halinde olması, ölmüş olması ya da velayet hakkı elinden alınmış olması durumlarından birinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir (TMK m.337/2). Bu bağlamda evlilik birliği dışında ortak velayet kabul edilmemiştir.

2. Velayetin Kapsamı

Anne-babanın sahip olduğu velayetin neyi içerdiği, TMK m.339 ve devamı maddelerde açıklanmıştır. Genel itibariyle velayet yetkisi, çocuğun şahsına yönelik ve malvarlığına yönelik olarak iki grupta incelenmektedir.³⁵

Çocuğun şahsı ile ilgili velayet hakkı, ilk olarak velilerin çocuğun bakımı ve eğitimi için çocuğun yararına olan kararları alması yükümlülüğüdür. Böylece hem maddi hem manevi yönden kendisini geliştirmesi, ileride yöneleceği mesleğini yeteneklerine ve ilgi alanına göre seçebilmesi için onu en doğru şekilde

³² Ahmet M. Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, 4. bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, s.496.

³³ Serozan, **a.g.e.**, s.253; Usta, **a.g.e.**, s. 27,28.

³⁴ Serozan, **a.g.e.**, 252; Usta, **a.g.e.**, s. 27; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.** s. 408, Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s.358,359; Çetiner, **a.g.e.**, s.47; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.505.

³⁵ Köprülü, **a.g.e.**, s. 620; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 410; Usta, **a.g.e.**, s.261; Çetiner, **a.g.e.**, s.31,53.

yönlendirmeli, bu istikamette eğitim almalarını sağlamalıdır (TMK m.339/1,m.340). Çocuğun dini eğitimi açısından da veliye bunu istediği yönde yapma hakkı tanınmıştır. Velayeti elinde bulunduran anne-baba arasındaki uyuşmazlık halinde diğer anlaşmazlıklar gibi hakimin müdahalesi gerekecektir.³⁶ Bu hak diğer velayet hakları gibi çocuğun ergin olması ile sona erecektir (TMK m.341).

İkinci olarak çocuğun velisini dinleme yükümlülüğü bulunmaktadır (TMK m.339/2). Bu noktada velinin çocuk üzerinde geniş bir nüfuzu, hakimiyeti vardır. Ancak bu hakkın kötüye kullanılmaması, çocuğun yararları dışında ve onu olumsuz etkileyecek biçimde uygulanmaması gerekir.³⁷ Bu halde çocuğun bu yükümlülüğü yerine getirmesi beklenmemektedir.³⁸

Üçüncü olarak, veli çocuğa hayatını düzene koyma yolunda yardımcı olmalıdır (TMK m.339/3). Çocuğa bu konuda olgunluğuna göre alan açmalıdır. Bu manada ifade etmek gerekir ki çocuğun yaşı ilerledikçe, zihnen ve düşünsel olarak geliştikçe velayetin etkisi azalacaktır.³⁹ Kanun ayrıca çocukla ilgili kararlarda çocuğun olabildiğince fikrinin alınmasını emretmiş ve velayet hakkını çocuğun isteklerinden bağımsız değerlendirmemiştir. Aslında bu durum, velinin her türlü velayet hakkını kullanırken uygun davranması gerektiği bir ilkedir, velayet hakkının da sınırlarını oluşturur.⁴⁰ Veli, kendisine verilen bu hak ve yetkileri kullanırken, çocuğun yararını ve görüşünü gözetmek zorundadır. Ancak çocuğun velisinin sözünü dinlemekle yükümlü olması ve velinin çocuğun görüşünü göz önünde bulundurup kararı yine kendisinin vermesi, veliye bir üstünlük verildiğinin göstergesidir.⁴¹

Ana babaya verilen bir diğer hak da çocuğun yerini belirleme hakkıdır. TMK m.21'e göre velayet altındaki çocuğun yerleşim yeri anne-babasının yerleşim yeridir, ortak bir yerleşim yerinin olmaması halinde anne-babadan hangisine bırakıldıysa onun yerleşim yeridir. Yerleşim yeri TMK m.19'daki tanımıyla kişinin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Çocuk ise anne ve babasının rızası dışında bu yeri terk

³⁶ Akıntürk, Ateş **a.g.e.**, s.413.

³⁷ Köprülü **a.g.e.**, s. 620,621.

³⁸ Akıntürk, Ateş **a.g.e.**, s.414; Özdemir, Ruhi, **a.g.e.**, s. 986.

³⁹ Serozan, **a.g.e.**, s.250,251.

⁴⁰ Usta, **a.g.e.**, s.133-147, Serozan, **a.g.e.**, s.256; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s. 227,228.

⁴¹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 500,501.

edemez. Kanuni bir sebep bulunmaksızın da alınamaz (TMK m.339/4). Böylelikle anne-babaya çocuğun bulunduğu yeri belirleme yetkisi, çocuğa ise buna uyma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu noktada anne-babaya çocuğu başka bir eğitim kurumu veya bakım kuruluşuna yerleştirme özgürlüğü de verilmiştir. Ancak bunun çocuğun yararını gerektiren durumlarda olması gerekmektedir.⁴² Çocuğun bu şekilde yerleştirilmesi çocuğun yerleşim yerini değiştirmemektedir.⁴³ Ancak velinin rızası varsa ve çocuk bir işte çalışıyorsa çocuğun kendisi için seçtiği yerleşim yeri, yasal olarak da yerleşim yeri olacaktır.⁴⁴ Çocuğun kişisel durumunu etkileyen bir başka husus olan çocuğun ismini koymak da, anne-babanın hakkıdır (m.339/5).⁴⁵

Anne-baba, sahip oldukları velayet hakkının bir başka sonucu olarak, çocuğun yasal temsilcisi konumundadır (TMK m.342). Bunun anlamı, çocuğun kişiliği ve malvarlığı ile ilgili menfaatlerinin veli tarafından korunması, hukuki işlemlerinin kendisi adına velisi tarafından yapılmasıdır (TMK m.403). Son olarak anne-baba çocuğun mallarını idare etme hakkına ve yükümlülüğüne sahiptir (TMK m. 352). Ancak kanun bunu birtakım kurallar çerçevesinde düzenlemiş, malları yönetmedeki özensizliğe müdahale için mahkemeleri görevlendirmiştir (TMK m.354-m.361).

3. Velayetin Sona Ermesi

Velayet daha önce ifade edildiği üzere, çocuk on sekiz yaşını doldurunca veya ergin kılınıncaya sona erecektir. Bunun dışında anne-babadan, ölen veya gaiplik kararı verilen için velayet hakkı son bulacaktır.⁴⁶ Çocuğun evlatlık olarak verilmesi halinde biyolojik anne-babanın velayet hakkı ortadan kalkar (TMK m.314/1). Ayrıca

⁴² Usta, **a.g.e.**, s. 267,268.

⁴³ Usta, **a.g.e.**, s. 268.

⁴⁴ Akıntürk, Ateş **a.g.e.**, s.412.

⁴⁵ Bu hakkın velayet hakkının bir sonucu olmadığı yönünde, Berki, **a.g.e.**, s. 39. Hakkın velayet sahibine ait olduğu, velayeti elinde bulundurmamanın ad koyma hakkının da olmayacağı yönünde, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 411, Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s.361, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.503.

⁴⁶ Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s.408; Usta, **a.g.e.**, s. 129; Ömer Uğur Gençcan, **Aile Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s.161,162; Çetiner, **a.g.e.**, s.89,90.

evlatlık ilişkisinin bitmesi veya soybağının reddi halinde de bu kişilerin velayet hakkının sona ereceğini belirtmek gerekir.⁴⁷

Eşler, ortak hayatı sürdüremeyecek durumda olmaları halinde ayrı yaşayabilmektedirler (TMK m.197). Ayrıca boşanma sebeplerinin varlığı durumunda mahkeme kararıyla ayrılık hali gerçekleşmiş olabilir (TMK m.170 ve devamı hükümler). Ayrılık hükmü ve ortak yaşama ara verilmesi, velayeti kendiliğinden sona erdirmez.⁴⁸ Ancak iki durumda da hakim gerekli tedbirleri alabilecek, velayeti eşlerden birine verebilecektir (TMK m.336/2).⁴⁹ Bunun gibi boşanma davası sırasında yine hakim, eşlerin ayrı yaşamaları sebebiyle çocuğun velayetini eşlerden birine bırakabilir (TMK m.169). Bu durumlarda geçici velayet söz konusu olmaktadır.⁵⁰ Boşanma davası sırasında geçici velayetin verilmesi, çocuğun yerleşim yerini belirlemek açısından önem arz etmektedir, yoksa geçici velayet verilmeyen eşin velayet hakkının devam ettiği belirtilmektedir.⁵¹

Anne ve babanın boşanması halinde velayet eşlerden birine verilecektir. Diğer eş için velayet hakkı son bulacaktır. Kanunumuzda boşanma halinde birlikte velayet düzenlenmemişse de birlikte velayetin mümkün olması gerektiğine dair görüşler ileri sürülmüştür.⁵² Yargıtay da, 25.03.2016 tarihinde yürürlüğe giren 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesindeki, evliliğin bitmesi halinde de eşlerin hak ve sorumluluklar açısından eşit olduğu hükmünü gözeterek, usulüne uygun yürürlüğe giren temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmaların kanundan üstün tutularak esas alınacağını ifade etmiş ve ortak velayetin mümkün olabileceği belirtmiştir.⁵³ Velayet hakkı sona eren boşanmış eş için kişisel ilişki kurma hakkı tanınmıştır (TMK m.182).

⁴⁷ Usta, **a.g.e.**, s.130.

⁴⁸ Ali Öztürk, **Aile Hukukunda Ayrılık**, Ankara, Seçkin, 2015, s.191,192;Gençcan, **a.g.e.**, s.158-161; Koçoğlu, **a.g.e.**, s.61;Usta, **a.g.e.**, s.110,111; Akyüz, **Çocuk Hukuku**, s.231.

⁴⁹ TMK m.336/2 uygulama alanının fiilen ortak hayata son verme şeklinde de, mahkeme kararı ile ayrılık şeklinde de olabileceği, Kılıçoğlu, s.497;Öztürk, **a.g.e.**, s. 186.

⁵⁰ Koçoğlu, **a.g.e.**, 61,62.

⁵¹ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s.135; Koçoğlu, **a.g.e.**, s.61.

⁵² Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Koçoğlu, **a.g.e.**, s.65-74.

⁵³ **Y2HD 20.02.2017 tarihli, E.2016/15771- K.2017/1737 sayılı karar**, Aktaran Koçoğlu, **a.g.e.**, s.69,70; Akıntürk ,Ateş, **a.g.e.**, s. 409.

Bazı durumlarda ise anne-babadan velayet hakkının alınması söz konusu olmaktadır. Bu durumlar Medeni Kanun'un 348. maddesinde düzenlenmiştir. Tezimizin konusu olan çocuğun kaçırılması ve alıkonulmasını düzenleyen TCK m.234'ün birinci fıkrasında yer alan suçta, velayet yetkisi elinden alınmış anne-babanın çocuğu kaçırmayı veya alıkoymasından bahsedildiğinden bu durumlardan kısaca bahsetmekte yarar vardır.

Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi halinde ve ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması halinde hakim velayetin kaldırılmasına karar verecektir. Ancak bu durumlardan biri gerçekleştiği takdirde hakim öncelikle çocuğun korunması için daha hafif nitelikte önlemler almalıdır (TMK m.346-m.348). Velayetin kaldırılması ancak bu önlemlerin yetersiz kalması veya kalacak olması halinde verilmelidir. Bunun yanı sıra salt başka bir kişi ile evlenmenin, velayet hakkının kaldırılması sebebi olamayacağı, ancak durumun gerektirmesi ve çocuğun menfaatine olması halinde bu yola gidilebileceği kanunda belirtilmiştir (TMK m.349). Belirtilmelidir ki, velayet kalksa dahi anne-babanın ödeme gücü nispetinde eğitim ve bakım yükümlülükleri devam etmektedir (TMK m.350).

D. Vesayet

1. Kavram

Aile Hukuku anlamında vesayet; velayet altında bulunmayan, çeşitli nedenlerle bakıma muhtaç kimselerin bakım ve gözetim altına alınmasını, temsil edilmesini düzenleyen kurumdur.⁵⁴ Oluşum açısından velayetten farkı, mahkeme kararıyla verilmesinin zorunlu olmasıdır. Velayet, ergin olana kadar çocuk üzerindeki hak ve yükümlülükleri ifade ederken, vesayet, velayet hakkının anne-babanın her ikisi için son bulması halinde çocuğun korunmasını sağlamaktadır (TMK

⁵⁴ Köprülü, **a.g.e.**, s. 651; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.625; Akyüz, **Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık Ve Boşanmada Çocuğun Korunması**, s. 27; Tekinay, **a.g.e.**, s.582; Ömer Uğur Gençcan, **Vesayet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s.105.

m.404). Ayrıca akıl hastalığı veya zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, özgürlüğü bağlayıcı ceza hallerinde; istek şartıyla da yaşlılığı, engelliliği, deneyimsizliği veya ağır hastalığı nedeniyle kişilerin kısıtlanması halinde vesayet söz konusu olmaktadır (TMK m.405-m.408). Her iki kurum arasında yetki anlamında da farklılıklar vardır. Velayet, çocuk hakkındaki kararların, hakimın izni olmaksızın anne-baba tarafından alınmasını öngörürken, vesayette vasiinin vesayet altındaki kişi için kararları çoğu kez makamların iznine tabidir ve denetlenir. Bu nedenle velinin vasiye göre yetki alanı çok daha geniştir. Bir diğer farklılık da velinin çocuğun mallarından yararlanma imkanı varken vasiinin böyle bir hakkının olmamasıdır.⁵⁵

Ana hatlarıyla vesayet yetkisinden bahsetmek gerekirse, vesayet yetkisi vesayet dairelerine aittir (TMK m. 411). Vesayet daireleri bu yetkisini atadıkları vasiler aracılığıyla kullanır (TMK m.413). Vasiinin kayyımdan farkı özen, idare gibi görevlerinin olması ve fiil ehliyetine yönelik sınırlandırma içermesidir. Kayyım ise menfaatlerini koruyamayan kimseye mallarını yönetmek, bir takım işlerini görmek için atanır.⁵⁶

Vasi, öncelikli olarak kişinin vasiliğe engel bir sebebi (TMK m.418) olmayan eşi veya yakın akrabalarından seçilir (TMK m.414). Bunun haricinde kişilerin istekleri doğrultusunda vasi atanabilir (TMK m.415). Vesayet altındaki kişinin menfaatleri gereği istisnai olarak vesayet aile meclisine verilebilir (TMK m.398).

2. Vesayetın Kapsamı

Vasiinin görevleri, vesayet organlarının sorumlulukları TMK m.438-m.469 arasında düzenlenmiştir. Vesayet, küçükler açısından velayetin yerini doldurma amacıyla oluşturulduğundan velayet kurumu ile benzerlikler gösterir. Vesayet hakkına sahip kişinin malvarlığına yönelik görevleri olduğu gibi özen ve temsil görevleri de bulunmaktadır. Örneğin küçüğün bakım ve eğitimine yönelik önlemler

⁵⁵ Velayet ve vesayet arasındaki farklar için bkz., Çetiner, **a.g.e.**, s.49-51; Gençcan, **Vesayet Hukuku**, s.120-138; Tekinay, **a.g.e.**, s.583,584; Akyüz, **Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık Ve Boşanmada Çocuğun Korunması**, s. 26,27; Serozan, **a.g.e.**, s. 258.

⁵⁶ Tekinay, **a.g.e.**, s.585; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.627.

almak, küçüğü koruma amacıyla özgürlüğünü kısıtlama tedbiri almak, çocuğu hukuki işlemlerde temsil etmek, tezin konusunu oluşturan TCK m.234'te yer alan çocuğun vesayet yetkisini elinde bulunduranın görevleridir. Velayet ve vesayet arasındaki yetkiye dair bir takım farklılıklardan önceki başlıkta bahsedilmişti.

3. Vesayetin Sona Ermesi

Vesayet, vesayeti gerektiren hallerin sona ermesiyle bitecektir. Ancak vasilik görevinin sona ermesiyle vasi açısından sona erse de vesayet altındaki kişi açısından vesayet ortadan kalkmayacaktır. Dolayısıyla vasilik görevinin bitmesi vesayeti tamamiyla sona erdirmeyecektir.⁵⁷

Vesayeti tamamiyla ortadan kaldıran durumlar TMK m.470-m.476 arasında düzenlenmiştir. Tez konusunu oluşturan çocuklar için vesayet, kısıtlanmayı gerektirmiyorsa erginliğe erişmekle sona erecektir. Ayrıca çocuğun ölmesi, gaipliğine karar verilmesi, yeniden velayet altına girmesi halinde vesayet sona erecektir.⁵⁸

Vasi açısından vesayetin sona ermesi ise TMK m. 479-m.488 arasında düzenlenmiştir. Buna göre vasinin fiil ehliyetini kaybetmesi, ölümü, gaipliği, vasilik görevinin bitmesi ve uzatılmaması halinde kendiliğinden⁵⁹ sona erecektir. Ayrıca kasten işlediği suçtan mahkum olan kişinin vasiliği sona erecektir (TCK m.53/1-c). Vasi, vasiliğe engel bir sebebin ortaya çıkması halinde görevden çekilir. Vasilikten kaçına sebebinin ortaya çıkması halinde ise görevden alınmayı isteyebilir. Görevini ağır surette savsaklamak, yetkilerini kötüye kullanmak, güven sarsıcı davranışlarda bulunmak, borç ödemede acze düşmek, görevi yapmakta yetersiz kalarak vesayet altındaki kişinin menfaatlerini tehlikeye düşürmek vasiyi görevden alma sebepleridir. Bu kapsamda vasiliğe engel bir sebep bulunmasına rağmen görevden çekilmemek de görevden alma sebebi olacaktır.⁶⁰

⁵⁷ Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s.541.

⁵⁸ Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s.542; Dural/Gümüş/Öğüz, **a.g.e.**, s.444; Gençcan, **Vesayet Hukuku**, s.612-617.

⁵⁹ Dural/Gümüş/Öğüz, **a.g.e.**, s.446,447; Gençcan, **Vesayet Hukuku**, s.627.

⁶⁰ Dural/Gümüş/Öğüz, **a.g.e.**, s.447.

II. ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMANIN HUKUKİ VEÇHELERİNE DAİR LAHEY SÖZLEŞMESİ

A. Sözleşmenin Konusu ve Niteliği

Uluslararası anlamda çocuk kaçırma ve alıkoymaları için yapılan çalışmalar, ekonomik ve sosyal gelişmeler sonucu ülkeler arasındaki geçişlerin rahatça yapılmaya başlanması ve bu gelişmelerin farklı milletten kişilerin evlenmesine, aradaki uyuşmazlıklar nedeniyle de çocuğu kaçırma olaylarına etki etmesiyle gündeme gelmiştir.⁶¹ Lahey Uluslararası Hususi Hukuk Konferansı'nın on dördüncü toplantısında hazırlanan 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi de bir ülkeden diğerine kaçırılan veya orada alıkonulan çocuğun mutad meskenine dönmesini ve kişisel ilişki kurma hakkının teminini amaçlayan sözleşmedir (Sözleşme m.1). Böylelikle çocuğun yararı, velayet-vesayet sahibinin çocuk üzerindeki hakkının korunması ve aile düzeninin korunması da sağlanmış olacaktır.⁶² Ayrıca sözleşmenin sonuçları itibariyle olası kaçırımlar da engellenebilecektir.⁶³

Sözleşme Türkiye için 20.02.1998'de imzalanmış, 03.11.1999 tarihli, 4461 sayılı Kanunla uygun bulunmuş, 15.02.2000 tarih ve 23965 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 01.07.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye'nin anlaşmaya sonradan taraf olması nedeniyle sözleşme, katılma beyanının kabul edildiği devletler arasında geçerli olacaktır (Sözleşme m.38) . Buradaki önemli hususlardan biri de

⁶¹ Mehlika Aytaç, "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanması Ve Karşılaşılan Sorunlar", **Adalet Dergisi**, C. 95, S. 20, Eylül 2004, s.35; İnci Ataman Fıganmeşe, "Çocukların Uluslar Arası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi", **Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1999, s. 55; İlknur Altıntaş, **Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2006, s.5-16; Gonca Gülfem Bozdağ, **Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 29-34; Elif Hande Altıntaş, **Uluslararası Çocuk Kaçırımlarda Arabuluculuk**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.23-27; Şebnem Nebioğlu Öner, "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması Ve Kısa Bir İhtihat Analizi", **TBB Dergisi**, 2014 (115), s.478.

⁶² Bozdağ, **a.g.e.**, s.37-38; Altıntaş, **a.g.e.**, s.26-28.

⁶³ Öner, **a.g.e.**, s.279; Faruk Kerem Giray, **Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi**, İstanbul, Beta, 2010, s.23.

sözleşmeye taraf olmayan devletlerden gelebilecek iade taleplerinin reddedilebilecek olmasıdır.⁶⁴

Sözleşme nitelik itibarıyla bir uluslararası özel hukuk sözleşmesidir.⁶⁵ Dolayısıyla bir yaptırım içermemektedir. Bu anlamda bir işbirliği sözleşmesidir. Sözleşme ile sadece uluslararası çocuk kaçırmalarında devletlere yetkili makam oluşturma yükümlülüğü yüklenmiş ve birbirleri ile yardım ve işbirliği içerisinde çocuğun mutad meskenine getirilmesi konuları düzenlenmiştir. Bu sözleşmeye dayanarak kaçırma ve alıkoyma için cezalandırma yapılamaz. Bu husus devletlerin iç hukuku ile ilgilidir. Nitekim 5237 sayılı TCK m.234, velayet-vesayet hakkını ihlal niteliğini taşıyan kaçırma ve alıkoymalarla ilgili cezai müeyyideyi düzenlemektedir. Ayrıca Sözleşmenin uygulanabilmesi için velayet-vesayet haklarının tanınmasına ve tenfizine ihtiyaç yoktur.⁶⁶

B. Sözleşme Kapsamında Çocuğun İadesi

Sözleşme kapsamında kaçırma ve alıkoymaların; müşterek velayet sahiplerinden biri tarafından, velayet hakkı elinden alınmış kişi tarafından, vasi veya potansiyel velayet vesayet sahibi, kişisel ilişki kurabilecek kişiler tarafından gerçekleştirilebileceği, böylece her kaçırma veya alıkoymanın bu sözleşme kapsamında bulunmadığı ifade edilmelidir.⁶⁷ Şahsi ilişki kurma hakkına sahip kişinin bu hakkını engelleme tarzında da ortaya çıkabilmektedir.

Sözleşmenin 3. maddesinde hangi durumlarda bir ülkeden diğerine götürmenin veya orada alıkoymanın haksız olduğu açıklanmıştır. Buna göre, çocuğun yer değiştirmesinden veya geri dönmemesinden hemen önce mutad ikametgahının bulunduğu Devlet kanunu tarafından, bir şahsa, müesseseye veya

⁶⁴ Bozdağ, **a.g.e.**, s.43.

⁶⁵ Bozdağ, **a.g.e.**, s.36; Giray, **a.g.e.**, s.18.

⁶⁶ Günseli Öztekin Gelgel, “Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:4 Sayı:8Güz 2005/2 s.130; Aytaç, **a.g.m**, s.36.

⁶⁷ Giray, **a.g.e.**, s.27-29; akrabalar veya evlat edinen tarafından gerçekleştirilebileceği, Sözleşmenin Açıklayıcı Raporu olan ve Elisa Pérez-Vera tarafından yazılan **Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention**, s. 451, <https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf> (çevrimiçi) E.T.: 16.11.2019.

başka bir kuruma, tek başına veya müştereken verilen koruma hakkının ihlali şeklinde meydana gelmesi ve bu hakkın, yer değiştirme veya geri dönmeme anında tek başına veya müştereken fiili biçimde kullanılıyor olması veya bu olaylar meydana gelmese kullanılacak olması halinde hukuka aykırı sayılmıştır. Sözleşmenin 4. maddesine göre de çocuk on altı yaşına geldiğinde bu sözleşme uygulanamayacaktır.

Burada önem arz eden hususlara değinmek gerekir. Öncelikle bu madde ile çocukla ilgili velayet-vesayet hakkının, çocuğun mutad meskeni olan devletin iç hukukuna göre belirleneceği anlaşılmaktadır. Mutad mesken uluslararası anlaşmalarda tanımı yapılmasa da, “*kişinin hayat ilişkilerinin merkezi*” olarak adlandırılmaktadır.⁶⁸ Kişinin bir süre oturma niyetini içermektedir.⁶⁹ Klasik ikametgah anlayışından farklı olarak hukuki durumu değil, fiili durumu göstermektedir.⁷⁰ Mutad meskenin belirlenmesinde karakteristik özelliklere bakılmalı, değişik ölçütler değerlendirilmelidir. Çocuğun sadece ülkelerde geçirdiği süre bunun tespiti açısından yeterli bir kıstas değildir. Çocuğun ilişkileri, ülkeye sağladığı uyum, eğitim bilgileri, yaşam tarzı gibi hususlar değerlendirilmelidir.⁷¹ Ayrıca çocuğun mutad meskenini belirleme iradesi, onun velayet veya vesayet sahibinde olacağından, çocuğun yaşı da göz önünde bulundurularak, mutad meskeninin bu kişilere göre belirlenmesi mümkün olabilecektir.⁷² İşte çocuğun kaçırılmadan veya alıkonulmadan hemen önceki mutad meskeninin bulunduğu ülkenin yasalarına göre anne-babanın veya kurumun hukuki durumunun belirlenmesi gerekmektedir. İade istenilen devletin adli veya idari makamı, velayet-vesayet hakkına ilişkin ihlalin olup olmadığına da, mutad meskenin bulunduğu devletteki hukuka göre karar verilecektir.⁷³ Sözleşmede koruma hakkı olarak ifade edilen bu hak, mutad mesken olan devletteki kanuni bir yetkiden, adli veya idari bir karardan veya bu devletin kanununa göre yürürlükte olan bir anlaşmadan doğabilecektir.

⁶⁸ Figanmeşe, **a.g.m.**, s.68; Aytaç, **a.g.m.**, s.39; Öner, **a.g.m.**, s. 482.

⁶⁹ Gelgel, **a.g.m.**, s. 131,132; Bozdağ, **a.g.e.**, s. 80; Aytaç, **a.g.m.**, s.39.

⁷⁰ Figanmeşe, **a.g.m.**, s.67; Gelgel, **a.g.m.**, s.132; Öner, **a.g.m.**, s.482; Bozdağ, **a.g.e.**, s.80; Giray **a.g.e.**, s.52.

⁷¹ Altıntaş, **a.g.e.** s. 36,37; Bozdağ, **a.g.e.**, s.80.

⁷² Figanmeşe, **a.g.m.**, s.68-70; Gelgel, **a.g.m.**, s.132; Altıntaş, **a.g.e.**, s.155.

⁷³ Öner, **a.g.m.**, 481,482; Figanmeşe, **a.g.m.**, s.71-74; Altıntaş, **a.g.e.**, s.158,159; Bozdağ, **a.g.e.**, s.80.

Ayrıca m.3'te de ifade edildiği üzere bu hakkın fiilen de kullanılıyor olması gerekmektedir.⁷⁴

Devletin iç hukukundan kaynaklanan bu hak, Medeni Kanundaki adıyla velayet-vesayet hakkı olsa da, Sözleşme bu terimler yerine “koruma hakkı” (rights of custody) ifadesini kullanmıştır. Sözleşmedeki tanımıyla koruma hakkı, çocuğun şahsının bakımı hakkını ve özellikle ikamet yerinin tespiti hakkını ihtiva ettiğinden (m.5/a) velayet hakkı ile benzeşmektedir. Buna karşın bazı devletler bakımından boşanmış anne-babanın müşterek velayetinin bulunabileceğinin kabul edilmesiyle, mahkemeler tarafından belirlenen ikamet yetkisinin velayet hakkı içerisinde yer almadığı belirtilmiştir. Bu nedenle koruma hakkı ifadesi özellikle çocuğun yerleşim yerini belirleme hakkını içeren daha geniş bir kavramdır.⁷⁵ Ancak sözleşmesel anlamda sadece bakım ve yerleşim yerini belirleme hakkını içerdiğinden daha dar bir anlamının olduğu da belirtilmektedir.⁷⁶ Koruma hakkı, devletlerin kabul ettiği velayet-vesayet hakkından bağımsızdır⁷⁷ ve sözleşmenin yapısına uygun şekilde yorumlanmalıdır.⁷⁸ Sözleşmede kişisel ilişki kurma hakkı yerine de “ziyaret hakkı” ifadesi tercih edilmiştir (m.5/b).

Sözleşmenin çocuğun on altı yaşına gelmesiyle birlikte uygulanamayacağı ifade edilmişti. On altı yaşına gelmekle, on altı yaşına girmenin mi on altı yaşını doldurmanın mı kastedildiği, Sözleşmenin Açıklayıcı Raporunda açıklanmıştır. Buna göre çocuğun on altı yaşını doldurmasıyla sözleşme uygulanabilirliğini yitirecektir.⁷⁹ Belirtilmelidir ki bu husus yargılamanın her aşamasında değerlendirilmeli, geri gönderilmeden önce çocuğun on altı yaşını doldurması halinde iade talebi reddedilmelidir.⁸⁰

Sözleşme, çocuğun, korunma hakkı ihlal edilerek yerinin değiştirildiğini veya alıkonulduğunu ileri süren kişi, kurum veya örgütün, çocuğun geri dönmesini

⁷⁴ Fiilen kullanma ile ilgili bkz. Aytaç, **a.g.m.**, s.40-41.

⁷⁵ Öner, **a.g.m.**, s.483,484; Altıntaş, **a.g.e.**, s.31; Bozdağ, **a.g.e.**, s.85.

⁷⁶ Aytaç, **a.g.m.**, s.38; Figanmeşe, **a.g.m.**, s.64,65; Gelgel, **a.g.m.**, s.131.

⁷⁷ Altıntaş, **a.g.e.**, s.17.

⁷⁸ Bozdağ, **a.g.e.**, s.85.

⁷⁹ Elisa Pérez-Vera, **Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention**, s. 449,450.

⁸⁰ Bozdağ, **a.g.e.**, s.40-42.

sağlamak üzere yardım etmeleri için, gerek çocuğun mutlak ikametgahı merkezi makamlarına, gerek herhangi bir başka taraf Devlet merkezi makamına başvurarak, götürüldüğü veya alıkonulduğu devletten iadesinin istenmesini içerir (m.8). Sözleşmenin 6. maddesinde devletlerin “merkezi makam” tayin etmesi öngörülmüştür. Böylece, iade talebinin gerçekleştirilmesi ve yanıtlanması için devletlere ilgili merci oluşturma görevi verilmiştir. Türkiye de, hem merkezi makamı tayin etmek, hem de adli ve idari olarak işlemlerin yürütülmesinin esaslarının belirlemek amacıyla 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön Ve Kapsamına Dair Kanun’u yürürlüğe koymuştur.⁸¹ Bu Kanuna göre merkezi makam Adalet Bakanlığı (m.3/1/a), ona aracılık yaparak görevi yürüten merci mahalli Cumhuriyet Başsavcılıkları (m.4), yargılamayı yapacak adli merci ise çocuğun oturmakta olduğu veya koruma altına alındığı yer Aile Mahkemesidir (m.6).

Başvuruların kaçırma veya alıkoyma fiillerinden itibaren bir yıl içerisinde gerçekleştirilmesi halinde iade derhal yapılacaktır.⁸² Ancak başvuru, bir yılın geçmesinden sonra yapılırsa çocuğun yeni yerine alışıp alışmadığına göre değerlendirme yapmak gerekecektir (Sözleşme m.12). Merkezi makama hem Sözleşmede (m.10) hem de 5717 sayılı Kanunda (m.5) geri gönderme için gerekli tedbirlerin alınması yetkisi verilmiştir. Adli veya idari makamsa uluslararası bir yetkiye sahip olarak⁸³ ülkeler arasındaki geri göndermenin kararını verecektir. Sözleşme ve onun uygulanması için yürürlüğe konulan Kanun, çocuğu kaçıran veya alıkoyan ile talepte bulunan kişi arasında öncelikle sulh yoluyla bir çözüme gidilmesini öngörmüştür (Sözleşme m.7/2-c, 5717 sayılı Kanun m.8). Şahsi ilişki kurmak için yapılan başvurular için de bu durum geçerlidir. Özellikle şahsi ilişki kurulmasının ihlali durumlarında, Sözleşme m.21 gereği ziyaret hakkına karşı muhtemel engellerin “olanaklar ölçüsünde” kaldırılması söz konusu olmaktadır. Bu da velayet hakkının ihlalden daha esnek bir anlayış ortaya koymaktadır.⁸⁴ Kişisel ilişkinin sağlanması için teknolojik imkanlardan faydalanarak görüşürme

⁸¹ R.G. Tarih:04.12.2007 Sayı:26720.

⁸² Bir yıllık sürenin başlama anı ile ilgili bkz. Figanmeşe, **a.g.m.**, s.85,86.

⁸³ Bozdağ, **a.g.e.**, s.51.

⁸⁴ Aytaç, **a.g.m.**, s.57,58; Figanmeşe, **a.g.e.**, s.76,77.

gerçekleştirmek mümkündür.⁸⁵ Bunun gerçekleştirilememesi halinde yargılama yapılacak ve iade gerçekleştirilecektir.

Yargılamanın hızlı bir şekilde yapılması öngörülmüştür (Sözleşme m.11, 5717 sayılı Kanun m.9). Sözleşmenin 11. maddesine göre adli makamlar altı ay içerisinde karar vermeli, aksi takdirde gecikme sebeplerini belirtmelidir.

Adli veya idari makamların vereceği kararlar velayete ilişkin değildir (Sözleşme m.19). Sadece velayet/vesayet hakkının ihlal edildiğinin tespitini ve çocuğun mutad meskene iade edilmesi kararını içerir.⁸⁶ 5717 sayılı Kanuna göre Türkiye'deki bir çocuğun iadesine karar verildiğinde bundan sonra velayetine ilişkin karar verilemez. Ancak iade talebi reddedilmişse, ayrıca velayete ilişkin bir karar verilebilir (Kanun m.12). Sözleşmeye göre, eğer iade talebi sırasında mutad meskenin olduğu devlette bir velayet davası görülüyorsa, iade davası bekletici mesele olur, velayet davası bekletilir (Sözleşme m.16).⁸⁷

İadenin veya şahsi ilişki tesisinin uygulanması, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun ilgili hükümlerine göre çocuğun bulunduğu yerdeki icra müdürlüğünce, İcra ve İflâs Kanununun 25. maddesinde belirtilen yazılı şekilde bir icra emri tebliğ etmeksizin yerine getirilmektedir (5717 sayılı Kanun m.18). Yerine getirme hükmüne uymayanlar için İİK m.341 hükmü uygulanır.

İade talebinin reddedilmesi nedenleri, sözleşmenin 13. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre ilk sebep, iadeyi talep eden, çocuğun şahsının bakımını üstlenmiş bulunan kişi, kurum veya örgütün, yer değiştirme veya alıkoyma döneminde koruma hakkını etkili şekilde yerine getirmediğinin tespit edilmesidir. İkinci sebep, bu kişinin yer değiştirmeye veya alıkoymaya muvafakat etmiş veya daha sonra kabul etmiş olmasıdır. Bir diğer sebep olan, geri dönmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk olduğunun tespit edilmesi de, çocuğun geri dönmesini engelleyebilir. Ayrıca adli veya idari

⁸⁵ Bozdağ, **a.g.e.**, s.92.

⁸⁶ Altıntaş, **a.g.e.**, s.41; Öner, **a.g.m.**, s.497.

⁸⁷ Bekletici mesele hakkında bkz. Bozdağ, **a.g.e.**, s.68,69.

makam, çocuğun geri d6nmek istemediğini ve g6rüşünün göz önünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşı ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, geri d6nmesini emretmeyi reddedebilir.

Daha önce de belirtildiği üzere, çocuğun yer değiştirmesinden veya alıkonulmasından itibaren bir yıl geçmesi halinde çocuğun uyumu değerlendirilerek iade reddedilebilir (Sözleşme, m.12/2). Yine 12. maddeye göre yetkili makamların çocuğun başka bir ülkeye götürüldüğü yönündeki inancı iadeyi red sebebidir (Sözleşme m.12/3). Bu sebeplerin dışında Sözleşmenin 20. maddesinde, talepte bulunulan devletin insan haklarının korunması ve temel hürriyetlerine ilişkin ilkelerinin çocuğun geri d6nmesine izin vermemesi halinde iade talebinin reddedileceği düzenlenmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

BELİRLİ KİŞİLER TARAFINDAN ÇOCUĞUN KAÇIRILMASI VE ALIKONULMASI SUÇU (TCK m.234/1-2)

I. KANUNİ TANIM VE GENEL OLARAK BELİRLİ KİŞİLER TARAFINDAN ÇOCUĞUN KAÇIRILMASI VE ALIKONULMASI SUÇU

TCK'nın Özel Hükümlerin düzenlendiği ikinci kitabının Topluma Karşı Suçlar'a ilişkin üçüncü kısmında yer alan Sekizinci Bölümdeki Aile Düzenine Karşı Suçlar'da, toplumun temelini oluşturan ailenin yapısını bozmaya yönelik bir takım fiiller cezalandırılmıştır. Bu fiillerin cezalandırılmasıyla, başta Medeni Kanun olmak üzere aile yapısını düzenleyen hükümlerin korunması amaçlanmıştır. Böylece hem eşlerin ve aynı evde yaşayanların birbirlerine karşı, hem de çocukların geniş ve dar anlamda ailelerine ve çevreye karşı korunmaları sağlanmıştır. Genel itibariyle; 230. maddede birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören; 231. maddede çocuğun soybağını değiştirme; 232. maddede kötü muamele, 233. maddede aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali ve son olarak 234. maddede çocuğun kaçırılması ve alıkonulması düzenlenmiştir. Tezin konusunu oluşturan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması, iki farklı suç tipi olarak incelenmiştir. Bu bölümde bu suçlardan ilki olan belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu incelenecektir.

Belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu 234. maddenin 1. ve 2. fıkrasında düzenlenmiştir. İlk fıkrada suçun temel şekli, ikinci fıkrada ise nitelikli halini oluşturan unsurlar yer almaktadır. Maddenin söz konusu fıkraları şu şekildedir:

“(1) Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısminin, on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi

veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırmayı veya alıkoyması halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Fiil cebir veya tehdit kullanılarak işlenmiş ya da çocuk henüz on iki yaşını bitirmemiş ise ceza bir katı oranında artırılır.”

Suçun 765 sayılı mülga TCK'daki karşılığı olarak Şahıs Hürriyeti Aleyhinde Cürümler başlıklı üçüncü faslında yer alan 182. madde ifade edilebilir. Ancak bu düzenleme ile 5237 sayılı TCK'da aile düzenine ilişkin suçlar içerisinde yer verilen belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçuna dair düzenlemeler aslında birbirinden farklılık göstermektedir. Öyle ki bu suçların birbirinin karşılığı olmadığı da ifade edilmektedir.⁸⁸ Eski düzenlemeyi ifade etmek gerekirse;

“Her kim şehvet hissi veya evlenmek niyeti olmaksızın henüz on beş yaşına girmeyen küçük bir çocuğu kendi rızasıyla ana ve baba veya vasisi veyahut muvakkaten olsun kendisine bakmakta ve muhafaza etmekte olan kimseler yanından kaçırır yahut çocuğun muvafakatiyle bigayrihak yanında tutarsa bir seneye kadar hapis cezasına mahkum olur.

Eğer bu fiil, kaçırılan veya alıkonulan çocuğun rızası olmaksızın işlenmiş yahut çocuk henüz on iki yaşını ikmal etmemiş bulunursa yerine göre evvelki maddelerde yazılı hükümler tatbik olunur.”

Öncelikle iki düzenleme arasında çocuğun yaşı açısından fark vardır. 765 sayılı Kanunda 15 yaşına girmemiş çocuğun, 5237 sayılı Kanunda 16 yaşını bitirmemiş çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suç olarak tanımlanmıştır. Daha ağır bir cezaya tabi tutulan 12 yaş sınırı her iki düzenlemede de kendine yer bulmuştur. Ancak eski TCK hükmünün bu ikinci fıkrasına göre fail, kişiyi hürriyetinden mahrum etme hükümlerine göre cezalandırılırken⁸⁹ yeni TCK'da cezayı artıma

⁸⁸ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi**, 5. cilt, 2. baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 6723.

⁸⁹ Düzenlemedeki “evvelki maddelerden” ibaresinden e.TCK m.179'da yer alan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun anlaşılması gerektiği; Recep Gülşen, **Hürriyeti Tahdit Suçları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2002, s.183,184; Abdullah Pulat Gözübüyük, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması Cilt 1**, 3. Bası, yıl:28, Ankara, Kazancı Yayınevi, Şubat 1976, s.752; Mehmet Emin Artuk, “Küçükleri

yoluna gidilmiştir. Zaten, belirtildiği üzere, eski TCK'daki suç aile düzenine karşı suçlar içerisinde değil, hürriyete karşı suçlar içerisinde düzenlenmiştir. Mülga TCK'ya göre 12-15 yaş arasındaki çocuğun rızası ile kaçırılması suçun temel halini oluştururken, rızasının olmaması halinde yine kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma hükümleri uygulanacaktır. Rızanın hile ile alınması da kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçuna göre cezalandırılma sonucunu doğuracaktır.⁹⁰ 5237 sayılı TCK'ya göre ise daha sonra da ifade edileceği üzere, nitelikli haller içerisinde yer verilmediğinden, hile ile kaçırma ve alıkoyma suçun basit şeklini oluşturacaktır.

Bunların yanı sıra temel farklılık 765 sayılı Kanunda ana, baba veya çocuğa bakan kişinin yanından, üçüncü bir kişinin çocuğu kaçırmasının hüküm altına alınmış olmasıdır. Halbuki 5237 sayılı Kanunun 234. maddesinin ilk fıkrasındaki düzenleme, velayeti elinden alınmış ana, baba veya belirli derecedeki akrabaların çocuğu kaçırması veya alıkoyması hakkındadır. Yani ilk düzenlemeye göre suçun faili velayeti elinden alınmış dahi olsa anne baba olamazken⁹¹ mevcut düzenlemeye göre suç ancak velayet yetkisi olmayan ana, baba veya 3. dereceye kadar olan akrabalar işleyebilmektedir. Eski kanun yürürlükteyken boşanma sonucu velayet elinde olmayan anne ya da babanın çocuğu kaçırması durumunda Yargıtay, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunun 341. maddesini⁹² uygulamakta idi.⁹³ 765 sayılı Kanununa göre

Kaçırma Veya Alıkoyma Cürmü (TCK m.182)", **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan**, İstanbul, Beta, 1998; Nejat Özütürk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Ve Tatbikatı Cilt 1**, Filiz Kitabevi, 1966, s. 561; Vural Savaş, Sadık Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanunun Yorumu C.2, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1995, s.1728.

⁹⁰ Gülşen, **a.g.e.**, s. 184; Gözübüyük, **a.g.e.**, s.752.

⁹¹ Gülşen, **a.g.e.**, s. 180-181; Artuk, **a.g.m.**, s.21; Faruk Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler Cilt 2**, Ankara, Seçkin, 1993, s.1196.

⁹² Madde metni şu şekildeydi: "Çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının icrası sırasında çocuğu gizleyen ya da ilâmın veya ara kararının icrasından sonra tekrar kaçırarak borçlu ile bu fiillere bilerek iştirak edenler, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, tetkik merci tarafından, iki aydan altı aya kadar hafif hapis cezasıyla cezalandırılırlar."

⁹³ "Hukuk mahkemesinden verilip kesinleşen boşanma ilamı ile velayet hakkı babaya bırakılmış olan 6 yaşındaki Esmâ'yı anası olan sanığın görme günü dışında üç dört gün yanında alıkoyduğu müştekinin Cumhuriyet Savcılığına şikayeti üzerine çocuğun tekrar babasına teslim edildiği anlaşılmaya göre eylemde İİK.nun 341. maddesindeki suç unsurlarının oluşup oluşmadığının takdiri davanın görülmesinin icra tetkik merciine ait olduğu gözetilmeyerek eyleme uygun olmayan yazılı madde ile sanığın hükümlülüğüne karar verilmesi" (yazılı madde ile kastedilen 765sayılı TCK m.182'dir) **Y2CD 14.12.1977 K.1977/8136-E.1977/8612**. Karar metni www.corpus.com.tr'den alınmıştır, ayrıca bkz. Recep Gülşen, Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan 1. Cilt**, Cilt LXXI, Sayı 1, 2013, İstanbul, Legal Yayıncılık s. 589; Gözübüyük, **a.g.e.**, s.752, Artuk,

cezalandırılmayan boşanmış anne babanın çocuğu kaçırmaması veya alıkoyması bu maddenin lafzına göre cezalandırılabilir. Ancak 2005 yılında yeni TCK'nın yürürlüğe girmesi ile çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun kapsamı değişmiş, İİK'daki suç ile bir ayırım yapma ihtiyacı belirmiştir. Ayrıca 2005 yılında İcra İflas Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 5358 sayılı Kanunla İİK m.341'de de bir takım değişikliklere gidilmiştir. 5237 sayılı TCK m.234/1 ile İİK m.341 düzenlemeleri, içtima bölümünde değerlendirilecektir.

765 sayılı eski TCK m.182 ve 5237 sayılı TCK m.234 hükümleri arasındaki bu farklar, fail ve mağdurun gösterdiği özellikler dikkate alındığında, eski TCK m.182 hükmünün karşılığının m. 234'ten ziyade kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun çocuklara karşı işlenmesini düzenleyen TCK m.109/3-f'de yer aldığı ifade edilebilir.⁹⁴

765 sayılı Kanunda Sekizinci Bab'da düzenlenen Adabı Umumiye Ve Nizamı Aile Aleyhinde İşlenen Cürümler kısmında düzenlenen suçlara da değinmekte yarar vardır. Eski TCK'da çocuğun kaçırılması ve alıkonulması ile ilgili düzenlemelerin de bulunduğu bu bölümde, “Şehvet Hissi Veya Evlenme Maksudı İle Reşit Olmayan Kaçırılması veya Alıkonulması”na 430. maddede; bu eylemlerin on iki yaşından küçükler için gerçekleştirilmesine ise cezayı arttıran nitelikli hal olarak 431. maddede yer verilmiştir. Bu fiillerin gerçekleştirilmesinin velayet ve vesayet haklarını da ihlal edeceği hususu açısından konumuzu oluşturan suç ile benzerlik taşımaktadır.⁹⁵ Zira veli-vasinin rızası bu fiilleri suç olmaktan çıkarmaktadır. Mülga kanunda aile düzenine karşı suçlar içerisinde hüküm altına alınan bu suçlar Yeni Ceza Kanunumuzda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ağırlaştırıcı unsuru olarak yasalaşmıştır.⁹⁶ 765 sayılı Kanun yapımında, bu suçların sistematik

a.g.m., s.21,22; Osman Yaşar, **Uygulama Ve Öğretide Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin, 2001, s. 123; Savaş, Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanunun Yorumu C.2**, s.1727.

⁹⁴ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcen, M. Emin Alşahin, Ü. Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 18. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s.422; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcen, Mustafa Artuç, **Yorumlu- Uygulmalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 3723,3724.

⁹⁵ Vural Savaş, Sadık Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanunun Yorumu C.3**, Ankara, Seçkin Yayınları, 1995, s.3854.

⁹⁶ Fevzi Elmas, “Ceza Kanunun 109’uncu Maddesindeki Kişinin Hürriyetinden Yoksun Kılınması Suçu İle 234’üncü Maddesindeki Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu Arasındaki Farklar”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, yıl 8, sayı 79, Mart 2013, Seçkin Yayıncılık, s.15.

içerisindeki yerinin belirlenmesinde, korunan hukuki değerin kaçırma ve alıkoyma fiillerinin doğası gereği hürriyete karşı işlenmiş olması gerekirken,⁹⁷ kişinin kaçırılması fiilinin genel ahlaka ve aile düzenine karşı işlenmiş olduğu düşüncesiyle böyle bir düzenlemeye gidilmiştir.⁹⁸ Yeni Ceza Kanununda ise “failin güttüğü amaç”⁹⁹ itibariyle 109. maddenin, 5. fıkrasında yer alan nitelikli halini oluşturmaktadır.¹⁰⁰ Zira şehvet hissi ve evlenme maksadı cinsel bir amaç içermektedir¹⁰¹ ve bu fıkra ile genel bir ibare kullanılarak cinsel amaçlarla kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması suç olarak düzenlenmiştir.

II. SUÇ İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu ile korunmak istenen hukuki değer, suçu düzenleyen madde hükmünün gerekçesinde belirtilmiştir. Bahsedilen *“Maddenin birinci fıkrasında, velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısmının, onaltı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırması veya alıkoyması, suç olarak tanımlanmıştır. Böylece bu maddeyle çocuk üzerindeki velâyet veya vesayet hakları korunmaktadır.”*¹⁰² şeklindeki gerekçede açıkça anne ve babanın çocuk üzerinde sahip olduğu velayet, vasilerin ise vesayet hakkının koruma altına alındığı ifade edilmiştir. Bu suç açısından, velayet-vesayet hakkı daha spesifik olarak ele alındığında, aslında veli ve vasinin çocuğun yerleşim yerini belirleme hakkının ihlalinin cezalandırıldığı söylenebilir.¹⁰³ Zira velayetin kapsamını düzenleyen TMK m.339’un 4. fıkrasında çocuğun anne-babasından onların rızası ve yasal sebep olmaksızın alınamayacağı

⁹⁷ Şehvet hissi veya evlenme maksadı ile reşit olmayanın kaçırılması suçlarının failin saiki yerine korunan hukuki değer göz önüne alınarak sistematik içerisine yerleştirilmesi gerektiği görüşü için bkz. Berrin Bozdoğan Akbulut, Kaçırma Ve Alıkoyma Suçları, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Milenyum Armağanı**, Sayı:1-2, 2000, s. 314,315.

⁹⁸ Abdullah Pulat Gözübüyük, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması Cilt 4**, 3. Bası, yıl:28, Ankara, Kazancı Yayınevi, Şubat 1976, s. 205.

⁹⁹ Bkz. TCK m.109 gerekçesi, TBMM. 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 664, s. 520.

¹⁰⁰ Artuk v.d., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.434.

¹⁰¹ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Caner Yenidünya, “Türk Ceza Hukukunda Kız, Kadın Ve Erkek Kaçırma Suçları (TCK Mad. 429-434)”, **TBB Dergisi**, sayı 54, 2004, s.107,117; Akbulut, **a.g.m.**, s.314,326.

¹⁰² **TBMM. 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 664**, s.632.

¹⁰³ Ayşe Nuhoğlu, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, İstanbul, Beta, 2009, s.180,181.

ifade edilmektedir.¹⁰⁴ Velayet altındaki çocuğun yasal yerleşim yerinin anne babasının ortak yerleşim yeri, vesayet altındaki çocuğunun vesayet makamının bulunduğu yer olması (TCK m.21), bu ilkenin temelini oluşturmaktadır. TCK m.234/1’de de çocuğun, özel faillik gösteren kişiler tarafından velayet-vesayet sahibinin belirlediği yer dışına çıkarılması ve orada tutulması düzenlenmektedir.

Buna bağlı olarak, belirli kişiler tarafından işlenebilen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu Aile Düzenine Karşı Suçlar içerisinde düzenlenmiştir. Bu nedenle suçun aile düzenini korumaya yönelik olduğu ifade edilebilir. 5237 sayılı TCK’nın hükümet tasarısında 336. maddeye denk gelen bu suç için gerekçede “*Çocuk üzerinde kaçırma ve alıkoyma fiilinin şehvet hissi veya evlenmek niyetiyle işlenmesi hâlinde herşeyden önce yine çocuk üzerindeki velayet ve vesayet hakkı ihlâl edilmiş olur. Bununla birlikte fiilin şehvet hissi ve evlenmek niyetiyle icrası hâli, edep törelerine karşı suçlar arasında yer almış, bu Bölümde ise söz konusu maksatlar olmadan çocuğun kaçırılması veya alıkonulması suçu konulmak suretiyle aile kurumunu korumaya üstünlük verilmiştir*”¹⁰⁵ denilmiştir. Ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kurulu, TCK m.234/3 ile ilgili değerlendirmesinde, “...`çocuğun kaçırılması ve alıkonulması` suçu TCK’nun sekizinci bölümünde düzenleme altına alınan `aile düzenine karşı suçlar` babında düzenlenmiştir Burada koruma altına alınan esas hak kişinin hürriyeti olmayıp aile düzenidir. Kişilerin hürriyetinin kısıtlanması suçları TCK’nun 109. maddesinde düzenleme altına alınmış ve bu babda kişilerin hürriyeti koruma altına alınmıştır...”¹⁰⁶ diyerek bu durumu izah etmiştir. İfade edildiği üzere, velayeti elinden alınmış anne-baba veya 3. dereceye kadar olan akrabaların çocuğu kaçırması ailenin ve çocuğun huzuruna, geniş anlamıyla aile ilişkilerine, dolayısıyla da aile düzenine karşı tehdit olarak görülmüştür.

Öğretide bu suçla korunan birden fazla yarar olduğu için, “*karma*” bir nitelik taşıdığı kabul edilmektedir.¹⁰⁷ Bu yararlardan birinin de küçüğün kendisine karşı

¹⁰⁴ TMK m.339/4 şu şekildedir: “Çocuk, ana babasının rızası dışında evi terk edemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınmaz.”

¹⁰⁵ TBMM. 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 664, s.168.

¹⁰⁶ YCGK 9.06.2015 tarihli, E.2013/14-668 –K. 2015/202 sayılı karar (KAZANCI).

¹⁰⁷ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu- Uygulmalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s.6957; Gülşen, **Hürriyeti Tahdit Suçları**, s.590; Artuk/Gökcan/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. cilt**, s.6725.

korunması olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁸ Nitekim kendi vereceği kararlardan göreceği zarar düşünülerek, çocuğun rızası geçerli görülmemiştir. On altı yaşını bitirmemiş bir çocuğun davranışlarının kendisi açısından olumsuz sonuçlar doğurabileceği aşikardır. Bu nedenle düzenlenen suçla çocuk bu anlamda korunmuş olacaktır.

Belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun ikinci fıkrasında düzenlenen cebir ve tehdit kullanımı hali cezayı artıran bir nitelikli haldir ve cezanın artırılması başka hukuksal değerlerin ihlal edilmesine dayanır. Kişinin iradesini etkileyen bir zor kullanımını içerdiği için “*çocuğun beden bütünlüğü, iç huzuru ve serbestçe karar verebilme hürriyeti*” de korunan hukuki değer olarak sayılmıştır.¹⁰⁹ Zira TCK m.106’da düzenlenen tehdit suçunun gerekçesinde belirtildiği üzere tehdit suçu ile “*kişilerin huzuru, sükunu*” ve “*kişinin karar verme ve hareket etme hürriyeti*”nin korunması amaçlanmıştır.¹¹⁰ TCK m. 108’de düzenlenen cebir suçunun da kasten yaralama suçundan oluştuğu kabul edildiğinde kişinin bedensel bütünlüğüne yönelik bir korumanın yapıldığı anlaşılmaktadır.¹¹¹ Dolayısıyla suçun cebir veya tehditle işlenmesi çocuğun vücut dokunulmazlığı, psikolojik durumu ve muhakemesi açısından sakınca oluşturacaktır. Bu durumların engellemesi için kanun koyucu çocuğu korumaktadır. Ayrıca veli, vasi veya bakım ve gözetim yükümlüsüne uygulanan cebir ve tehdit, yine onlar için bu hukuksal değerlerin ihlal edilmesine sebep olacaktır.

¹⁰⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s.6958; Gülşen, **Hürriyeti Tahdit Suçları**, s.590; Artuk/Gökcan/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. Cilt**, s.6725.

¹⁰⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 6958; Gülşen, **Hürriyeti Tahdit Suçları**, s. 591; Artuk/Gökcan/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. Cilt**, s. 6725.

¹¹⁰ Madde gerekçesinin ilgili kısmı şu şekildedir: “Burada tehdidin koruduğu hukukî değer, kişilerin huzur ve sükunudur; böylece kişilerde bir güvensizlik duygusunun meydana gelmesi engellenmektedir. Bu nedenle, söz konusu madde ile insanın kendisine özgü sulh ve sükununa karşı işlenen saldırılar cezalandırılmış olmaktadır. Fakat, tehdidin bu maddeyle korumak istediği esas değer, kişinin karar verme ve hareket etme hürriyetidir.” **TBMM. 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 664**, s.514.

¹¹¹ Bakınız, TCK m. 108 gerekçesi.

III. SUÇUN UNSURLARI

A. Suçun Maddi Unsurları

1. Fail

Belirli kişiler tarafından işlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun faili çocuğun velayet hakkı elinden alınmış anne-babası ve çocuğun üçüncü dereceye kadar olan akrabalarıdır. Sadece sayılan bu iki grup tarafından işlenebileceği için özgü suç olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla çocuğun, akrabalık bağı olmayan üçüncü kişiler tarafından veya üçüncü dereceden daha uzak akrabalar tarafından kaçırılmış olması durumunda bu suça göre yargılama yapılamayacaktır.

Velayet ile ilgili hükümler Türk Medeni Kanunu'nda düzenleme altına alınmıştır. Velayetin koşulları ve ortaya çıktığı durumlar TMK m. 335 ve devamında, kapsamı m. 339 ve devamında, velayetin kaldırılması ile ilgili durumlarsa m. 348 ve devamında düzenlenmiştir. Bu durumlar ilk bölümde incelenmişti. İşte bu suçun faili, velayet hakkına sahipken, elinden velayet hakkı alınmış anne babadır. Velayet hakkını elinde bulunduran kişi bu suçun faili olamaz.¹¹² Velayet hakkının kaldırılması TMK m. 348'de belirtildiği üzere çocuğun korunmasını gerekli kılan hallerde söz konusudur.

Bunun yanı sıra boşanma sonucunda TMK m. 182 çerçevesinde hakim kararıyla velayet kendisine verilmeyen ana veya baba suçun faili olabilir. Boşanma davası sırasında da velayet hakkı hem annede hem de babadadır. Dolayısıyla boşanma davası sırasında anne veya babanın bu suçu işleyebilmesi mümkün değildir.¹¹³ Ancak boşanma davası devam ederken hakim, TMK m. 169'a göre çocuğun bakım ve korunmasına yönelik geçici önlemler alabilecektir. Yine bunun

¹¹² "TCK.nun 234/1. Maddesinin 1. Fıkrasında öngörülen suçun failinin velayet hakkı elinden alınmış ana ya da baba olabileceği, sanığın nikahsız yaşadığı katılan Medeni Karate'de bulunan çocuklarını kaçırma eyleminde, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden hükümlülük kararı verilmesi" **Y14CD 25.11.2011 tarihli, E.2011/17823-K.2011/4216 sayılı karar** (www.corpus.com).

¹¹³ Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 591,592. Ayrıca boşanma davası sırasında sadece kişisel ilişkiye ilişkin mahkeme kararları anne ve babanın velayetini etkilemeyeceğinden, bu suçun oluşmayacağına dair bkz. **Y14CD 11.04.2018 tarihli, E.2015/7509 - K.2018/2723 sayılı karar** (KAZANCI).

gibi, anne ve babanın evli olup, ortak hayata son verilmesi veya ayrılık halinin gerçekleşmesi durumunda TMK m. 197 ve m. 336/2 gereği, çocuğun velayeti eşlerden birine verilebilecektir. Bu durumlarda geçici bir velayet söz konusu olmaktadır. Geçici velayet hallerinde, Yargıtay'ın geçici velayeti alamayan ebeveynin belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması veya alıkonulması suçunun faili olabileceği yönünde kararları¹¹⁴ olduğu gibi velayetin diğer tarafa kesin olarak verilmemesi nedeniyle geçici velayete sahip olmayan kişinin velayet hakkının bulunduğu ve bu suçu işleyemeyeceği yönünde de kararları¹¹⁵ mevcuttur.

Velayet yetkisi elinden alınmış anne-babanın bu yetkiye tekrar kavuşması halinde bu suçun faili olamayacağı da Yargıtay tarafından ifade edilmiştir.¹¹⁶

Evlilik dışı doğan çocuklar için velayet farklılık arz etmektedir. İlk bölümde belirtildiği üzere TMK m. 337'ye göre evlilik dışı doğan çocuğun velayeti anneye aittir. Baba da, sonradan anne ile evlenerek velayeti kazanabilecek, ya da çocuğu tanıyarak veya babalık davası ile velayet hakkına sahip olma imkanını elde edebilecektir.¹¹⁷ Evlenmeden veya bu hukuki işlemlerden sonra velayet hakkı babaya verilmeden önce baba, çocuk üzerinde velayet yetkisine sahip olamayacaktır. Bu durumda baba faillik açısından velayet hakkına başından beri, hiç sahip olmadığı için

¹¹⁴ “Müştekinin açtığı boşanma davası sırasında suç tarihinde on iki yaşından küçük olan çocuk üzerindeki velayetin tedbiren baba olan sanıktan alınıp dava süresi boyunca müşteki anneye verilmesinin ardından sanığın kurulan şahsi ilişki kapsamında olay günü çocuğu müştekiden aldıktan sonra zamanında teslim etmediği tüm dosya içeriğinden anlaşılmakla, mevcut haliyle sanığın eyleminin TCK'nın 234/1, 234/2. maddelerinde düzenlenen suçu oluşturduğu gözetilmeden” **Y14CD 24.04.2018 tarihli, E.2015/1222 - K.2018/3101 sayılı karar** (KAZANCI). Ayrıca bkz **Y14CD 06.12.2018 tarihli, E.2015/5275 K.2018/7335 sayılı karar** (www.corpus.com.tr), **Y14CD 15.10.2014 tarihli, E.2013/1787 - K.2014/11141 sayılı karar**(KAZANCI).

¹¹⁵ “Katılan, sanık anlatımları ve tüm dosya kapsamına göre, Samsun 1. Aile Mahkemesinin 2007/475 Esas sayılı dosyasında 04.07.2007 sayılı karar ile çocuğun velayetlerinin geçici olarak tedbiren katılana verildiği, katılan ile sanık arasında boşanma davasının sürdüğü, bu durumda sanığın çocuk üzerindeki velayet hakkının devam etmesi sebebiyle eyleminin TCK'nın 234/1 maddesinde öngörülen suçun unsurlarını oluşturmadığı ...” **Y14CD 04.03.2013 tarihli, E.2012/10947-K.2013/2121 sayılı karar** aktaran, Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 6959.

¹¹⁶ “...aldığı çocuğu süresinde vermediği gerekçesiyle münnet suçtan mahkûmiyetine karar verilmiş ise de, sanığın tedbir kararı süresinin bitiminden sonra tekrar müşterek velayetine sahip olduğu çocuğunu teslim etmemesi şeklinde gerçekleşen eyleminde atılı suçun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilerek, beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi” **Y14CD 11.10.2017 tarihli, E.2014/12257 - K.2017/4723 sayılı karar** (KAZANCI).

¹¹⁷ Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 357,358.

bu suçun işlenemeyeceği belirtilmelidir.¹¹⁸ Zira madde hükmünde “velayet yetkisi elinden alınmış ana-baba” ifadesi yer almaktadır. Evlilik dışında doğan çocuğun babası, çocuğu annesinin veya bakım ve gözetim yükümlüsünün yanından kaçırmak veya çocuğu alıkoyarsa, madde 234’e göre değil, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun düzenlendiği TCK m. 109’a göre cezalandırılacaktır. Ancak Gülşen’e göre, daha önce belirttiğimiz tanıma veya babalık davası sonucunda, babanın ayrıca velayet hakkı için de başvurması gerektiğinden, henüz velayetin alınmadığı ama soybağının kurulduğu durumlarda babanın m. 109’a göre cezalandırılması adil olmayacaktır, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması hükümlerine gidilmesi gerekir.¹¹⁹ Yargıtay böyle bir durumda m. 109’a göre yargılama yapılması gerektiğini ifade etmiştir.¹²⁰ İfade etmek gerekir ki, m. 109’da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna gidilebilmesi için m. 234/3’teki fiil unsurunun gerçekleşmemiş olması gerekmektedir.

Evlatlık açısından bir değerlendirme yapmak gerekirse; TMK m. 314’ e göre evlat edinmeyle anne ve babanın sahip olduğu haklar ve yükümlülükler evlat edinene geçmektedir. İlk bölümde değinildiği üzere velayet hakkı da evlat edinene geçeceğinden, anne-baba tarafından bu suç işlenebilecektir. Evlat edinen ile evlatlık ilişkisinin sona ermesi halinde ise evlat edinenin bu suçun faili olup olmayacağı hususunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş¹²¹, mevcut velayet hakkı sona erdiği

¹¹⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 6960; Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 592.

¹¹⁹ Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 592.

¹²⁰ “...aynı Kanunun 282/2. maddesi uyarınca çocuk ile baba arasındaki soybağının ana ile evlilik yapılması, çocuğun resmi şekilde tanınması veya bu hususta mahkemece karar verilmesi ile kurulabileceğinin belirtilmesine karşılık, aynı maddede tanıma işleminin yapılmasıyla baba ile çocuk arasında kendiliğinden velayet ilişkisinin kurulacağına dair düzenleme bulunmadığı gibi, ... sanığın tanıma yolu ile küçük mağdurla arasında soybağı ilişkisi kurmasına karşılık, bu işleme bağlı olarak kendiliğinden mağdurun velâyet hakkını da kazanmadığı, velâyet hakkının kazanılabilmesi için bu konuda verilmiş mahkeme kararı bulunması gerektiği, ancak dosyada buna ilişkin verilmiş bir hukuk mahkemesi kararı bulunmadığı, yine TCK’nın 234/1. maddesindeki suçun oluşabilmesi için velâyet yetkisi bulunan sanığın bu yetkisinin mahkeme kararıyla elinden alınmış olmasının ön koşul niteliği taşıması karşısında, somut olayda sanığın velâyet yetkisine haiz olmadığı gibi, velâyet yetkisi elinden alınan kişi de sayılmadığı göz önüne alındığında, TCK’nın 234/1. maddesinde düzenlenen suçun kanuni unsurlarının oluşmadığı anlaşıldığından, küçük mağdura yönelik eylemi nedeniyle TCK’nın 109/2-3a-3e-3f. madde ve fıkraları gereğince cezalandırılması yerine, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde TCK’nın 234/1-2. maddesinden hüküm kurulması ... ” **Y14CD 2.10.2013 tarihli, E.2011/15364 - K.2013/10036 sayılı karar** (KAZANCI), aynı yönde, **Y14CD 16.11.2017 tarihli, E.2014/11046 K.2017/5683 sayılı karar** (www.corpus.com.tr).

¹²¹ Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 592.

için evlat edinenin bu suçun faili olabileceği yönündedir. Diğer görüş¹²² ise madde metninde yer almamasından dolayı bu durumun “fail aleyhine kıyas” teşkil edeceğini, velayet hakkı sona eren evlat edinenin bu suçun faili olamayacağını ifade etmektedir.

Suçun faili olabilecek bir diğer grup üçüncü dereceye kadar olan akrabalarlardır. Madde metninde ana-baba ya da üçüncü derece dahil kan hısımının çocuğu kaçırmamasından söz edildiği için, ‘çocuğun’ anne-babası ve ‘çocuğun’ üçüncü derece dahil kan hısımlarının bu suçu işleyebilecekleri söylenebilir.¹²³ TMK’nın kan hısımlığını düzenleyen 17. maddesine göre dereceler, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısına göre belirlenmektedir. Dolayısıyla 3. dereceye kadar olan, yani bu suçun faili olabilecek kişiler anne-babanın dışında, çocuğa göre belirlenecek kardeşler, büyükanne, büyükbaba, amca, dayı, hala ve teyzedir. Suçun doğası gereği kaçırma veya alıkoyma fiilini işleyen hısım vesayet yetkisine sahip olmamalıdır. Vasi olarak atanmış, ancak sonradan bu yetkisi elinden alınmış hısım da bu suçu işleyebilecektir.¹²⁴ 3. dereceden daha uzak akrabaların kaçırma ve alıkoyma fiilleri kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır.¹²⁵ Suçun kayın hısımları tarafından da işlenmesinin mümkün olmadığı ifade edilmekte, bu durumda yine kişiyi hürriyetinden alıkoyma suçuna gidilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹²⁶

2. Mağdur

Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun mağduru öncelikle, korunan hukuki değerin anne-babanın velayet ve vasiyet hakkı olması nedeniyle bu haklarına tecavüz edilen kişilerdir.¹²⁷ Dolayısıyla velayet yetkisine sahip anne-baba ve vasi bu suçun mağdurdur. Sonuçta aile hukuku çerçevesinde sahip oldukları

¹²² Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/ R. Murat Önok, **Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 17. Baskı, Ankara, Seçkin, 2019, s. 1045.

¹²³ Aynı yönde, Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 591, Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s.1044.

¹²⁴ Nuhoglu, **a.g.e.**, s.182; Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s.592; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 6960.

¹²⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 6958; Malkoç, **a.g.e.**, s. 3743.

¹²⁶ Artuk/Gökcan/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5.cilt**, s. 6730; Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 593.

¹²⁷ Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 593; İsmail Malkoç, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt**, Ankara,2013, s. 3744.

velayet ve vesayet hakları zarar görmüştür, bu anlamda hakları ihlal edilmiştir. Ayrıca çocuğu bakım ve gözetim altında tutan kişi de suçun mağdurudur.¹²⁸ Bakım ve gözetim altına alan kişiler, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren kişiler olabilir. Yargıtay bir kararında Özürlüler Rehabilitasyon Merkezinde gözetim ve koruma altında olan çocuğun babası tarafından kaçırılmasının TCK m. 234'ü oluşturacağını ifade etmiştir.¹²⁹ Bunun yanı sıra Çocuk Koruma Kanunu'nun 9. maddesine göre çocuk, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından bakım ve gözetim altına alınabilir. Koruyucu aile de bakım ve gözetim yükümlüsü olabilir.¹³⁰ Bakım ve gözetim yükümlüsü Malkoç'a göre "sözleşmesel" bir ilişki içerisinde.¹³¹

Çocuğun da suçun mağduru olup olmadığı konusunda ise öğretide farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre çocuk da bu suçun mağdurudur.¹³² İfade etmek gerekir ki burada ifade edilen çocuk madde hükmüne göre "16 yaşını bitirmemiş" çocuktur. Korunan hukuki değerde bahsedilen, çocuğun kendisine karşı korunması ve ikinci fıkra ile çocuğun vücut dokunulmazlığı ve psikolojik durumunun korunması da dikkate alındığında, bu görüş kendi içinde tutarlı gözükmemektedir. Ancak diğer görüşe göre, çocuk bu suçun mağduru değildir.¹³³ Burada dikkate alınan husus aslında suçun düzenlendiği yer itibarıyla velayet ve vesayet yetkisinin ihlal edilmesinin cezalandırılması ve düzenlemeye göre çocuğun rızasının geçersiz olmasıdır. Halbuki veli veya vasinin rızası bu suçun oluşmasına engel olacaktır.¹³⁴ Çocuğun rızasının hukuki görünümü ve sonuçları hukuka aykırılık bölümünde daha

¹²⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 6961; Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 593; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. cilt**, s. 6730.

¹²⁹ **Y14CD 10.02.2014 E.2012/8633 - K.2014/1292**.

¹³⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. cilt**, s. 6730.

¹³¹ Malkoç, **a.g.e.**, s. 3744.

¹³² Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. cilt**, s. 6730; Ali Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi 2. Cilt**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s. 2527.

¹³³ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 6961; Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 593, Malkoç, **a.g.e.**, s. 3744; Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 183; Tezcan/Erdem,Önok, **a.g.e.**, s. 1045; Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, US-A Yayıncılık, 12. basım, 2019, s. 209; 765 sayılı eski TCK m.182'de düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda pasif sujenin (mağdurun), korunan çıkarın taşıyıcısı olduğundan veli veya vasi olduğu, çocuğun suçun konusu olduğu yönünde, Faruk Erem, Ahmet Danişman, Mehmet Emin Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997, s.241; Necati Meran, "Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu", **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt:11, Sayı:115, Mart 2016, s.96.

¹³⁴ Malkoç, **a.g.e.**, s. 3744; Gülşen, **Hürriyeti Tahdit Suçları**, s. 178.

ayrıntılı incelenmiştir. Kanımızca rızanın hukuken geçerli olmaması mağdur sıfatının değişmesine engel bir durum değildir. Zira örneğin, çocukların cinsel istismarının düzenlendiği 103. maddede, suçun mağdurunun çocuk olduğuna şüphe yoktur. Ayrıca bu maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere “Buna karşılık, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından, rızanın varlığı ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.” Bu durumda çocuğun rızasının geçerli olmaması çocuğu suçun mağduru olmaktan çıkarmamıştır. Yine bunun gibi kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun çocuğa karşı işlenmesi durumunda çocuğun olayı anlama ve algılama derecesine göre rızasının geçerli olup olmadığı belirlenecektir.¹³⁵ Ancak bu durum onu mağdur olmaktan çıkarmayacaktır.¹³⁶

Bu noktada suçun mağduru ile anlaşılması gerekenin ne olduğu önem arz eder. Genel itibariyle “*suçun konusunun ait olduğu kişi*”¹³⁷, “*kendisine karşı suç işlenen kimse*”¹³⁸ olarak adlandırılan mağdur, “*korunmak istenen hukuki değer*in sahibi”¹³⁹ olarak da tanımlanmaktadır. Korunan hakkın üzerinde tasarrufta bulunabilecek kişinin belirlenmesi mağdurun tespiti için bir yöntemdir.¹⁴⁰ İleride belirtileceği üzere suçun konusu, üzerinde velayet vesayet hakkına sahip olunan çocuktur. Suç çocuk üzerinde işlense de burada çocuğun vesilesiyle sahip olunan hakkın sahibi etkilenmektedir. Bize göre mağdurun korunan hukuki değere göre belirlenmesi, kanunun korumak istediği hakkın sahibinin mağdur olarak kabul

¹³⁵ Yaşar, Gökcan, Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt**, s. 3735.

¹³⁶ Çocuğun hareket kabiliyetinin olup olmamasının önemli olmadığı yönünde, Artuk v.d, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 429.

¹³⁷ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara, Seçkin, 2016, s.202; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcan, M. Emin Alşahin, Ü. Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 374.

¹³⁸ Yener Ünver, **Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003, s. 140.

¹³⁹ Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 242; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.208,209; Nevzat Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2019, s. 56,57 suçun pasif sujesiyle ilgili görüşler için bkz. Toroslu, **a.e.**, s.172-183.

Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara, Seçkin, 2019, s.211.

¹⁴⁰ Erem/Danışman/Artuk, **a.g.e.**, s. 242; Ünver, **a.g.e.**, s.141.

edilmesi gerekmektedir.¹⁴¹ 234. madde anlamında da bu suçun mağdurunun çocuğun olup olmadığı konusunda korunan hukuki değere göre karar vermek gerekecektir. Korunan hukuki değer bakımından doktrindeki görüşler belirtilmişti. Buna göre korunan hukuki değer karma nitelikte olup çocuğun da kendisine karşı korunması, bu düzenleme ile amaçlanan yararlardan biridir. Korunan hukuki yararın sahibi olan çocuğun mağdur olabileceği düşünülebilir. Ancak buradaki koruma ikincil niteliktedir. Kanun koyucu TCK m.234/1'in gerekçesinde belirttiği üzere bu suç anne-babanın ve vasinin, velayet ve vesayet haklarını korumak amacıyla düzenlemiştir. Velayet-vesayetin kullanım hakkı da veli ve vasidedir. Asıl maksadın velayet ve vesayet haklarının kullanımını engellemeye yönelik davranışların cezalandırılması olması nedeniyle, bu ihlal dolayısıyla hakkı zedelenen, hakkı üzerinde tasarrufta bulunamayan kişiler olan velayet ve vesayet sahibinin tek başına suçun mağduru olması gerektiği söylenebilir. Ancak suçun çocuğa karşı gerçekleştirilen cebir veya tehdit ile işlenmesi halinde çocuğun mağdur olarak ekleneceği düşüncesindeyiz.

Yargıtay'ın suçun mağduru konusunda karar birliği yoktur. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu ile ilgili bir kararında çocuk sayısı kadar suçun oluşmayacağını, zira suçun mağdurunun velayet sahibi anne-baba olduğunu ifade etmiştir.¹⁴² Öyle gözükmektedir ki maddenin gerekçesinde yer alan korunan hukuki değerden yola çıkarak, bu değer ihlal edilmesine bağlı olarak mahkeme, mağduru tespit etmiştir.¹⁴³ Ancak bir diğer kararında çocuklardan mağdur olarak bahsetmiş ve

¹⁴¹ Mağdurun korunan hukuki değere göre belirlenmesi konusunda bkz. Tuğrul Katoğlu, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", **AÜHFD**, 61 (2), 2012, s.660 ve devamı.

¹⁴² "5237 sayılı TCK'nın 234/1. Maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda on sekiz yaşını bitirmeyen çocuğun annesi ile babasının çocuk üzerinde sahip oldukları velayet haklarının koruma altına alınması nedeniyle atılı suçun mağdurunun anne ile baba olması karşısında, somut olayda boşanma neticesinde velayet yetkisi elinden alınmış sanığın, iki çocuğunu katılanın rızası dışında kaçırıp alıkoyması eyleminde, mağdurun katılan anne olduğu gözetildiğinde, sanığın müsnet suçtan bir kez mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde çocuk sayısınca iki kez mahkumiyetine hükmedilmesi suretiyle fazla ceza tayini..." **Y14CD 27.06.2018 tarihli, E.2015/6618 - K.2018/4712 sayılı karar** (KAZANCI).

¹⁴³ Yine bir kararda "TCK'nın 234/1 maddesinde düzenlenen suçun mağduru kaçırılan ya da alıkonulan çocuğun kanuni temsilcisi olduğundan..." denilerek suçun mağduru kanuni temsilci kabul edilmiştir. **Y14CD 22.11.2012 tarihli, E.2011/21748 K.2012/11798 sayılı karar**, aktaran, Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. cilt**, s. 6738.

suçun birden fazla kişiye karşı işlendiği ifade edilmiştir.¹⁴⁴ Yine çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçundan yapılan bir yargılamada, kararda “...mağdure ...`nın velâyetinin sanığa ait olup...”¹⁴⁵ denilmek suretiyle çocuktan mağdur olarak söz edilmiştir. TCK m. 234/3 ile ilgili olarak da, verdiğimiz ilk karara benzer bir tespitte bulunarak, çocuğun ancak suçun konusu olabileceği ifade edilmiştir.¹⁴⁶ Ancak başkaca kararlarda çocuğu mağdur olarak nitelendirmiştir.¹⁴⁷ İki suç arasında korunan hukuki değer açısından fark olmadığından karara atıf yapmakta mahsur görmüyoruz.

Belirtmek gerekir ki, on beş yaşını bitirmiş çocuk, TMK m.12'deki koşulların varlığı halinde ergin kılınabilecektir. Bu durumda çocuğun üzerindeki velayet ve vesayet hakları sona erecektir.¹⁴⁸ Bu hakların sona ermesi dolayısıyla, 15-16 yaş aralığındaki çocuğun velayet-vesayet hakları sona eren kişiler tarafından kaçırılması veya alıkonulması halinde bu suç oluşmayacaktır. Zira suçun mağduru velayet vesayet sahibi kişi olarak kabul edildiğinde, kimse çocuk üzerinde velayet ve vesayet hakkına sahip olmadığından faillik özelliklerinin taşınmamasının yanı sıra suç mağdursuz kalacak ve maddi unsurlar oluşmamış olacaktır.¹⁴⁹

¹⁴⁴“... Mağdur çocukların kayden 06.11.2001 ve 27.11.2002 doğumlu olup... sanığın bir fiille aynı kanun hükmünü birden fazla kişiye karşı ihlal ettiği” **Y14CD 16.06.2015 tarihli, E.2013/5643 - K.2015/7245 sayılı karar** (KAZANCI).

¹⁴⁵ **Y14CD 20.06.2013 tarihli, E.2012/13324 - K.2013/7988 sayılı karar** (KAZANCI).

¹⁴⁶ “...dava konusu suçta, korunan hukuki yarar, velinin aile hukukundan kaynaklanan velayet hakkı ile ilgili bulunup suçun mağdurunun veli veya kanuni temsilci olduğu, evi terk eden çocuğun ise bu suçun ancak konusunu oluşturduğu anlaşılması karşısında” **Y14CD 27.01.2014 tarihli, E.2012/8626 - K.2014/842 sayılı karar** (KAZANCI).

¹⁴⁷ , “...mağdurenin kendi isteği ve kanuni temsilcisinin haberi olmadan evden kaçarak sanığın yanına gitmesi, sanığın yetkili makamlara ve mağdurenin ailesine bilgi vermeden mağdureyi yanında tutması karşısında sanığa atılı çocuğun alıkonulması suçunun tüm unsurları itibariyle olduğu kabul edilmelidir...” **YCGK 9.06.2015 tarihli, E.2013/14-668 - K.2015/202 sayılı karar** (KAZANCI), “...dosyada bulunan katılanın beyanlarından mağdur çocuğun ailesinin, çocuğun nerede ve kimin yanında bulunduğunu bildiklerinin anlaşılması...” **Y14CD 27.10.2011 tarihli, E.2011/17788 - K.2011/1565 sayılı karar** (KAZANCI).

¹⁴⁸ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek Ve Tüzel Kişiler)**, 10. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010, s.72.

¹⁴⁹ Aynı şekilde, Malkoç, evlenme ile ergin kılınma nedeniyle velayet-vesayet son bulması durumunda bu suçun oluşmayacağını ifade etmiştir (Malkoç, **a.g.e.**, s. 3743) Ancak ifade etmek gerekir ki, evlenme ile ergin kılınmak için TMK m.124/2'ye göre on altı yaşını tamamlamış olmak gerekir. Halbuki TCK m.234/1'in oluşması için çocuğun on altı yaşını bitirmemiş olması gerekir. Dolayısıyla evlenme ile ergin kılınabilecek bir çocuk yaşı itibariyle, bu suçun konusunu oluşturmamaktadır.

3. Suçun Konusu

Belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun konusu, on altı yaşını bitirmemiş çocuktur. 5237 sayılı TCK m. 234/1'in madde başlığından ve “...on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırmayı veya alıkoyması halinde...” şeklindeki madde hükmünden suçun konusunun velayet, vesayet veya gözetimi altında bulunduğu kişinin yanından kaçırılan veya alıkonulan on altı yaşını bitirmemiş çocuk olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim kaçırma veya alıkoyma fiilleri çocuk üzerinde işlenmektedir.¹⁵⁰ Çocuk, velayet ve vesayet hakkının üzerinde kullanıldığı kişidir. Çocuğun kaçırılmasıyla veya alıkonulmasıyla bu haklar zedelenmektedir. Suçun nitelikli hali göz önüne alındığında, ilk fıkra için çocuğun on iki ile on altı yaş arasında olması gerekmektedir. On altı yaşının bitirilmesinden, çocuğun on altıncı doğum gününün geçilmesi anlaşılmalıdır. TMK m.12 çerçevesinde ergin kılınan çocuğun üzerindeki velayet ve vesayet sona ereceği için, ergin kılınan çocuk bu suçun konusu değildir.

765 sayılı mülga TCK'da, çocuğun kaçırılması suçunda on beş yaşına girmeyen çocuktan bahsedilmekteydi. Ayrıca 5237 sayılı TCK'daki maddenin gerekçesinde de, “Söz konusu suç, onbeş yaşını bitirmemiş olan çocuğun kaçırılması veya alıkonulması suretiyle gerçekleşir.” denmektedir. Ancak “on beş yaş” ifadesinin hükümet tasarısında yer aldığı, TBMM Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen yaş sınırının on altı olduğu, dolayısıyla bu ifadenin “on altı” olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁵¹ Yaşın on beş yerine on altı olarak kabul edilmesinin sebebi ise, 01.08.2000 tarihinde Türkiye açısından yürürlüğe giren Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme'nin uygulanmasına yönelik esasların belirlenmesi için çıkarılan 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön Kapsamına Dair Kanun'la uyum sağlamaktır.¹⁵²

¹⁵⁰ Suçun konusu, hareketin üzerinde gerçekleştiği kişi veya şeydir. Özbek/Doğan/Bacaksız, **a.g.e**, s. 211.

¹⁵¹ Adem Sözüer, **Türk Ceza Hukuku Reformu Mevzuatı**, İstanbul, Alfa, 2013, s. 331.

¹⁵² Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 591.

4. Fiil

Belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun basit halinin fiil unsurunu “cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırma veya alıkoyma” eylemi oluşturmaktadır. Sistematiik çerçevesinde daha sonra incelenecek olan cebir veya tehdit ile kaçırma/alıkoyma, maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen, suçun nitelikli halini oluşturmaktadır. Çocuğun geçerli olmasa da rızasının olduğu haller ilk fıkrayı, cebir ve tehditle kaçırma ve alıkoyma ise ikinci fıkrayı oluşturmaktadır.¹⁵³ Çocuğun rıza gösterip göstermeme konusunda irade oluşturmamaya kadar küçük olduğu durumlarda da cebir ve tehdit söz konusu olmadığı sürece düzenlemenin basit şekli gerçekleşmiş olacaktır. Düzenlemede yer alan ‘veya’ ifadesinden anlaşılaçağı üzere kaçırma ve alıkoyma hareketlerinin biriyle bu suç işlenebilecektir. Bu nedenle söz konusu suç seçimlik hareketli bir suçtur.

a. Kaçırma

765 sayılı eski ceza kanununda Genel Ahlaka ve Aile Düzenine Karşı Suçlar arasında kaçırma suçları düzenlenmekteydi. 429. madde ve devamında düzenlenen bu suçlardan yola çıkarak kaçırma ve alıkoyma ifadeleri anlaşılabilir. *Erem-Toroslu*, kaçırma; mağdurun normal yaşam sahasından alınması ve kaçırmanın iktidarına tabi kılınması şeklinde ifade etmiştir.¹⁵⁴ *Bakıcı*, mağdurun kendi egemenlik alanından, failin hakimiyet sahasına nakledilmesi, bulunduğu yerden başka bir yere götürülmesi olarak tanımlamıştır.¹⁵⁵ *Dönmezer*, kaçırmanın tanımını, mağdurun fail tarafından kendi hukuki alanından çıkarılarak failin hukuki alanına sokulması ve mağdurun kendi cismi üzerindeki egemenliğinin kaçırmanın lehine yok edilmesi olarak

¹⁵³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5.cilt**, s. 6729; Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 594; Malkoç, **a.g.e.**, s. 3743; Tezcan/Erdem,Önok, **a.g.e.**, s. 1048.

¹⁵⁴ Faruk Erem, Nevzat Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara, Savaş Yayınları, 1987, s.355.

¹⁵⁵ Sedat Bakıcı, “Uygulamada Kaçırma Ve Alıkoyma Suçları”, **Adalet Dergisi**, 78/1, 1987, s.42; Sedat Bakıcı, **Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 1994, s. 359.

belirlemiştir.¹⁵⁶ *Savaş/Mollamahmutoğlu*, 765 sayılı mülga TCK'nın 182. maddesindeki çocuğun kaçırılması suçu için, kaçırmayı, çocuğun bulunduğu yerden başka bir yere götürülmesi olarak ifade etmiştir.¹⁵⁷ Yargıtay da, mağdurun kendi emniyet sahasından çıkarılıp failin nüfuz ve hakimiyetine girmesi olarak kaçırmanın tarifini yapmıştır.¹⁵⁸ Dolayısıyla kaçırma fiilinin oluşması ve suçun tamamlanması için iki unsurun gerçekleşmesi gerekmektedir. Öncelikle kişinin kişisel olarak tercih ettiği, bulunduğu, kontrol edebildiği hareket alanından fail tarafından alınması, sonrasında failin kontrolü altındaki bir hareket alanına fail tarafından aktarılması gerekir. Burada ifade etmek gerekir ki mevcut düzenlemeye göre anne-baba, vasi ya da bakım ve gözetim yükümlüsünün yanından kaçırma tipik suçu oluşturduğu için, çocuğun kaçırıldığı anda kendi hakimiyet alanından ziyade bu kişilerin kontrol alanında olması gerekecektir. Çocuğun bakım ve gözetim altında bulunduğu yer okul, kurs, spor salonu, bakıcı, sağlık merkezi vesaire olabilecektir.¹⁵⁹ Dolayısıyla çocuğun veli veya vasisi tarafından belirlenen hareket alanından fail tarafından alınarak kendi hakimiyet alanına sokulması kaçırma fiilini oluşturacaktır.

Çocuk failin kontrolü altına girmezse bu suç oluşmayacaktır. Ayrıca çocuğun failin kontrol alanında bulunması gerektiğinden, bir başka yere götürme söz konusu olmaktadır.¹⁶⁰ Başka yere götürme çeşitli şekillerde olabilmektedir. Fail, bir araçla veya kendi imkanlarıyla bu eylemi gerçekleştirebilir. Ancak basit şekle göre bu hareketlerin cebir veya tehdit kullanılarak yapılmaması gerekir. İfade edildiği üzere yer değiştirmek, failin çocuğu kendi egemenlik alanına alması açısından önemlidir.

¹⁵⁶ Sulhi Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, 4. Bası, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1975, s. 236; Sulhi Dönmezer, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1983, s. 271.

¹⁵⁷ Savaş, Mollamahmutoğlu, *Türk Ceza Kanunun Yorumu C.2*, s.1727.

¹⁵⁸“Mağdurenin üç saatlik bir mesafeye götürüldükten sonra şahitler tarafından kurtarıldığı ve kurtarma anına kadar mağdureyi emniyet sahası haricine çıkarıp üzerinde nüfuz ve hakimiyetlerini tesis etkileri nazara alınarak, kaçırma fiilinin tamamlandığının kabulü gerekirken...” **Y5CD 27.09.1960 tarihli E. 3092 K. 4102 sayılı karar**; aktaran, Gözübüyük, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması Cilt 4**, s. 207,221; “Sanıklar mağdurenin mukavemetini kırarak 150 metre götördükleri ve doğal güvenlik alanından çıkartarak nüfuz ve hakimiyetleri altına aldıkları, tanıkların kahvede bulunan mağdurenin kardeşine haber vermeleri üzerine kardeşinin müdahalesi sonucu serbest bıraktıkları ve fasilasız bir takibin de söz konusu olmadığı cihetle, eylemin tamamlandığı göz önünde bulundurulmayarak...” **Y5CD 27.11.1979 tarihli, 3047/3456 sayılı karar** aktaran Bakıcı, **Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s. 389.

¹⁵⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6963.

¹⁶⁰ Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s. 236,239; Akbulut, **a.g.m.**, s. 317; Artuk, **a.g.m.**, 24.

Dolayısıyla çocuğun aynı dairedaki bir odadan diğerine götürülmesi veya çok kısa bir uzaklığa götürülmesi kaçırmak olarak nitelendirilemeyecektir.¹⁶¹ Çocuğun failin fiilî egemenlik alanına girip girmediğini hakim olay özelinde araştıracaktır.¹⁶² Çocuğun fiilî egemenlik altına girdiğini anlamak için çeşitli kriterler kullanılabilir. Örneğin daha önce belirtildiği gibi götürülen uzaklığa, bunun yanı sıra kaçırma sırasında failin takip edilip edilmediğine, götürülen yerin özelliklerine bakılacaktır.¹⁶³ Götürülen yerin özellikleri noktasında kamuya açık alanlar, parklar, meydanlar failin fiili hakimiyet sağlayamayacağı alanlardır.¹⁶⁴ Ancak, failin çocuğu götürmeyi düşündüğü yere kadar götürmesi suçun oluşması açısından beklenmemektedir. Buradaki önemli husus yine egemenliği altına alabileceği bir mesafeye kadar götürmesidir.¹⁶⁵

Kaçırmanın süresinin ne kadar olması gerektiği hususu ile ilgili olarak ise bir sürenin aranmadığı belirtilmelidir.¹⁶⁶ Zira kaçırma fiilinin devamlı olması beklenmemektedir.¹⁶⁷ Fail kişiyi fiili hakimiyeti altına alınca bu suç tamamlanmaktadır. Kaçırmanın bu niteliğinden dolayı *Dönmezer* bu suçu esasında “ani suç” olarak nitelendirmiştir. Öyle ki failin bir kişiyi kaçırmak için arabaya getirip yola çıkması ile suçun tamamlanmış olduğunu ifade etmektedir.¹⁶⁸ *Erem* de

¹⁶¹ Akbulut, **a.g.m.**, s. 317 ; Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s. 238,239.

¹⁶² Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s. 238, Akbulut, **a.g.m.**, s. 320; Artuk/Gökcan/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5.cilt**, s. 6728.

¹⁶³ Bakıcı, **Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s. 359, Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt.**, s. 6962; Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s. 238, Akbulut, **a.g.m.**, s. 320. Örneğin, Yargıtay 35 metre ilerideki eve götürmeyi kaçırma olarak kabul etmiştir. **Y5CD. 25.02.1949 2369/587**, aktaran, Gözübüyük, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması Cilt 4**, s.219. Ancak bir başka kararında on metre uzağa götürülen, sonrasında bir başkasının müdahalesiyle kurtarılan mağdur olayında “ kat’olunan mesafenin kısalığı ve mani sebeplerin derhal haylulet olduğu nazara alınmayarak TCK 61’inci maddesi yerine 62’nci maddesinin tatbiki yolsuzdur.” diyerek suçun tamamlanmadığını ifade etmiştir. **Y5CD 07.05.1955 2221/1949**, aktaran, Gözübüyük, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması Cilt 4**, s.220.

¹⁶⁴ Artuk/Gökcan/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5.cilt**, s. 6728.

¹⁶⁵ Bakıcı, **Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s. 350; Akbulut, **a.g.m.**, s. 320, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 187; Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s.237,238, aktarılan 1CD 02.03.1944 tarihli Yargıtay kararında da, mağduru kaçıran kişilerin yolda yakalanması olayında olayın özelliklerine de bakılarak fiilî egemenlik altına almaları nedeniyle, suçun teşebbüste kaldığı şeklinde verilen kararın yolsuz olduğu ifade edilmiştir.

¹⁶⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6963-6964; Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s. 239; Akbulut, **a.g.m.**, s. 320 , belli bir süre devam etmesi gerektiği görüşü, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 189.

¹⁶⁷ Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s. 239; Majno, **Ceza Kanunu Şerhi**, Cilt 3, Ankara, Yargıtay Yayınları No: 8, 1980, s. 173.

¹⁶⁸ Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s. 239-240.

bu durum için “muhtemelen mütemadi suç” ifadesini kullanmıştır.¹⁶⁹ Dolayısıyla kaçırmamanın esasında ani bir suç olduğu ancak mütemadi olarak da işlenebileceği sonucuna varılmaktadır. Ancak zaten kaçırma fiili ile birlikte az ya da çok bir süre geçmiş olması gerekecektir. Çocuğun fiilî egemenlik altına alındıktan sonra aynı anda serbest bırakılması olayların doğal akışında beklenemez. Doktrindeki temel görüş kaçırmamanın mütemadi bir suç olduğu yönündedir.¹⁷⁰

Ani suçlarda suçun tamamlanması ile birlikte gerçekleşen netice devam etmemektedir. Mütemadi suçlarda ise suç tamamlanmakla son bulmayacak, neticenin sona ermesiyle suç da sona erecektir. Ancak suçu sona erdirme kararı failin elinde bulunacaktır.¹⁷¹ Zorunlu mütemadi suçlar, neticenin devam etmesinin zorunlu olduğu suçlar iken, muhtemelen mütemadi suçlar ise belirtildiği üzere ani olarak işlenebilen bir suçun fail kararıyla devam ettirilmesidir.¹⁷² Burada değinilmesi gereken husus, mütemadi suçlarda suçun tamamlanma anına ilişkin görüşlerdir. Mütemadi suçlarla ilgili olarak fiillerin gerçekleşmesinden sonra neticenin devam ettiği¹⁷³ ve icranın devam ettiği¹⁷⁴ yönünde görüşler bulunmaktadır. Baskın olarak neticenin devam ettiği ifade edilmektedir. Kaçırma fiili için kaçırmamanın bir süre devam etmesinin gerekli olmadığı, failin egemenlik alanına girmesi ile suçun tamamlanacağı¹⁷⁵ kabul edildiğinden neticenin devam etmesi beklenmemesine rağmen aslında doğal olarak fiilî egemenlik altına alma ile suç tamamlansa da bir süre daha kaçırma devam etmektedir. Meğerki çocuk fiilî egemenlik alanından çıkmış olsun. Kaçırma fiilinin

¹⁶⁹ Erem-Toroslu, **a.g.e.**, s. 355.

¹⁷⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt.**, s. 6964; Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 594; Artuk/Gökcan/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. Cilt.**, s. 6727; Malkoç, **a.g.e.**, s. 3744, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 186, Yargıtay da aynı görüştedir: “kaçırmak suçu, şahsi hürriyeti ihlal edilen mağdurun hürriyetini iktisap edinceye kadar temadi eden bir suç olmak itibarıyla...” **Y5CD. 25.05.1955 tarihli, 2349/2231 sayılı karar**, aktaran, Gözübüyük, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması Cilt 4**, s.212.

¹⁷¹ Demirbaş, **a.g.e.**, s.242,243; Özbek vd., **a.g.e.**, s.229,230; Artuk v.d., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.330-332.

¹⁷² Demirbaş, **a.g.e.**, s. 244; Özgenç, **a.g.e.**, s.173; Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 230; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara, Seçkin, 2018, s.126.

¹⁷³ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 243; Özbek v.d., **a.g.e.**, s. 229,230.

¹⁷⁴ Özgenç, **a.g.e.**, s. 172; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.125.

¹⁷⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt.**, s. 6964; Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 594, 597; Bakıcı, **Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s.359; Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s. 237-239; Artuk/Gökcan/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. cilt**, s. 6728.

icrası sona erinceye kadar bu suç bitmiş sayılmayacaktır. Failin çocuğu kendi nüfuz alanından çıkarması ya da bir şekilde çocuğun failin egemenlik alanından çıkması ile suç sona erecektir. Fail çocuğu bir yere getirmiş ve oradan ayrılmış olabilir. Burada fiili hakimiyet sağlandıktan sonra fail tarafından bu bozulmuştur. Böyle bile olsa kaçırma fiili gerçekleşmiş olacak, suç oluşacaktır.¹⁷⁶ Dolayısıyla kaçırmanın gerçekleştiği süre hakkında bir belirleme yapmak, bir kural koymak mümkün değildir. Bunu hakim, failin mağduru fiilî egemenlik alanına geçirip geçirememesine göre belirleyecektir.

Kaçırılmış çocuğun m. 234/1 anlamında tekrar kaçırılıp kaçırılmayacağı konusunda Gülşen, bunun mümkün olduğunu savunmaktadır. Gülşen'e göre ikinci kaçırma fiilini işleyen failin bundan faydalanmaması gerekir, korunan hukuki değer açısından da 234. madde kapsamında değerlendirilmesi yerinde olacaktır.¹⁷⁷ Ancak suçun düzenleniş şekli bakımından çocuğun veli, vasi ya da bakım ve gözetim yükümlüsünün hakimiyet alanından kaçırılması suçu oluşturmaktadır. Bu nedenle bu kişilerin hakimiyet alanından çıkarılmış bir çocuk için bu suçun mümkün olamayacağı düşüncesi de mevcuttur.¹⁷⁸ Bu kabul edildiğinde, örneğin bir akrabanın, çocuğu annesinin yanından aldıktan sonra, bu kişilerin de yanından velayet yetkisi elinden alınmış babanın kaçırması durumunda bu suç oluşmayacak, kişiyi hürriyetinden alıkoyma suçunun altsoya ve çocuğa karşı işlendiği nitelikli unsurlu hali gerçekleşecektir.

b. Alıkoyma

Alıkoyma, yine 765 sayılı Kanundaki suçlar için doktrindeki tanımlamalara göre, kişinin kendi isteği ve rızasıyla girdiği failin fiilî egemenlik alanından kendi rızasına aykırı olacak şekilde çıkamamasıdır.¹⁷⁹ Çocuğun alıkoyması suçunda ise bu durum anne-baba, vasi veya bakım ve gözetim yükümlüsünün rızası hilafına gerçekleştirilmektedir. Kanaatimizce çocuğun rızasına önem atfedilmediği bu suçta,

¹⁷⁶ Aynı yönde, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 187.

¹⁷⁷ Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 594.

¹⁷⁸ Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 192.

¹⁷⁹ Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s. 240; Erem-Toroslu, **a.g.e.**, s. 355; s. 182; Bakıcı, **Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s. 359.

failin egemenlik alanına çocuğun girmesi de sayılan bu kişilerin rızasıyla olmalı, sonrasında yine bu kişilerin, çocuğun failin yanında kalmasına rızasının olmamasına rağmen çocuk teslim edilmemelidir. Alıkoyma ile kaçırma arasındaki fark da yine bu noktada ortaya çıkmaktadır. Kaçırmada çocuğun veli, vasi veya bakım-gözetim yükümlüsünün rızası dâhilinde failin egemenlik alanına girmesi söz konusu değildir. Böyle bir durumda kaçırma suçu oluşmaz. Ancak rıza ile çocuğun faile teslim edilmesi, sonrasında failin çocuğu teslim etmekle yükümlü olması halinde alıkoyma suçu oluşacaktır.¹⁸⁰ Bu farklılığın sonucu olarak aslında bu iki fiil birlikte işlenemeyecektir. Ancak öğretide kaçırma sonrası alıkonulmanın mümkün olduğu kabul edilerek, bu durumda tek suç oluşacağı ifade edilmektedir.¹⁸¹ Aslında çocuğun failin hakimiyet alanına nasıl girdiğinin öneminin olmadığı görüşünde olan yazarlar mevcuttur.¹⁸² Hükümet tasarısının şehvet hissi veya evlenme maksadıyla insan kaçırma veya alıkoymayı düzenleyen 325. maddesinin gerekçesinde de alıkoymanın tanımı “failin hukuk alanına...girmiş bulunan kimsenin mağdurun arzusuna karşın bu alan içerisinde tutulması”¹⁸³ şeklinde yapılmış, failin hukuk alanına nasıl girmesi gerektiği hakkında bir açıklama yapılmamıştır. Yargıtay’ın “...velâyetleri mağdureye ait ve 12 yaşından küçük müşterek çocukları olan ... **mağdurenin rızası dışında evinden alarak götürdüğü** ve mağdurenin duruşma aşamasındaki beyanına göre şikâyeti üzerine 27.02.2007 doğumlu ... **alıkoymaya devam edip** diğer çocukları teslim ettiği...” şeklinde bir kararı mevcuttur.¹⁸⁴ Alıkoymanın, kendi rızasıyla gelen çocuğun kendi veya velayet-vesayet sahibinin rızasına aykırı olarak failin egemenlik alanında tutulması ile de oluşacağını ifade eden genel bir görüş vardır.¹⁸⁵ Yani

¹⁸⁰ Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s. 240; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. cilt**, s. 6728,6729; Malkoç, **a.g.e.**, s. 3744.

¹⁸¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6963,6971; Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 597; Gözübüyük, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması Cilt 4**, s. 208; Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s. 241, aktarılan Yargıtay kararına göre de, kaçırma ve alıkoyma bir küll halinde ise bunlar ayrı suç olarak düşünülemez (4CD. 14.01.1954 tarihli, E.13577 K.217 sayılı karar).

¹⁸² Akbulut, **a.g.m.**, s. 318; Parlar, **a.g.e.**, s. 2527.

¹⁸³ **TBMM. 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 664**, s. 164.

¹⁸⁴ **Y14CD 26.02.2015 tarihli, E.2013/4677 - K.2015/2222 sayılı karar** (KAZANCI), başka bir kararda da bu iki fiilin birlikte gerçekleştiği ifade edilmektedir: “...sanığın, iki çocuğunu katılanın rızası dışında kaçırıp alıkoyması eyleminde...” **Y14CD 27.06.2018 tarihli, E.2015/6618 - K.2018/4712 sayılı karar** (KAZANCI).

¹⁸⁵ Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 593; Nuhoğlu, **a.g.e.**, 188,189; Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6963, diğer

velayet-vesayet sahibinin rızasının olmayıp kendi rızasıyla, örneğin evi terk etmek suretiyle de bu suçun işlenebileceği belirtilmektedir. Bu durumda bu görüşe göre, suç 3. fıkradaki suçtan ayıran husus faillik özellikleri olacaktır. Biz hem velayet-vesayet sahibinin hem de çocuğun korunduğu bu suçta, ilk amacın velayet-vesayet hakkı sahibinin hukuki çıkarlarının muhafaza edilmesi olduğu düşüncesiyle alıkoymanın doktrindeki tanımının velayet-vesayet hakkı sahibine göre uyarlanmasını daha doğru buluyoruz. Bu nedenle daha önce ifade edildiği üzere velayet-vesayet sahibinin rızası ile çocuğun verilmesi gerektiği kanısındayız.¹⁸⁶ Ancak yine daha önce ifade edildiği üzere alıkoyma fiili için mağdurun ne şekilde failin egemenlik alanına girdiğinin önemli olmadığı yönündeki görüş kabul edildiğinde bu görüş de önemini kaybedecektir. 3. fıkradaki suç için daha sonra açıklama yapılacaktır.

Alıkoymanın mütemadi bir suç olduğu konusunda şüphe yoktur. Zira çocuğun failin egemenlik alanında bir süre tutulması ile suç tamamlanacaktır, bu alandan kurtulması ile de suç bitmiş olacaktır. Alıkoymada da failin çocuğu kendi hakimiyet alanına alması gerektiği ifade edilse de alıkoymanın tamamlanması için bir süre devam etmesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁸⁷ Ancak ne kadar sürenin geçmesi gerektiği önceden belirlenebilir özellikte değildir ve her olay için hakim tarafından tespit edilecektir.¹⁸⁸ Sürenin, alıkoyma “sayılabilecek” kadar olması yeterlidir.¹⁸⁹ Örneğin bir anlığına çocuğun kolundan tutup bırakma alıkoyma olarak kabul edilemezken, 15 dakika bile olsa alıkoymanın mümkün olduğunu ifade eden Yargıtay kararı mevcuttur.¹⁹⁰ Alıkoyma için kesin bir süre verilemese de gösterilen örnekte olduğu gibi bir süre devam etmesi alıkoyma suçunun amacına daha

tarafından burada kaçırma ile alıkoymanın farkı anlatılırken “veli, vasi veya bakım ve gözetim altında bulunduran kimsenin iradesiyle” denilmektedir.

¹⁸⁶ Aynı yönde, Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. cilt**, s. 6729.

¹⁸⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. cilt**, s. 6729; Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6963,6964; Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 594; Erem-Toroslu, **a.g.e.**, s. 355; Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s.240.

¹⁸⁸ Majno, **a.g.e.**, s.173; Savaş, Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanunun Yorumu C.2**, s.1727.

¹⁸⁹ Erem-Toroslu, **a.g.e.**, s.355; Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s.240

¹⁹⁰ “İsterse 15 dakika olsun kendiliğinden gelen kısın kabul edilmiş ve hatta ambara kapatılmak suretiyle gizlenilmiş olmasına göre alıkoyma suçu sabit iken beraat kararı verilmesi yolsuzdur.” **Y4CD 09.02.1951 832/832**, aktaran Gözübüyük, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması Cilt 4**, s.221, Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s. 240,241.

uygundur.¹⁹¹ Bu nedenle alıkoymanın neticeli bir fiil olduğunu düşünmekteyiz. Çocuğun götürüldüğü yerin açık veya kapalı olması aranmasa da umuma açık yerlere, parka, meydana veya piknik alanına götürülen çocuğun alıkonulmuş olmasından söz edilememektedir. Buradaki ayrım kaçırmada olduğu gibi failin hakimiyetine girip girmeme açısından yapılmaktadır.¹⁹² Dolayısıyla kendi evinin bahçesine çocuğu getirmekle, bir çay bahçesine getirmek arasında failin fiili egemenlik alanı açısından fark vardır. Ancak failin kendisine ait olmayan bir yere götürmesi failin egemenlik alanı içinde olmadığı anlamına gelmeyecektir.¹⁹³ Bu nedenle fiilî egemenlik alanı açısından yine kaçırmada olduğu gibi her olay için araştırma yapmak gerekmektedir.

Kaçırma, icrai hareketlerle işlenebilen bir fiilken, alıkoymanın yalnızca ihmalî hareketle işlenebileceği yönünde görüşler¹⁹⁴ olduğu gibi, bizim de katıldığımız, icrai hareketlerle de işlenebileceği yönünde görüşler¹⁹⁵ vardır. Mütemadi suçlar olduklarından dolayı, icrai olarak başlayan hareket ihmalî şekle, ihmal olarak başlayan hareket de icrai şekilde devam ettirilebilir. Örneğin failin çocuğun kaçırılarak bir yere götürmesinden sonra çocuğun gitmesi için kapıyı açmaması veya ailesinin rızası ile aldığı çocuğun hala kendisinde olduğunu fark etmesine rağmen çocuğun evden gitmesi için bir girişimde bulunmaması, kapıyı kilitleyerek gitmesine engel olması şeklinde gerçekleşebilir.¹⁹⁶

¹⁹¹ Alıkoymanın bir süre devam etmesi gerektiği yönünde, Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 594, Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6963,6964.

¹⁹² Bakıcı, **Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s. 359; Akbulut, **a.g.m.**, s. 319; Yaşar, Gökcan Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6963, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 188.

¹⁹³ Akbulut, **a.g.m.**, s. 318.

¹⁹⁴ Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.198; Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 597; Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6971.

¹⁹⁵ Erem-Toroslu, **a.g.e.**, s. 357; Akbulut, **a.g.m.**; s.327-328, Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s.240; Artuk/Gökcan/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. Cilt**, s. 6732; Elmas, **a.g.m.**, s.17; Gülşen, eski TCK dönemindeki **Hürriyeti Tahdit Suçları** eserinde alıkoymadan “icrai nitelikte fakat ihmal suretiyle de işlenebilen bir suç” olarak bahsederken (s. 183), yürürlükteki 5237 sayılı TCK dönemindeki **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)** makalesinde ancak ihmalî olarak işlenebileceğini ifade etmiştir (s.597).

¹⁹⁶ Koca,Üzülmez, **a.g.e.**, s. 127.

5. Suçun Nitelikli Halleri

5237 sayılı TCK'nın 234. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen belirli kişiler tarafından işlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun nitelikli halleri aynı madde içerisinde ikinci fıkra düzenlenmiştir. Fıkra göre;

“Fiil cebir veya tehdit kullanılarak işlenmiş ya da çocuk henüz on iki yaşını bitirmemiş ise ceza bir katı oranında artırılır.”

Düzenlemeden anlaşılacağı üzere, failin ilk fıkradaki suçu cebir kullanarak veya tehditle işlenmesi halinde suçun cezayı artıran nitelikli hali söz konusu olacaktır. Bunun yanı sıra çocuğun yaşı ile ilgili bir artırım sebebi düzenlenmiş olup, on iki yaşından küçük çocuklara karşı işlenen veli, vasi ya da gözetim yükümlüsünün yanından, velayet-vesayet yetkisi elinden alınmış kişi veya üçüncü dereceye kadar olan akrabaların kaçırma ve alıkoyma fiilleri nitelikli hal kapsamında daha ağır bir şekilde cezalandırılacaktır.

Bu noktada, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda geçen, ancak çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun nitelikli hallerinde yer verilmeyen “hile”den bahsetmek gerekmektedir. Kişinin çeşitli yollarla hataya düşmesini sağlamak hileyi oluşturacaktır.¹⁹⁷ Hile, kaçırma ve alıkoyma amacıyla gerçekleştirilebilir. Ancak mevcut düzenlemede yer almadığı için hile ile çocuğun kaçırılması ve alıkonulması nitelikli hali oluşturmayacak, fail suçun temel şeklinden cezalandırılacaktır.¹⁹⁸ Bu durumda TCK m. 61'e dayanılarak üst sınırdan ceza verilebilecektir.

Çalışmada, nitelikli haller ayrı ayrı değerlendirilecektir.

a. Cebir

Cebir esasında müstakil bir suç tipi olup TCK m. 108'de düzenlenmektedir. Buna göre,

¹⁹⁷ Bakıcı, **Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s. 361; Hilinin doktrindeki çeşitli tanımlamaları için bkz.; Nejat Özütürk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Ve Tatbikatı Cilt 2**, Filiz Kitabevi, 1970, s.821,822.

¹⁹⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. cilt**, s. 6728; Meran, **a.g.m**, s.97.

“Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması halinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur.”

Madde gerekçesinde ise cebir “fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecrî bir etki meydana getirme”¹⁹⁹ olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla cebir suçu bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için fiziki güç kullanmak suretiyle onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde etki oluşturmaları şeklinde gerçekleşmektedir.

Cebir suçu bu şekilde düzenlenmekle birlikte birçok suç tipi içerisinde de yer almaktadır. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda da, işlenmesi halinde suçun nitelikli halini oluşturacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla bu suç içerisinde artık erimiş, ayrıca cezalandırmaya gerek kalmayacak bir hal almıştır.²⁰⁰

Gerekçede ayrıca cebrin acı verme suretiyle gerçekleştiği, bu şekilde kişilerin bir şeyi yapma, yapmama veya kendisinin yapmasına müsaade etmesine zorlamak biçimde ortaya çıktığı ifade edilmiştir. Bu formuyla cebir yine gerekçede yaralamanın bir görünümü olarak değerlendirilmiş, cezalandırma da buna göre yapılmıştır. Ancak cebir, kişiye bir şeyi yaptıрма, yaptırmama veya yapması için kendisine izin vermesine yönelik olarak gerçekleşmelidir. Bu nedenle cebir, uygulanan kişinin iradesini kırmak ve çocuğu kaçırma veya alıkoyma fiillerini gerçekleştirmek için uygulanmalı, eğer kaçırma ve alıkoymayı sağladıktan sonra cebir veya tehdit uygulanmışsa cebir ve tehdit ayrıca cezalandırılmalıdır.²⁰¹ Belirtmek gerekir ki, öğretide, cebir aynı zamanda kasten yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek halini oluşturduğu kabul edildiğinden, uygulamada sınır aşılırsa ve basit tıbbi müdahale ile düzeltilemeyecek bir sonuç ortaya çıkmışsa,

¹⁹⁹ Bkz. TCK m.108 gerekçesi, TBMM. 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 664, s. 518.

²⁰⁰ Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 596; cebrin suçun unsuru ya da nitelikli halini oluşturduğu hallerde ayrıca cezalandırılmaması ile ilgili bakınız: Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 257,258; Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt**, s.3709, Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 512,519.

²⁰¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s.6969, Artuk/Gökcan/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. cilt**, s. 6731, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 202.

kasten yaralama suçunun temel şekli (m.86/1) ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama (m.87) suçu da oluşacaktır.²⁰²

Cebir, fiziki bir acıyı ifade etse de uyuşturucu veya hipnotize gibi iradeyi etkileyen başka yollarla da gerçekleştirilebileceği ifade edilmekte, bunun gibi, mutlaka failin kendi fiziğiyle yapılması gerekmemekte, alet kullanılarak da cebir uygulanabilmektedir²⁰³. Ancak cebir mutlaka çocuğu kaçırma ve alıkoyma fiillerini gerçekleştirmeye yetecek miktarda olmalı, bunu hakim her olay için ayrı ayrı değerlendirmelidir.²⁰⁴

Cebirin velayet-vesayet sahibi kişi ya da çocuğu bakım ve gözetim altına alan kişiye karşı mı on altı yaşından küçük çocuğa karşı mı uygulanması gerektiği irdelenmesi gereken bir husus olabilir. Öyle ki ilk amacı velayet-vesayet haklarını korumak olan bu suçta çocuğa karşı uygulanan cebir, bu suçun nitelikli halini oluşturmaya yetecek midir? Cebirin kendi içinde, gerekçeden yola çıkarak üçüncü kişilerin iradesi üzerinde de uygulanabileceği söylenebilir. Nitekim doktrindeki görüşler de bu yöndedir.²⁰⁵ 5237 sayılı TCK m. 234/2'deki nitelikli hal de, “*cebiri veya tehdit kullanılarak*” işlenmesi halinde denilmek suretiyle düzenlendiğinden, cebirin uygulanacağı kişinin belirli bir özelliğe sahip olması gerekmez. Pek tabii cebir uygulanacak kişinin belirli bir yakınlıkta olması aranmaktadır.²⁰⁶ Bu nedenle fail cebri velayet-vesayet sahibine, çocuğun bakım ve gözetimini yapan kişiye veya çocuğa uygulaması halinde suçun nitelikli hali gerçekleşecektir. Hatırlatmak gerekir ki çocuğa uygulanan cebir nedeniyle “*çocuğun beden bütünlüğü, iç huzuru ve*

²⁰² Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 596, Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. cilt**, s. 6731; Soyaslan, **a.g.e.**, s. 257, Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 1049.

²⁰³ Soyaslan, **a.g.e.**, 258,259; Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 514; Pınar Memiş Kartal, “Türk Ceza Hukukunda Cebir Suçu (TCK M.108)”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Cilt 2**, 2010/1, s.1040; İlhan Üzülmöz, **Tehdit, Şantaj Ve Cebir Kullanma Suçları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s.175 Ancak Üzülmöz, fiziki bir acı olmadan cebirin mümkün olmayacağı, dolayısıyla hipnotize vb. fiillerin cebri oluşturmayacağı görüşüne sahiptir, bkz. Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 175-177.

²⁰⁴ Bakıcı, **Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, 360; Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s. 243; Üzülmöz, **a.g.e.**, s.178

²⁰⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt**, s.3713; Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 177,178.

²⁰⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt**, s.3713, Üzülmöz; **a.g.e.**, s.177,178.

serbestçe karar verebilme hürriyeti”nin zarar gördüğü doktrinde ifade edilmiş, böylelikle cebrin çocuğa karşı da işlenebileceği kabul edilmiştir.

Eski kanun zamanında cebrin kaçırma suçlarında kaçırmayı engellemek isteyen kişilere karşı da uygulanabileceği kabul edilmekte idi.²⁰⁷ Bu durum TCK m.234 için de geçerli görülmektedir.²⁰⁸

Ayrıca, cebrin iradeyi etkileyen bir güç kullanımı olması nedeniyle, henüz iradesini tam olarak kullanamayan çocuklara karşı kullanılmasının mümkün olup olmadığı hususu ihtilaflıdır. Doktrindeki temel görüş cebir suçundaki korunan hukuki değerın kendi kendine karar verebilme, iradesini kullanabilme özgürlüğü olduğundan bahisle, herkesin bu özgürlüğe sahip olduğu ve çocuklara karşı da cebir uygulanmasının bu suçu oluşturacağı yönündedir.²⁰⁹

b. Tehdit

Tehdit de cebir gibi 5237 sayılı TCK’da tek başına bir suç olarak düzenlenmiştir. Ancak başkaca suçların unsurları arasında da yer almaktadır. Yine cebir kullanarak çocuğun kaçırılması ve alıkonulmasında olduğu gibi, suçun nitelikli halini oluşturacak, ayrıca tehdit suçundan ceza verilmeyecektir. 106. maddeye göre,

“Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikayeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.”

Tehdidin; failin bir başkasının hakkına yönelttiği tecavüzün gelecekte gerçekleştirileceğinden bahisle kişiye korku salınarak, belli bir davranışı

²⁰⁷ Bakıcı, **Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, 360; Cengiz Otacı, **Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Suçlar**, Ankara, Seçkin, Ağustos 2000, s. 260; Gözübüyük, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması Cilt 4**, s. 209.

²⁰⁸ Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 596; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. cilt**, s. 6731; Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s.6969.

²⁰⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt**, s.3710; Tezcan/ Erdem/Önok, **a.g.e.**, s. 514; Kartal, **a.g.m** , s.1039; Üzülmöz, **a.g.e.**, s.180-181.

gerçekleştirmeye zorlama olduğu gerekçeden de anlaşılmaktadır.²¹⁰ Dolayısıyla çocuğun kendisine verilmesinde ısrar eden failin, bu davranışı gerçekleştirmediği halde velayet-vesayet sahibi kişinin veya çocuğu bakım ve gözetim altında bulunduran kişinin hayatına, vücuduna, cinsel dokunulmazlığına, malvarlığına yönelik veya başkaca bir zarar vereceğini söyleyerek mağdurun direncini kırması halinde suçun nitelikli halinin oluşacaktır.²¹¹ Maddenin gerekçesinden yola çıkarak tehdidin, karşı tarafı kendisine bir zarar gelebileceği düşüncesiyle korkutucu, onun huzurunu bozucu, bu nedenle de hareketlerinde değişikliğe yol açabilecek nitelikte olması gerekmekte, ancak kesin olarak tehdit konusu kötülüğü yapma imkanına sahip olması beklenmemektedir. Kötülüğü yapabileceğine inandırması da gerekli değildir, yeter ki bahsedilen nitelikleri haiz olsun.²¹² Kaçırma ve alıkoyma fiillerinin, tehdidin nitelikli halleriyle işlenmesi halinde de bir farklılık olmayacak, sadece belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun nitelikli halinden ceza verilecektir.

Tehdit suçunun madde hükmünde tehdidin yakınlarla yapılacak bir kötülüğü içerebileceği de ifade edilmektedir. Yakınlıktan kasıt olarak akrabalığın yanı sıra duygusal anlamda bağ bulunan arkadaş gibi kişiler de ifade edilebilir.²¹³

Çocuğa karşı tehdidin mümkün olup olmayacağı konusunda ise, tehdidin anlam ve önemini anlayabilecek kapasite ve zihinsel olgunlukta olup olmadığına göre ayırım yapmak gerekir.²¹⁴ Belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda da eğer çocuk tehdidin sonuçlarını kavrayabiliyor ise, çocuğun tehdit edilerek suçun oluşması mümkündür.

²¹⁰ Bkz. TCK m.106 gerekçesi, TBMM. 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 664, s. 516.

²¹¹ "...suç tarihinde müştekinin aşamalarındaki anlatımına ve dosya içeriğine göre müşteki üzerinde tehdit ile baskı kurmak suretiyle kaçırdığı anlaşılp TCK.nun 234/1-2 maddesinde yazılan suçun oluştuğu anlaşıldığı halde mahkumiyet yerine olaya uygun düşmeyen gerekçeyle beraat kararı verilmesi" **Y14CD 26.10.2011 tarihli E.2011/17826-K.2011/1346 sayılı karar (KAZANCI)**

²¹² Gerekçenin yanı sıra bkz: Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt**, s.3557-3559, Artuk v.d, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 405-407; Üzülmaz, a.g.e., s. 81-87; Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s. 485,486.

²¹³ Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt**, s.3554, Artuk v.d, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 408.

²¹⁴ Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s. 481, Artuk v.d, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 408, Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt**, s.3555, R.Yılmaz Yazıcıoğlu, "Tehdit Suçu Üzerine", **Yargıtay Dergisi**, cilt:19, sayı:3, Temmuz 1993, s.237.

c. On İki Yaşını Bitirmemiş Çocuk

Belirli kişiler tarafından işlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun on iki yaşından küçük çocuklara karşı işlenmesi halinde de ikinci fıkra gereği ceza bir kat artırılacaktır. Çocuğun on iki yaşından küçük olması henüz on ikinci yaş gününü doldurmaması anlamına gelmektedir. Yargıtay da on iki yaşından küçük çocukların kaçırılması ve alıkonulmasında yaşı dikkate almadan birinci fıkra hükmünden ceza verilmesini bozma sebebi saymıştır.²¹⁵

5237 sayılı TCK m. 234/2'deki nitelikli hallerin birden fazlasının aynı anda gerçekleşmesi durumunda, örneğin cebirle kaçırılan çocuğun on iki yaşından küçük olması halinde yine ceza bir kat artırılacaktır.²¹⁶ Ancak burada temel ceza üst sınırdan verilebilecektir.²¹⁷

B. Suçun Manevi Unsuru

Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu kasten işlenebilir. Kastın, tüm maddi unsurları içermesi gerektiğinden²¹⁸, failin, kendisinin velayet ve vesayet hakkına sahip olmadığını, çocuğun on altı yaşını bitirmemiş olduğunu, çocuğu velayet-vesayet veya bakım veya gözetim altında bulunduğu yerden aldığını biliyor ve kaçırma veya alıkoymayı istiyor olması gerekmektedir.²¹⁹ Kabul etmek gerekir ki, suçun basit hali için failin, çocuğun on altı yaşını bitirmediğini biliyor olması koşulu

²¹⁵ “Sanığın velayet hakkı annede olan ve kayden 08.05.2007 doğumlu olup suç tarihi dönemde beş yaşı içerisinde bulunan müşterek çocuk...yı bir süre bakıp teslim etmek kaydıyla almasının ardından geri vermediği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 234/1. maddesi gereğince belirlenen temel cezanın çocuğun oniki yaşından küçük olmasından dolayı aynı Kanunun 234/2. maddesi ile arttırılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması neticesinde cezanın eksik tayini...” **Y14CD 14.06.2017 tarihli, E.2014/8145 - K.2017/3337 sayılı karar** (KAZANCI); “Sanığın eyleminin dosyada mevcut nüfus kayıt örneğine göre suç tarihinde on ki yaşından küçük olduğu anlaşılan mağdur çocuğa karşı gerçekleştirilmesine karşın cezasında 5237 sayılı TCK'nın 234/2. Maddesi gereğince artırım yapılmaması neticesinde eksik ceza tayini” **Y14CD 07.12.2015 tarihli, E.2014/403 - K.2015/11410 sayılı karar** (www.corpus.com.tr).

²¹⁶ İsmail Ercan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Themis, 9. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2013, s. 89.

²¹⁷ Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 597.

²¹⁸ 5237 sayılı TCK m.21'deki tanıma göre, kast, “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.” TCK m.30'a göre de “Fillin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz.”

²¹⁹ Aynı yönde, Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6966, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 193.

varken, nitelikli hali için on iki yaşını bitirmemiş olduğunu bilmesi lazımdır. Doktrinde suçun olası kastla da işlenebileceği ifade edilmektedir.²²⁰ Çocuğu bir yerden bir yere götürürken ya da yanında tutarken suçun maddi unsurlarının oluşacağını öngörebilen ve bu durumu kabullenen kişi suçu olası kast ile işlemiş sayılacaktır.

Kanuni tanımında yer almadığından suçun işlenebilmesi için özel bir saikle hareket etmeye gerek yoktur. Dolayısıyla genel kast bu suç için yeterli olacaktır. Failin çocuğu kaçırmayı veya alıkoymayı hangi amaçla yaptığının bir önemi olmayacaktır. Ancak cinsel amaçlarla çocuğun kaçırılması TCK m.109'da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun nitelikli halini oluşturacağından, çocuğun cinsel saiklerle kaçırılması halinde bu suçtan değil kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli halinden ceza verilecektir.²²¹ 5237 sayılı TCK'nın 234. maddesinde suçun taksirli hali düzenlenmemiştir. Kanuni suç tanımında açıkça belirtmemesi nedeniyle²²² bu suç taksirle işlenemeyecektir.

Suçun kasten işlenebileceğini, kastın da suçun maddi unsurlarını kapsadığını belirtmiştik. Dolayısıyla maddi unsurların bilinmemesi nedeniyle kastı kaldıran hata hallerinde, suçun taksirli halinin de düzenlenmemesi sebebiyle faile ceza verilemeyecektir.²²³ Bu, çocuğun 16 yaşından büyük olduğu sanılarak yanılıya düşmek şeklinde olabileceği gibi failin kendisinin velayet-vesayet hakkına sahip olduğunu zannetmesi şeklinde de gerçekleşebilir.²²⁴

²²⁰ Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.193; Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s. 1047, Parlar, **a.g.e.**, s.2528.

²²¹ Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 595.

²²² 5237 sayılı TCK m.22'ye göre, "Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır."

²²³ 5237 sayılı TCK m.30/1'e göre "Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır."

²²⁴ "Sanığın soruşturma aşamasında 2002 ile 2006 yılları arasında hapishanede olduğunu, mağdurenin velâyetinin babasına verilmesine ilişkin 22.09.2004 kesinleşme tarihli kararın kendisine tebliğ edilmeyip, bu nedenle haberinin olmadığını olay tarihi olan 2009 Haziran ayından sonra öğrenmesi üzerine 2009 Temmuz ayında velâyeti almak için mahkemeye başvurduğunu, ancak kalem personeli tarafından velâyetin kendisinde olduğunun söylendiğini, keza sanığın temyiz dilekçesinin eki olarak sunduğu 17.07.2009 tarihli nüfus kayıt örneği incelendiğinde mağdure ...'nın velâyetinin sanığa ait olup, yine 21.06.2010 tarihli nüfus kayıt örneğinde velâyetin sanıktan alınıp katılana verilmesine ilişkin ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesinden verilen 22.09.2004 gün ve 2002/361 Esas, 2002/361 Karar sayılı hükmün 15.02.2010 tarihinde nüfusa tescil edildiğinin anlaşılması karşısında, sanığın TCK'nın 30. madde hükümleri bakımından hataya düştüğünün kabulüyle, kastının bulunmadığı gözetilip eylemi nedeniyle beraatine hükmolunması gerektiğinin düşünülmemesi,

Çocuğun 12 yaşından küçük olması nedeniyle de nitelikli halin oluşması gerekirken, failin bu çocuğu 12 yaşından büyük zannettiği hallerde fail hatasından yararlanacaktır (m.30/2).

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Sistematik suç incelemesinde hukuka aykırılık unsurunun suç içerisinde var olduğu kabul edilir. Bu nedenle suçun oluşmasına engel olabilecek hukuka uygunluk nedenlerinin var olup olmadığının araştırılması gerekir.

Meşru savunma, saldırının kişinin kendisinin yanı sıra bir başkasına yönelik gerçekleştiği durumlarda da mümkün olması nedeniyle çocuk için uygulanabilir. Örneğin bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerçekleştirmeyen veya çocuğa çocuk üzerindeki yetkilerini aşar tarzda bir şiddet uygulayan velayet sahibi yanından çocuğun kaçırılması meşru savunma teşkil edecektir.²²⁵ Zira burada aslında velayet sahibinin velayet yetkisini ihlal niteliğinde bir fiil gerçekleşse de bu, velayet sahibi tarafından yapılan bir saldırıdan kaynaklanmaktadır. Mevzubahis şiddet eylemi fiziksel, cinsel veya psikolojik olabilecektir. Yargıtay da çocuğa şiddet uygulayan anneye karşı, çocuğu şiddetten korumak amacıyla hareket edildiğinden, bu suçun oluşmayacağını ifade etmiştir.²²⁶

Velayet sahibi olmayan anne-babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkını tek başına kullanması durumunda işlenen fiil hukuka aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır.²²⁷ Örneğin boşanmadan sonra hakim tarafından düzenlenen,

Kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan...” **Y14CD 20.06.2013 tarihli, E.2012/13324 - K.2013/7988 sayılı karar** (KAZANCI).

²²⁵ Aynı yönde, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 195,196; Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 595,596; Savaş, Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanunun Yorumu C.2**, s.1727.

²²⁶ “Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığının 2008/11540 soruşturma sayılı evrakında küçük Cennet Derya’nın sürekli şiddet gördüğü için annesinin yanına gitmek istemediğini, annesinin bulunduğu ortamda rahat olmadığını bildirmesi, Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığının 2008/1403 sayılı soruşturma dosyasından müşteki anne aleyhine hakaret ve tehdit suçundan kamu davası açılması hususları bir arada düşünüldüğünde, sanık babanın çocuğunu şiddetten korumak amacıyla hareket ettiği, alıkoyma ve çocuğu velisinden kaçırma kastı bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi...” **Y14CD 14.04.2012 tarihli, E.2011/17839- K.2012/4597 sayılı karar**, aktaran, Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. cilt**, s. 6738.

²²⁷ Aynı yönde, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 196; Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 596, Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6967,6968.

velayet yetkisi elinden alınmış kişi ile çocuğun arasındaki şahsi ilişkinin gereği olarak, velayet hakkı sahibinin rızası olmaksızın çocuğu alıp götürren ve çocuğu götürdükten sonra şahsi ilişkinin süresi çerçevesinde çocuğu yanında tutan kişinin fiili hukuka uygunluk kriterini sağlamayacaktır. Çünkü kişi, İcra İflas Kanunu m.25/a ile kişisel ilişki kurmanın gerçekleştirilebilmesi için icra makamlarına giderek çocukla şahsi münasebete engel olunmaması emrini ve zorla getirme kararı verilmesini sağlayabilmektedir. Dolayısıyla hakkını bir hukuk organına müracaat ederek kullanabilmesinin mümkün olması nedeniyle hakkını kendi kendine kullanmasını hukuk düzeni korumayacaktır.²²⁸ Yargıtay önüne gelen böyle bir olayda faili çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçundan suçlu görmese de uyguladığı cebir nedeniyle kasten yaralama hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir.²²⁹

Belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda rıza, fiili hukuka uygun hale getirecektir. Ancak rızanın kim tarafından kullanıldığı önemlidir. Öğretide suçun düzenleniş amacı anne babanın velayet, vasiinin vesayet hakkı olduğundan rızanın bu hak sahiplerince kullanılması gerektiği ifade edilmiştir.²³⁰ Bunun yanı sıra bakım ve gözetim yükümlülüğü altında bulunduğu kişi rızasını beyan edebilecektir.

Ceza hukukunda rıza, saldırıya uğrayan hakkın üzerinde tasarruf yetkisi olan kişi tarafından kullanılmalıdır (TCK m.26/2). Bu noktada korunan hukuki değer in sahibi ile suçun konusunun sahibinin aynı olması halinde rızanın mümkün olduğu ifade edilmiştir.²³¹ Ayrıca her hak üzerinde serbestçe rıza gösterilmesi kanun tarafından kabul edilmemiştir. Yine m.26/2'ye göre üzerinde mutlak surette tasarruf

²²⁸ Koca-Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 287.

²²⁹ “Sanık ve yakınının müşterek çocuğunun öğrenimine, sanık olan babasının yanında devam etmesi konusunda Haymana Hukuk Mahkemesinin 1.9.2005 tarih 433 sayılı ihtiyati tedbir kararı bulunduğu ve bu karara dayanarak sanığın çocuğunu, annesinin yanından cebir kullanarak alması eylemi, 5237 sayılı Kanunun 234. maddesinin 1. fıkrasında yazılı çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturmayacağı, ancak eylemin yakına karşı yaralama suçunu oluşturacağı gözetilmeden, sanığın 5237 sayılı Kanunun 234/1 ve 2. maddeleri uyarınca ceza verilmesi” (Y2CD 27.04.2009 tarihli, E.2008/15624 K.2009/20295 sayılı karar), aktaran, Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. cilt**, s. 6749 ve Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 596.

²³⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 437,438.

²³¹ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, İstanbul, Beta, 1989, s.238; Özbek/Doğan/Bacaksız, **a.g.e.**, s.330.

edilebilecek bir hak olmalıdır. Rıza açısından bir sınırlama da hak sahibinin olayları anlama kapasitesinin olup olmamasına göre yapılmıştır.²³² Maddede düzenlenen şekliyle 16 yaşını bitirmemiş çocuğun, rızası geçerli görülmemiştir. Bunun sebebi çocuğun olayları anlayabilme kabiliyetinden çok, belirtildiği üzere suçun düzenlemesindeki asıl maksadın velayet-vesayet haklarına sahip kişileri korumak olmasıdır. Dolayısıyla suçun mağdurlarının velayet-vesayet sahibi ve bakım ve gözetim altına alan kişi olduğu, dolayısıyla bu kişilerin rızasının geçerli olacağı, çocuğun suçun konusu olması nedeniyle rızasının geçerli olmadığı görüşü mevcuttur.²³³ Ancak çocuğu suçun mağduru olarak kabul eden görüşe göre çocuğun rızasının geçerli olmayışının sebebi kolayca etki altına alınabilmeleridir.²³⁴

Bu nedenlerle anne-baba veya vesayet sahibinin rızası halinde çocuğun alınıp götürülmesi kaçırmayı oluşturmayacaktır.²³⁵ Evliliğin devam ettiği, velayetin hem annede hem babada olduğu, yakın akrabaların çocuğu kaçırmalarıyla ilgili olarak rızanın anne tarafından mı baba tarafından mı verilmesi gerektiği bahsinde, TMK m.336 gereği velayeti birlikte kullanacaklarından her ikisinin de rızasının aranması gerektiği belirtilmelidir.²³⁶ Velayet-vesayet sahibinin rızasıyla gelen çocuğun alıkonulması da rızanın devamlılığı müddetince mümkün değildir. Velayet-vesayet sahibinin veya çocuğun bakım ve gözetimi altında bulunduğu kişinin rızasının elindeki yetkiyi aşmıyor olması gerekir.²³⁷ Aksi takdirde rıza geçerli olmayacaktır.

Fail kanuni temsilcinin rızasının var olduğu konusunda yanlışya düşerse, bir görüşe göre, kastı kaldıran hata (m.30/1) olarak değerlendirilecek, fiil taksirle işlenemediğinden kişi cezalandırılmayacaktır. Diğer görüşe göre, bu yanlışlığın

²³² Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, s. 295,296; Özbek/Doğan/Bacaksız, **a.g.e.**, s.339; Önder, **a.g.e.**, s. 235,236; Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 2**, 14. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2019, s. 307.

²³³ Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 195; Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 595, Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6967.

²³⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. cilt**, s. 6730; Parlar, **a.g.e.**, s. 2528.

²³⁵ Yargıtay eski TCK döneminde de bu hususa değinmişti: "...Olayda sanık torunu olan üç yaşındaki yetim küçüğü anasının muvafakati ile yanında tutmuş bulunduğu ve sanığın savunmalarına göre kaçırmaya unsuru oluşmadığı gözetilmeyerek..." Y2CD 20.10.1981 tarihli, 6560/6813 sayılı karar, Aktaran, M. Muhtar Çağlayan, **En Son Değişiklikleri İle Birlikte Gerekeçli Açıklamalı Ve İctihatlı Türk Ceza Kanunu**, Cilt 2, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 422.

²³⁶ Gülşen, **Hürriyeti Tahdit Suçları**, s.185, TMK m.336/1 hükmü şu şekildedir: "Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanılır."

²³⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. cilt**, s. 6726.

kaçınılmaz olması halinde, hukuka uygunluk nedenlerinde hataya düşmüş olacak ve bu hatadan yararlanacaktır. (m.30/3).²³⁸

IV. KUSURLULUK

Suç sistematğinde suçun bütün unsurları değerlendirildikten sonra cezanın azaltılmasına veya bir cezanın verilmemesine neden olan kusurluluğu etkileyen hallerin olup olmadığı incelenmelidir. Zira failin kusurunun bulunup bulunmaması onun durumunun kınanabilirliğini belirleyecek²³⁹ ve bu cezaya doğrudan etki edecektir. TCK m. 25/2’de düzenlenen zorunluluk hali, TCK m. 27/2’deki meşru savunmada sınırın heyecan, korku, telaş nedeniyle aşılması, TCK m. 28’de düzenlenen cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit altında suçun işlenmesi, TCK m. 30/3 ve fıkra 4’te düzenlenen kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi koşullarında hata ve haksızlık hatası, m. 29’daki haksız tahrik, m. 31-34 arasında düzenlenen yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma halleri kusur sorumluluğunun azalmasına ya da tamamen kalkmasına neden olacak ceza da buna göre indirilecek ya da hiç verilmeyecektir.

Ağır ve muhakkak bir tehlike nedeniyle çocuğu kaçırmak veya alıkoymak zorunluluk halini oluşturacaktır ve failin kusurunu ortadan kaldıracaktır. Tehlikeye failin kendisinin sebep olmaması gerekmektedir. Örneğin çocuğun birlikte yaşadığı velayeti elinde bulunduran kişinin evinde büyüyecek bir yangın çıkması nedeniyle çocuğun alınarak başka bir yere götürülmesi zorunluluk halini oluşturacaktır. Cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit altında çocuğun kaçırılması veya alıkonulması da kusurluluğu ortadan kaldıracaktır. Kusurun ortadan kalkması için, iradeyi etkileyen

²³⁸ Hukuka uygunluk sebeplerinin hangi hata kapsamında değerlendirileceğine yönelik görüşler için bakınız, Koca,Üzülmez, **a.g.e.**, s. 298-306, Özgenç, **a.g.e.**, s. 446-452, Mustafa Özen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019 s. 518-520. Hukuka uygunluk nedenlerinin (veya ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin) koşullarında hata olduğu kabul edildiği takdirde, kaçınılabılır hata halinde kişi işlediği fiilden sorumlu tutulacak fakat bu durum TCK m. 61 kapsamında temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır (bkz. TCK m.30 gerekçesi). Kaçınılabılır bir hata da olsa failin taksirli sorumluluğunun gündeme geleceği, dolayısıyla taksirle işlenemeyen suçlarda cezalandırma yapılamayacağı görüşü mevcuttur. Kaçınılabılır hata nedeniyle taksirle sorumlu tutulma için bakınız Özgenç, **a.g.e.**, s. 452; Özen, **a.g.e.**, s. 518, Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s.459,460; Hafızogulları, Özen, **a.g.e.**, s.299.

²³⁹ Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, s. 312,313.

bu nedenlerin daha üstün bir hukuki değeri tehdit ediyor olması gerekmektedir.²⁴⁰ Örneğin, kişinin canıyla tehdit edilmesi halinde gerçekleştirilen kaçırma ve alıkoyma kusuru ortadan kaldıracaktır. Gerçekleşen dolaylı faillik hali, iştirak bahsinde incelenecektir. Haksız tahrikle suçun işlenmesi halinde de kusurluluk etkilenecektir. Ne var ki haksız tahrikle işlenen fiil, suçun mütemadi olması nedeniyle içinde bulunulan hiddet ve elemin etkisi sona ermesine rağmen noktalanmazsa artık haksız tahrikten bahsedilemeyecektir.²⁴¹

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

Kaçırma ve alıkoyma fiilleri kasten işlenebilir olma yönünden teşebbüse elverişlidir. Bilindiği üzere teşebbüsten söz edilebilmesi için icra hareketlerine başlanmış olması gerekmekte, ancak elde olmayan sebeplerle suç tamamlanamamaktadır. Kaçırma, çocuğun fiilî egemenlik altına alınmasıyla birlikte tamamlanacağından sırf hareket suçu olarak kabul edilmektedir.²⁴² Dolayısıyla failin bölünebilir icra hareketlerini tamamlayamaması halinde teşebbüs mümkün olacaktır.²⁴³ Örneğin mağdurun direnmesi sebebiyle failin çocuğu hakimiyeti altına alamaması, suçun tamamlanamaması anlamına gelecektir. Yine bunun gibi fail çocuğu hakimiyet alanına aldığını düşündüğünde, sürekli takiple izleniyor halde ise suç tamamlanmamış ve teşebbüste kalmış olacaktır.²⁴⁴ Fail çocuğu velayet-vesayet

²⁴⁰ Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, s. 357

²⁴¹ Bkz. Veli Kafes, “Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçu”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2019, s. 245.

²⁴² Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. Cilt**, s. 6732; Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 597, Artuk, **a.g.m.**, s.27,28.

²⁴³ Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, s. 433; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 242; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 323.

²⁴⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. Cilt**, s. 6728; Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 597; Yaşar/Gökçen/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6970. Yargıtay da devamlı takiple yakalanan failin tam ceza almasını hukuka aykırı bulmuştur: “...Özürlüler Rehabilitasyon Merkezinde gözetim ve koruma altında bulunan bedensel ve zihinsel özürlü oğlu E.. K.. ile görüşmek için gittiği, burada oğlu ile görüştüğü, görüşmeden sonra sanığın yanında getirmiş olduğu bıçağı kurum müdürü ve güvenlik görevlilerine göstererek tehditte bulunmak suretiyle omzuna aldığı mağdur ile yaya olarak kurumdan çıkarak uzaklaşmaya çalıştığı sırada kurum müdürü ve güvenlik görevlilerinin polise haber vererek sanığı takip ettikleri, kurumdan yaklaşık 100 metre ileride polislin müdahalesi üzerine sanığın yakalandığı tüm dosya kapsamından anlaşılmakla eylemin TCK.nın 109. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayıp TCK.nın 234/2. maddesinde

sahibi veya bakım ve gözetim görevlisinin egemenlik alanından aldığı halde kendi egemenlik alanına sokamadıysa suç teşebbüste kalacaktır.²⁴⁵ Burada olaya göre değerlendirme yapılacaktır. Yargıtay kadın kaçırma ile ilgili bir kararında, arabaya bindirilerek götürülen kadının kaçırıldığı yer ile kurtarıldığı yer arasında bir saatten fazla bir mesafe olduğu ve köy sınırlarından çıkarıldığından sebeple mağdurun, failin nüfuz alanına girdiğini belirterek eylemin teşebbüs aşamasında kalmadığı, suçun tamamlandığı yönünde karar vermiştir.²⁴⁶ Yargıtay ayrıca, sahte olarak düzenlediği bir mahkeme kararıyla çocuğu velayet sahibinden almaya çalışan sanığın hareketini hazırlık hareketi olarak değerlendirmiş, teşebbüsten değerlendirilmesini hukuka aykırı bulmuştur.²⁴⁷

Alıkoyma fiili açısından bir sürenin geçmesi gerektiği, ancak bunun belirlenebilir özellikte olmadığı ifade edilmişti. Ancak bu süre, fiilin alıkoyma olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan, yani alıkoymanın doğasından kaynaklanan bir süredir. Yani, çocuğun alıkoyma olarak değerlendirilebilecek bir müddette tutulması ile netice gerçekleşecek, suç tamamlanacaktır. 765 sayılı mülga TCK döneminde alıkoymanın sırf hareket suçu olması nedeniyle tam teşebbüse uygun olmadığı belirtilmiştir.²⁴⁸ Bu düzenleme açısından da suçun sırf hareket suçu olduğu, dolayısıyla icra hareketlerinin bölünebilir olması halinde teşebbüse uygun olabileceği ifade edilmektedir.²⁴⁹ Biz, alıkoymanın neticeli bir suç olduğunu, dolayısıyla netice gerçekleşene kadar teşebbüsün mümkün olduğu görüşündeyiz. Bazı yazarlar alıkoymanın ancak ihmali surette işlenebileceğinden bahisle alıkoymada teşebbüsün

düzenlenen çocuğun kaçırılması suçunu oluşturduğu dikkate alındığında, sanığın kesintisiz takiple polisin müdahalesi üzerine eylemini tamamlayamadığı ve çocuğu kaçırma eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı halde, sanık hakkında tamamlanmış suçtan hüküm kurulması...” **Y14CD 10.02.2014 tarihli, E.2012/8633 - K.2014/1292 sayılı karar** (KAZANCI).

²⁴⁵ Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.197, Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6970.

²⁴⁶ Aktaran Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s.237,238 Y1CD. 02.03.1944 tarihli karar.

²⁴⁷ **Y14CD. 11.04.2013 tarihli, E.2012/11576-2013/4383 sayılı karar**, aktaran, Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6970, 6977.

²⁴⁸ Erem-Toroslu, **a.g.e.**, s.357; Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s.240; Artuk, **a.g.m.**, s. 27.

²⁴⁹ Artuk/Gökcan/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. Cilt**, s. 6732.

mümkün olmayacağını ifade etmektedir.²⁵⁰ Bizim de katıldığımız diğer görüş, alıkoyma suçunun icrai hareketle işlenebileceği, dolayısıyla teşebbüsün mümkün olduğu yönündedir.²⁵¹ Özellikle alıkoyma fiilinde icra hareketlerinin başlama anının tam olarak tespit edilmesi zor olsa da, örneğin rızası ile bıraktığı çocuğu geri almak isteyen mağduru engellemek için failin kapıyı kilitlemeye yeltenip başaramaması halinde, teşebbüsten bahsedilebilecektir.

Suç tamamlandıktan sonra suça teşebbüs mümkün değildir. Mütemadi bir suç olan kaçırma ve alıkoyma, suçun tamamlanması ile sona ermez, sona erme için çocuğun serbest kalması gerekmektedir. Dolayısıyla kaçırma fiili tamamlandıktan yani çocuk failin hakimiyet alanına girdikten sonra sürekli takip olmaksızın failin yakalanması veya hakimiyet altında tutulduktan sonra çocuğun serbest bırakılması ya da failin yakalanması halinde suç teşebbüste kalmış sayılmayacak, tamamlanmış bir suç olarak değerlendirilecektir.

B. İştirak

Belirli kişiler tarafından işlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu özgü bir suçtur. Suçun failleri ancak velayet yetkisi elinden alınmış anne-baba ve vesayet yetkisine sahip olmayan 3. dereceye kadar olan akrabalar olabilecektir. Bu nedenle birlikte suç işleme kastı bulunan faillerin fiil üzerinde ortak hakimiyet kurarak suç işlemesi şeklinde gerçekleşen müşterek faillik, ancak bu kişiler arasında mümkün olacaktır. Örneğin velayet yetkisi elinden alınmış anne ve annecanne birlikte bu suçu işlediklerinde müşterek fail olacaklardır. Bu suçu işlemek için gerekli faillik özelliklerini göstermeyen kişiler ise TCK m.40/2'ye göre ancak yardım eden ya da azmettiren olarak sorumlu tutulabileceklerdir. Yine bir örnek vermek gerekirse, velayet yetkisi elinden alınmış anne ve annenin bir arkadaşı tarafından icra

²⁵⁰ Tezcan/ Erdem/ Önok, **a.g.e.**, s. 938; Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.198; Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 597; Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6971.

²⁵¹ Erem-Toroslu, **a.g.e.**, s. 357; Akbulut, **a.g.m.**; s.327-328, Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s.240; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. Cilt**, s. 6732; Elmas, **a.g.m.**, s.17; Gülşen, eski TCK dönemindeki **Hürriyeti Tahdit Suçları** eserinde alıkoymadan “icrai nitelikte fakat ihmal suretiyle de işlenebilen bir suç” olarak bahsederken (s. 183), yürürlükteki 5237 sayılı TCK dönemindeki **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)** makalesinde ancak ihmali olarak işlenebileceğini ifade etmiştir (s.597).

hareketlerinin birlikte işlenmesi halinde annenin arkadaşı yardım eden sıfatında olacaktır. Yargıtay kararları da bu yöndedir.²⁵² Özgü suçun faili olabilecek kişiler tarafından azmettirilen kişinin çocuğu kaçırmayı veya alıkoyması halinde m.109'un oluşacağı kanısındayız. Zira fiil unsuru bizzat özel faillik niteliklerini taşıyan kişi tarafından değil, üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilmektedir. Üçüncü kişilerin özgü suç faili olmaları mümkün değildir. Azmettiren, fiil üzerinde tam hakimiyet sağlamamaktadır. Bağlılık kuralı fiili gerçekleştiren faile göre uygulanacağından²⁵³, azmettiren özel faillik niteliklerine sahip olsa da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna azmettirmeden sorumlu tutulacaktır.

Suç mütemadi bir suç olduğundan, sona erene kadar iştirak mümkündür. Azmettirme ve yardım etme, faillik ve şeriklik açısından bağlilık kuralı genel hükümlerde düzenlendiği şekliyle uygulanacaktır (m.38-40). Failin çocukla birlikte kalacak yer ihtiyacını karşılamak yardım etme olarak nitelendirilecektir.²⁵⁴ Zira m.39/2-c gereği suç henüz sona ermeden suçun icrası yani failin çocuğu kendi hakimiyet alanında tutması kolaylaştırılmıştır.

²⁵²“...TCK'nın 234/1. maddesinde, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun “Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısımlı...” tarafından işlenebileceğinin belirtilmesi; TCK'nın 40/2. maddesinde de “Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.” hükmüne yer verilmesi karşısında; sanık ...'un, boşandığı eşi katılan ... ile müşterek çocukları olan ve velayet hakkı anneye verilen kayden 05/09/2006 doğumlu küçük'yi, katılana teslim etmemesi üzerine icra takibi yapıldığı, icra takibi sırasında sanık ...'ın amcasının oğlu olan sanık ...'ün de ahırında saklanan mağduru almak isteyen görevlilere engel olduğu, mağdur ile TCK'nın 234/1. maddesinde belirtilen derecede bir akrabalıkları bulunmayan sanık ...'ün diğer sanık ... tarafından işlenen suça yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulması ve hakkında TCK'nın 39. maddesinin uygulanması gerekirken TCK'nın 37/1. maddesi kapsamında suça fail olarak iştirak ettiği kabul edilerek hüküm kurulması...” **Y18CD 16.01.2018 tarihli, E.2015/43477 - K.2018/197 sayılı karar** (KAZANCI) “Katılan R... ile boşandığı eşi Y...`ın müşterek çocukları olan ve velayet hakkı babaya verilen kayden 31.05.1998 doğumlu küçük S...`yı, kaldığı babasının evinden annesine götürmek için annesinin azmettirmesi ile anneannesi ve teyzesiyle birlikte kolundan tutup ağzını kapatarak zorla arabaya bindirip götürürlerken katılanın bisikleti ile arabanın önünü keserek durdurması üzerine çocuğu serbest bırakan ve mağdur ile TCK'nın 234/1. maddesinde belirtilen derecede bir akrabalıkları bulunmayan sanıklar İ... ve F...`nın diğer sanıklar tarafından işlenen suça yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulmaları ve haklarında TCK'nın 39. maddesinin uygulanması gerekirken TCK'nın 37/1. maddesi kapsamında suça fail olarak iştirak ettikleri kabul edilerek hükümler kurulması” **Y14CD 17.09.2013 tarihli, E.2012/2387 - K.2013/9235 sayılı karar.**

²⁵³ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 480

²⁵⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6971.

Başkasını, suç işleme kastı ile çocuğun kendi hakimiyet alanına sokması için araç olarak kullanan kişi dolaylı fail olacaktır. Bu kişinin kusur yeteneği yoksa cezası artırılacaktır (m.38).

C. İctima

Belirli kişiler tarafından işlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun, TCK m.109'da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun özel bir görünümü olduğu ifade edilmektedir.²⁵⁵ Buna göre özel normun genel norma önceliği ilkesi gereği, özel norm olan belirli kişiler tarafından işlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu bakımından cezalandırılan faile aynı fiili için kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçundan ceza verilemeyecektir. Ancak iki suç arasında özel norm-genel norm ilişkisinin kurulabilmesi için, bu iki suçla korunan hukuki değerlerin aynı olması gerekmektedir.²⁵⁶ Halbuki, TCK m.234/1-2 ile korunmak istenen hukuki değer velayet-vesayet haklarıken, m.109 ile korunmak istenen hukuki değer, *"kişilerin kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyetidir"*²⁵⁷.

Belirli kişiler tarafından işlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu üç aydan bir yıla kadar, nitelikli hali mevcutsa bir kat artırılarak cezalandırılabilirken; kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu bir yıldan beş yıla kadar, tehdit ve cebir halinde iki yıldan yedi yıla kadar, altsoy ve çocuğa karşı işlenmesi de dikkate alındığında bir kat artırılarak cezalandırılmaktadır. Görüldüğü üzere m.109 bakımından çocuğun hürriyetinden alıkonulmasına çok daha ağır bir yaptırım öngörülmektedir. Bu nedenle tek bir fiille birden fazla suçun işlenmesi halinde en

²⁵⁵ Malkoç, **a.g.e.**, s. 3744, Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt**, s.3775, 3776, Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Seçkin, 2019, s. 439; Tezcan/ Erdem/ Önok, **a.g.e.**, s. 543; TCK m.109 ile m.234/1'in aynı hukuki değeri koruduğu, dolayısıyla özel norm olduğu, ancak m.234/1'in özgü suç olması nedeniyle uygulanmaması gerektiği yönünde Mustafa Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 444,445.

²⁵⁶ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 552; Özbek/Doğan/Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 569; Kayıhan İçel, Görünüşte Birleşme (İctima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 7, Sayı 14, Güz 2008 s. 40 , Mustafa Özen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, s.734; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Seçkin, 2019, s. 541.

²⁵⁷ Bkz. 109. madde gerekçesi; TBMM. 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 664, s. 518.

ağır cezayı gerektiren suçtan ceza verilmesi kuralı gereği (TCK m.44) m.109'un uygulanması gerektiği düşünülebilecektir. Ancak bu durumda faillik açısından özellik arz eden m.234 düzenlemesinin bir anlamı kalmayacaktır. Bizce bu iki madde hükmünün asli norm-tali norm olarak değerlendirilebilmesi mümkündür. Görünüşte içtima ilkelerinden biri olan asli norm- tali (yardımcı) norm ilişkisi, *“bir norm, açık veya örtülü bir şekilde başka bir normun uygulanabilmesi için onun gerisine çekilirse”*²⁵⁸ söz konusu olmaktadır. Böylelikle bir fiille birden fazla husus ihlal edildiği takdirde asli normun uygulanmasını ifade etmektedir. İçel'e göre, tali normda, bu husus açıkça belirtilebildiği gibi, *“normların arasındaki ilişkiler incelenerek ve kanun koyucunun iradesi araştırılarak”* da asli-tali norm ilişkisinin varlığı anlaşılabilir.²⁵⁹ Yazara göre asli-tali norm ilişkisinin *“örtülü”* bir görünümü olan *“karma suç, asal-yardımcı norm ilişkisinden doğan diğer görünüşte birleşme şekillerinin kapsamına girmeyen ve aralarında unsur veya ağırlaştırıcı neden ilişkisi bulunmayan suçları düzenleyen, farklı hukuksal değerleri koruyan normların aynı olayda görünüşte uygulanabilir durumda olmaları durumudur.”*²⁶⁰ Buradan yola çıkarak, aynı hukuki değeri korumayan TCK m.234/1-2 ve m.109/3-e,f hükümlerinden, faillik özellikleri gösteren ve daha dar bir koruma alanı sunan m.234/1 asli norm olarak, bu hükmün uygulanamayacağı yerlerde ise m. 109'un yardımcı norm olarak kabul edilmesi ve bu hükmün uygulanması gerektiği görüş olarak sunulabilir. Yargıtay m.234/1-2'deki faillik özelliklerini gösteren kişi tarafından çocuğun kaçırılması halinde m.109'un değil m.234'ün uygulanacağını ifade etmiştir.²⁶¹ Belirli kişiler tarafından işlenen çocuğun kaçırılması ve

²⁵⁸ İçel, **a.g.m.**, s. 38; aynı yönde, Koca,Üzülmez, **a.g.e.**, s. 556, asli normun tali normdan daha ağır bir cezalandırmayı öngörmesi gerektiği düşüncesi için bkz. Özgenç, **a.g.e.**, s. 618,619.

²⁵⁹ İçel, **a.g.m.**, s. 38.

²⁶⁰ İçel, **a.g.m.**, s. 46, ayrıca asli norm-tali norm ilişkisinin, özel norm-genel norm ilişkisinin aksine farklı hukuki değerlere yönelik olabileceği hususu için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.569. Değişik hukuki konulara dayandıkları halde fiil unsuru bakımından suçlardan birinin diğerini kapsadığı hallerde karma suçun oluşabileceği, bunun için karma suçun daha hafif bir suçu içine alarak daha ağır bir suçu düzenlemesi gerektiği yönünde bkz. Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, s. 647.

²⁶¹ “Oluş ve dosya kapsamına göre; sanığın velayet yetkisi elinden alınmış olan ve Özürlüler Rehabilitasyon Merkezinde gözetim ve koruma altında bulunan bedensel ve zihinsel özürü oğlu E.. K.. ile görüşmek için gittiği, burada oğlu ile görüştüğü, görüşmeden sonra sanığın yanında getirmiş olduğu bıçağı kurum müdürü ve güvenlik görevlilerine göstererek tehditte bulunmak suretiyle omzuna aldığı mağdur ile yaya olarak kurumdan çıkarak uzaklaşmaya çalıştığı sırada kurum müdürü ve güvenlik görevlilerinin polise haber vererek sanığı takip ettikleri, kurumdan yaklaşık 100 metre ileride polisin müdahalesi üzerine sanığın yakalandığı tüm dosya kapsamından anlaşılmakla

alıkonulması suçundaki faillik özelliklerini göstermeyen kişiler için ise kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun uygulanması gerektiği belirtilmiştir:

“... TCK.nın 234/1. maddesindeki suçun oluşabilmesi için velâyet yetkisi bulunan sanığın bu yetkisinin mahkeme kararıyla elinden alınmış olmasının ön koşul niteliği taşıması karşısında, somut olayda sanığın velâyet yetkisine haiz olmadığı gibi, velâyet yetkisi elinden alınan kişi de sayılmadığı göz önüne alındığında, TCK.nın 234/1. maddesinde düzenlenen suçun kanuni unsurlarının oluşmadığı anlaşıldığından, küçük mağdura yönelik eylemi nedeniyle TCK.nın 109/2-3a-3e-3f. madde ve fıkraları gereğince cezalandırılması yerine, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde TCK.nın 234/1-2. maddesinden hüküm kurulması”²⁶².

Bunun gibi, TCK m.109’da suçun çocuğa karşı işlenmesi durumunda TCK m.6/1-b gereği 18 yaşını doldurmamış kişi anlaşılmaktadır. Ancak m.234/1-2’deki suçun konusu on altı yaşını bitirmemiş çocuktur. Bu nedenle kişi, faillik özelliklerini karşılarsa da çocuğun 16 yaşından büyük olması halinde 234. madde değil, 109. madde uygulanacaktır.²⁶³ Burada değinilmesi gereken husus, 109. madde bağlamında 15 yaşından büyük çocuğun olayları anlama kabiliyetinin olduğu düşünülerek, eğer varsa, rızasının geçerli bir rıza olması ve 109. maddenin uygulanmamasıdır.²⁶⁴ Ancak m.234/1 için 16 yaşını bitirmemiş çocuğun rızası kabul edilmemiştir. Dolayısıyla uygulamada m.109’daki fiilin hukuka uygun kabul edilmesi için, rıza gösteren

eylemin TCK.nın 109. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayıp TCK.nın 234/2. Maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması suçunu oluşturduğu dikkate alındığında” **Y14CD 10.02.2014 tarihli, E.2012/8633 - K.2014/1292 sayılı karar (KAZANCI).**

²⁶² **Y14CD 2.10.2013 tarihli E.2011/15364 - K.2013/10036 sayılı karar (KAZANCI).**

²⁶³ Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 598.

²⁶⁴ “Bu düzenlemeden hareketle çocuklara karşı işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun da iki kategoride ele alınması gerekmektedir: Birinci kategoride yer alan "onbeş yaşını tamamlamamış" olan çocukların kendi özgür iradeleri ile serbestçe hareket etme hakkı, niteliği itibarıyla üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabilecekleri bir hak olmadığından, bu haklarının ihlaline yönelik olarak gerçekleştirilen eylemlerle ilgili gösterdikleri rıza, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Buna karşın ikinci kategoride yer alan "onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı işlenen suçlarda ise mümeyyiz olmaları halinde rızaları hukuka uygunluk nedeni olabilecektir...” **YCGK 1.12.2015 tarihli, E.2014/198 - K.2015/428 sayılı karar.** Bunun yanı sıra YCGK 11.3.2008 tarih ve 5-253/52 sayılı kararlar, 15 yaşını bitirmenin kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu için geçerli rıza kriteri olarak belirlenmesi ve bunun çeşitli kararlarla yerleştiği yönünde bkz. Veli Kafes, “Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçu”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2019, s.153-155.

çocuğun yaşının on beşten büyük olması, m.234/1'deki konu unsurunu oluşturmaması için ise on altından büyük olması gerekmektedir.

Bu noktada m.109/3-e,f ile m.234/1 arasındaki diğer farklardan bahsetmek yerinde olacaktır. Korunan hukuki değerin farklılığı dışında izah etmek gerekirse, TCK m.109 kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma fiilinin cezalandırıldığı bir hükümdür. Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma, kişiyi bulunmak istediği yerden götürme veya bulunmak istemediği bir yerde alıkoyma şeklinde gerçekleşebilir.²⁶⁵ Fiilin alt soya ve çocuklara karşı işlenmesi ise cezayı artıran nitelikli haller olarak düzenlenmiştir (m.109/3-e,f). Fiil bu haliyle m.234/1'deki suça benzemektedir. Ancak iki suç arasında öncelikle failer açısından fark vardır. Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun çocuklara karşı işlenmesi, herkes tarafından gerçekleştirilebilecektir. Ancak belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda fail ancak velayet yetkisi elinden alınmış anne-baba ve üçüncü derece dahil akrabalar olabilecektir. Bunlar dışındaki kişiler bu suçun faili olamaz. Suçun mağduru açısından değerlendirme yapılırsa, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu çocuğa karşı işlendiğinde, 109/3-e ve f'ye göre sadece altsoy çocuk mağdur olacak iken, m.234/1 için çocuğun velayet sahibi anne-babası, vasisi, bakım ve gözetim altında tutan kişi suçun mağduru olmaktadır. Bu suçta çocuğun da mağdur olup olmadığı yönündeki farklı görüşler, mağdur başlığı altında verilmişti. Belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun temel şeklini kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçundan ayıran bir diğer özellik çocuğun rızasının bulunmasıdır. Bu rıza geçerli sayılmasa da, hiç olmaması halinde ikinci fıkradaki nitelikli hal oluşacaktır. Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu için ise 15 yaşını bitirene kadar rıza olsa da olmasa da aynı hüküm uygulanacaktır. Daha önce ifade edildiği üzere 15 yaşından büyük olması halinde rızası kabul edilebilecek ve m.109'daki suç oluşmayacaktır. Bunların yanı sıra, çocuğun hürriyeti cinsel saiklerle ihlal edilirse yine 109. madde oluşacak, ancak 5. fıkradaki nitelikli hal gereği ceza yine artırılabilecektir. Cinsel saiklerle, velayet hakkı elinden alınmış anne-babanın ya da üçüncü dereceye kadar olan kan hısımlarının çocuğu kaçırmayı veya alıkoymayı

²⁶⁵ Bkz. 109. Madde gerekçesi; TBMM. 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 664, s. 518.

m.234/1 kapsamında değerlendirilemeyecektir.²⁶⁶ Zira belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun cinsel amaçlarla işlenmesi hali maddede düzenlenmemiştir. File uygun düzenleme, m.109'da yer alan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali olarak belirlenen 5. fıkradır.

5237 sayılı TCK m.234 ile benzerlik arz eden bir diğer düzenleme ise 2004 sayılı İİK m.341'dir. Bu maddeye göre;

“Çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın veya ara kararının gereği yerine getirilirse, kişi tahliye edilir.”

2005 yılında, 5358 sayılı Kanunun 12. maddesi ile yapılan değişiklikle madde son halini almıştır. Önceki düzenlemede yer alan “çocuğu gizlemek” ve “ilâmın veya ara kararının icrasından sonra tekrar kaçırmak” fiilleri yerine, ilâmın veya ara kararın gereğini “yerine getirmemek” ve “yerine getirilmesini engellemek” ifadeleri tercih edilerek hükmün uygulama alanı genişletilmiştir²⁶⁷. Ayrıca iki aydan altı aya kadar hafif hapis cezası yerine tazyik hapsi öngörülmüştür. İİK'nın 341. maddesi ile İKK m.25 ve 25/a hükümleri korunmak istenmiştir. İİK m.25 çocuğun teslimine yönelik icrayı düzenlemiştir.²⁶⁸ Çocuğun teslimi; boşanma, velayetin kaldırılması gibi ilâmlarda²⁶⁹ yer alıp çocuğun velayet sahibine verilmesini gerektirir. İİK m.25/a'da ise çocukla kişisel ilişki kurulmasının icrası düzenlenmiştir.²⁷⁰ Çocukla

²⁶⁶ Elmas, **a.g.m.**, s. 17, Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6972.

²⁶⁷ Emine Halman Çetin, **İcra İflas Suçları Ve Yargılama Usulü**, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 526.

²⁶⁸ Madde hükmü şu şekildedir:“(1)Çocuk teslimine dair olan ilam icra dairesine verilince icra memuru 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği suretiyle borçluya yedi gün içinde çocuğun teslimini emreder. Borçlu bu emri tutmazsa çocuk nerede bulunursa bulunsun ilam hükmü zorla icra olunur. (2)Çocuk teslim edildikten sonra diğer taraf haklı bir sebep olmaksızın çocuğu tekrar alırsa ayrıca hükme hacet kalmadan zorla elinden alınıp öbür tarafa teslim olunur. “

²⁶⁹ Baki Kuru, **İcra Ve İflas Hukuk El Kitabı**, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 2004, s.835. Ayrılma, çocuğun korunması için öngörülen tedbirler kapsamında çocuğun bir aile yahut bir kuruma yerleştirilmesine yönelik ilamlar da örnek verilebilir, bkz. İbrahim Özbay, “Türk Hukukunda Çocuk Teslimi Ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası Hakkındaki Sorunlar Ve Çözüm Önerileri”, **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, Yıl:4, Sayı:2, Ankara, 2017 s.65

²⁷⁰ Madde metni şu şekildedir:“(1)Çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra memuru, küçüğün ilam hükümleri dairesinde lehine hüküm

kişisel ilişki TMK m.323'te belirtildiği şekliyle, anne-babanın, velâyeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile kurduğu ilişkidir. Ayrıca TMK m.325 gereği başta akrabalar olmak üzere üçüncü kişilerle de kişisel ilişki kurulabilir. İİK m.341, bu maddelerde düzenlenen çocuğun teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilamların veya ara kararların sonucu olan icra emirlerine uymamak ve emirlerin yerine getirilmesini engellemek fiillerini cezalandırmaktadır. Her ne kadar İİK m.341'deki ifade ile sadece “**çocuk teslimi**” hakkındaki ilam ve ara kararın yerine getirilmemesine yönelik bir düzenleme olduğu kanaatine varılsa da da, m.25/a'da **şahsi ilişkiye** dair ilamın uygulanmaması halinde de m.341'in uygulanacağı belirtildiğinden bu hallerde de İİK m.341'e göre cezalandırma yapılır.²⁷¹

HMK m.350/2 ve m.367/2'ye göre aile hukuku ile ilgili aynı haklara ilişkin kararlar kesinleşmeden icraya konulamayacağından çocuğun teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması ile ilgili ilamların icra edilebilmesi için kesinleşmiş olması gerekir. Bu ilam veya ara karar neticesinde çocuğun teslimini içeren icra emri çıkarılacaktır. Çocuğun tesliminin nasıl olacağı İİK'nın 25. maddesinde, çocukla kişisel ilişkiye dair hükmün icrası m. 25/a'da düzenlenmiştir. Buna göre ilam sonucu verilen icra emrine uyulmaza çocuk zorla alınacak ve İİK. m. 341'e göre işlem yapılacaktır. Bu durumda mahkeme ilamı veya ara kararı sonucu çocuğun teslimi emrine uymayan veya çocukla şahsi ilişkiye dair ilamın uygulanmasına mani olan anne-baba İİK'nın bu maddesine göre cezalandırılacak; bu durumları içeren bir icra emrinin olmadığı hallerde velayeti elinde bulundurmayan anne-babanın çocuğu kaçırmaması veya alıkoyması durumunda ise TCK m. 234 f. 1,2 uygulanacaktır. Ayrıca İİK m.25/2 gereği, çocuk teslim edildikten sonra diğer taraf haklı bir sebep olmaksızın çocuğu tekrar alırsa ayrıca hükme gerek kalmadan zorla elinden alınıp öbür tarafa teslim edilerek yine İİK m.341'e göre cezalandırılacaktır.

verilen tarafla şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını; aksi halde ilam hükmünün zorla yerine getirileceğini borçluya 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri ile tebliğ eder. Bu emirde ilam hükmüne aykırı hareketin 341 inci maddedeki cezayı müstelzim olduğu da yazılır. (2) Borçlu bu emri tutmazsa ilam hükmü zorla yerine getirilir. Borçlu alacaklının şikayeti üzerine ayrıca 341 inci maddeye göre cezalandırılır.”

²⁷¹ İbrahim Özbay, **a.g.m.**, s. 97.

Yani hakkında icra emri çıkmasına rağmen, çocuğu yanında bulunduran velayet hakkı kendisinden alınmış ana veya baba, çocuğun teslimi emrine muhalefet ederek velayeti kendisine verilen ana veya babaya çocuğu teslim etmezse İİK'daki suç oluşacaktır. Veyahut çocuğu, velayet hakkı verilmemiş ana-baba veya üçüncü kişi ile kişisel ilişkisine dair ilama ve takibe rağmen, yanında bulunduran velayet hakkına sahip ana-babanın kişisel ilişki kurulacak kişiye teslim etmemesi halinde İİK m.341'e gidilecektir. Burada bahsedilen husus, velayet sahibi kişinin, çocukla kişisel ilişkiyi engellemesidir. Dolayısıyla kişisel ilişki kuran kişinin daha sonra çocuğu geri vermemesi TCK m.234/1'i oluşturacaktır.²⁷² Yine örneğin çocuk, velayet hakkı elinden alınmış babadan icra yoluyla alındıktan sonra²⁷³ baba tarafından kaçırılması halinde İİK m. 341 uygulanacaktır. Ancak çocuk, velayet hakkı elinden alınmış babadan İİK m.25'te düzenlenen çocuk tesliminin icrası yoluyla alınmamışsa, bu kişinin çocuğu kaçırmayı TCK m.234/1 kapsamında kalacaktır.²⁷⁴

İİK'da düzenlenen m.341 ile TCK m.234/1 arasındaki diğer farklar muhakeme usulüne ve cezalandırmaya ilişkindir. İİK m.341'deki fiil için görevli ve yetkili mahkeme İİK m.348 gereği icra takibinin yapıldığı yer icra mahkemesidir. İİK m.341'deki ihlal altı aya kadar tazyik hapsi ile cezalandırılmıştır. Öyle ki bu yaptırıma eğer çocuk teslim edilmezse gidilebilecektir.²⁷⁵ Zira İİK m.341'in ikinci cümlesine göre, hapsin tatbikine başladıktan sonra ilâmın veya ara kararının gereği yerine getirilmesi halinde, kişi tahliye edilecektir. Tazyik hapsi TCK m.45 vd.

²⁷² Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6956. Yargıtay da aynı yönde karar vermiştir: "Tüm dosya içeriğinden, sanığın, resmi nikahlı eşi katılan ...'dan olan dört yaşındaki oğlu mağduru, ... Aile Mahkemesinin sanıkla katılanın boşanmalarına ve velayeti katılana bırakılan müşterek çocuğun sanıkla kişisel ilişki kurmasına dair verdiği 28.09.2012 tarih ve ... Esas, ... Karar sayılı kararı uyarınca 27.10.2012 günü teslim alıp aynı gün içinde anneye bırakması gerekirken 04.11.2012 tarihine kadar yanında tuttuğunun anlaşılması karşısında, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçundan eylemine uyan 5237 sayılı TCK'nın 234/1-2. maddesi gereğince cezalandırılması yerine dosya kapsamıyla bağdaşmayan yazılı gerekçeyle aynı Kanunun 234/3. maddesine göre mahkûmiyetine karar verilmesi," **Y14CD 25.01.2016 tarihli, E.2015/3480 - K.2016/621sayılı karar** (KAZANCI) Ancak Yargıtay boşanma davası sırasında ara/tedbir kararıyla kişisel ilişkiyi düzenlediği hallerde kişisel ilişki süresinin bitmesine rağmen çocuğun geri verilmemesini İİK m.341 kapsamında değerlendirmiştir. Bunun nedeni kaçırılan kişinin hala velayet hakkının devam etmesidir. Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6957.

²⁷³ Hasan Özkan, **Açıklamalı-İçtihatlı İcra Ve İflas Davaları Ve Tatbikatı İcra Suçları Ve Cezaları**, İstanbul, Legal, 2014, s. 291, İbrahim Özbay, **a.g.m.**, s.72.

²⁷⁴ Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 589, Artuk/Gökcan/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. cilt**, s. 6724,6725.

²⁷⁵ İbrahim Özbay, **a.g.m.**, s.98-100.

tanımlanan ceza türlerinden biri olmadığı için Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri çerçevesinde değerlendirilemeyecektir. Bu nedenle tazyik hapsi, para cezasına veya başka cezalara çevrilemeyecek, dava zamanaşımı genel hükümlere göre belirlenemeyecek, şikayete tabi olması nedeniyle İİK m.347 gereği şikayetin süresi fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl olarak belirlenecek, ceza zamanaşımı ise İİK m.354/2'ye göre iki yıl olacaktır.²⁷⁶ Belirtildiği üzere TCK m.234/1'den farklı olarak şikayete tabi olan bu düzenleme için ayrıca belirtilmelidir ki yaptırım kararına itiraz mümkündür.²⁷⁷

İcra İflas Kanunu'nun mevcut düzenlemeleri ile işleyiş böyleyken, 20.09.2019 tarihinde, Cumhuriyet Halk Partisi tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunulan ve 07.10.2019 tarihinde Adalet Komisyonu'na gönderilen yasa teklifiyle, çocuk teslimi ve şahsi ilişkinin düzenlenmesi ile ilgili icra hükümlerinin (İİK m.25, m.25/a, m.25/b ve m.341) kaldırılması gündeme gelmiştir.²⁷⁸ Yasa teklifine göre çocuk teslimi ve şahsi ilişkiye ilişkin ilam veya tedbir kararı icra dairesi eliyle uygulanmayacaktır. Bu ilam veya tedbir kararlarının uygulanmasına yönelik plana uymayan veya uygulanmasını engelleyenler şikayet üzerine altı aya kadar tazyik hapsi ile cezalandırılacaktır. Henüz Komisyon aşamasında olan teklifin nasıl yasalaşacağı bu suçun akıbeti konusunda önem arz edecektir. Belirtmek gerekir ki, 2017 yılında Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanarak kamu kurum ve kuruluşlarına görüşe gönderilen Mağdur Hakları Kanunu Tasarısı Taslağı ile m.25, m.25/a, m.25/b ve m.341. maddelerin kaldırılması öngörülmüştür. Tasarının 16. maddesiyle teslim ve kişisel ilişki sürecinin adlî destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğünce yürütülmesi düzenlenmiştir. Ancak tasarı yasalaşmamıştır.

Çalışmada fiil unsurunda, alıkoyma fiilinin incelemesinde bahsedildiği üzere, kaçırma ve alıkoymanın birlikte gerçekleşmesini fiillerin oluş şekli itibariyle uygun görmesek de doktrindeki görüşler doğrultusunda, iki fiilin birlikte işlenmesinin kabul

²⁷⁶ Çetin, **a.g.e.**, s.527,528.

²⁷⁷ İbrahim Özbay, **a.g.m.**, s.98-101.

²⁷⁸ Yasa teklifi ve gerekçesi için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2230.pdf> (çevrimiçi) E.T.: 20.08.2019.

edilmesi halinde, seçimlik hareket olmaları nedeniyle ayrı ayrı cezalandırılmayacaktır. Tek suç oluşacak, tek ceza verilecektir.

Birden fazla çocuğun kaçırılması ve alıkonulması halinde aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda Yargıtay tarafından farklı kararların verildiği “suçun mağduru” bahsinde belirtilmişti. Öyle ki Yargıtay bazı kararlarında çocuğu suçun mağduru olarak kabul ederek birden fazla çocuğun kaçırılması veya alıkonulması durumunda aynı neviden fikri içtima olduğunu kabul etmiş, bazı kararlarında da çocuğun suçun konusu olduğunu ifade ederek bir suçun oluştuğunu belirtmiştir. Dolayısıyla aslında velayet sahibinin birden fazla çocuğunun tek bir fiille belirli kişiler tarafından kaçırılması veya alıkonulması suçunda aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanabilmesi hususu çocuğun suçun mağduru mu yoksa yalnızca konusu mu olduğu konusunun çözülmesi ile değerlendirilebilecektir. Zira aynı neviden fikri içtimanın mümkün olabilmesi için bir hareketle aynı suçun birden fazla mağdura karşı işlenmesi gerekmektedir.²⁷⁹ Bu, birden fazla mağdura ait farklı konular için de söz konusu olacaktır.²⁸⁰ Ancak, bir kişiye ait tek bir konuya yönelik işlenen suçlarda aynı neviden fikri içtima uygulanamayacaktır. Birden fazla kişiyi ilgilendirse bile bu, tek suç olacaktır.²⁸¹ Örneğin anne ve babanın velayetindeki çocuk üçüncü dereceye kadar bir akraba tarafından kaçırıldığında veya alıkonulduğunda tek bir konu olduğundan aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanamayacaktır. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda bir kişiye ait çocuklar, suçun konusunu oluşturduğu takdirde, tek bir mağdur ve tek bir konu söz konusu olacağı için tek bir suç oluşacaktır. Ancak çocuk, mağdur kabul edildiğinde, aynı kişiye ait birden fazla çocuğun kaçırılması durumunda mağdur sayısı kadar suç oluşacak, fakat tek fiille aynı suç birden fazla kişiye karşı işlendiği için aynı neviden fikri içtima hükümleri (TCK m. 43/2) uygulanacaktır. Yargıtay birden fazla çocukla ilgili bazı kararlarında suçun mağduru sayısınınca suçun oluştuğunu kabul etmiştir:

²⁷⁹ Özgenç, **a.g.e.**, s. 595,596; Ercan, **a.g.e.**, s. 206.

²⁸⁰ Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, 542; Özgenç, **a.g.e.**, s. 596.

²⁸¹ Koca-Üzülmez, **a.g.e.**, 542.

“Olay tarihinde 16 yaşından küçük olan ve boşanma davası sonucunda velayetleri katılan Ali Bozkıl’a verilerek müşterek çocuklar Döndü ve Mustafa’nın öz annesi olan sanık Muazzez tarafından, katılanın bulunmadığı bir zamanda evinden kaçırılması karşısında mağdur sayısınca çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun sübut bulduğu gözetilmeden, yazılı şekilde beraatine karar verilmesi”²⁸²

“Alıkonulan çocuk sayısı kadar suçun oluşacağı gözetilmeden tek suçtan hüküm kurulması”²⁸³ Bu kararla ilgili Özgenç, çocukların mağdur olarak kabul edilmesini doğru bulmuş, ancak gerçek içtimanın değil, aynı ihmali hareketle birden fazla kişiye karşı aynı suçun işlendiğinden bahisle aynı neviden fikri içtimanın uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.²⁸⁴ Yargıtay’ın bu yönde de kararlarının olduğu belirtmek gerekir:

“Sanığın 16.11.2009 tarihinde müşterek çocukları okul dışından katılanın bilgi ve rızası dışında alarak ikamet etmekte olduğu İstanbul İline götürdüğü kabul edilmek suretiyle 5237 sayılı TCK’nın 234/1. maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmiş ise de... Dosya kapsamına göre, sanığın 5237 sayılı TCK’nın 234. maddesinde yer alan suçu iki ayrı fiille gerçekleştirdiği yönünde dosyaya yansımış bulunan başkaca herhangi bir bilgi de bulunmaması dikkate alındığında, sanığın bir fiille aynı kanun hükmünü birden fazla kişiye karşı ihlal ettiği, 5237 sayılı TCK’nın 43. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen aynı nev’iden fikri içtima niteliğinde olan eylemi sebebiyle Kanunun 43/1. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden eksik ceza tayini”²⁸⁵

²⁸² **Y14.CD. 23.05.2012 tarihli, E. 2011/17784- K. 2012/5850 sayılı karar**, aktaran, Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. Cilt**, s. 6737.

²⁸³ **Y14.CD. 07.06.2012 tarihli, E.2011/17791- K.2012/6524 sayılı karar**, aktaran, Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. Cilt**, s. 6737 ve Özgenç, **a.g.e.**, s.595.

²⁸⁴ Özgenç, **a.g.e.**, s.595-596. Gerçek içtima uygulanması görüşü için bkz. Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 598.

²⁸⁵ **Y14CD 16.06.2015 tarihli, E.2013/5643 - K.2015/7245 sayılı karar (KAZANCI)**.

“Bir suç işleme kararın icrası kapsamında, aynı suçu birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işleyen sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nın 43/2 maddesinin uygulanmasında bir isabetsizlik bulunmadığından”²⁸⁶

Bu kararlar “suçun mağduru” bölümünde aktarılan, mağdurun, velayet-vesayet sahibi ve bakım ve gözetim görevlisi olduğu yönündeki Yargıtay kararlarıyla bağdaşmamaktadır. Yargıtay’ın bu yöndeki kararlara paralel olarak çocuğun suçun konusunu oluşturması nedeniyle aynı neviden fikri içtima hükümlerini uygulamadığı, daha yeni tarihli kararları da mevcuttur:

“5237 sayılı TCK’nın 234/1. Maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda on sekiz yaşını bitirmeyen çocuğun annesi ile babasının çocuk üzerinde sahip oldukları velayet haklarının koruma altına alınması nedeniyle atılı suçun mağdurunun anne ile baba olması karşısında, somut olayda boşanma neticesinde velayet yetkisi elinden alınmış sanığın, iki çocuğunu katılanın rızası dışında kaçırap alıkoyması eyleminde, mağdurun katılan anne olduğu gözetildiğinde, sanığın müsnet suçtan bir kez mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde çocuk sayısının iki kez mahkumiyetine hükmedilmesi suretiyle fazla ceza tayini”²⁸⁷

Aynı neviden fikri içtimanın mümkün olabilmesi için farklı mağdurların yanı sıra bahsedildiği üzere tek bir fiil gerekmektedir. Çocuğun mağdur olarak kabul edilmesi halinde bu konu ile ilgili de bir açıklama yapmak yerinde olacaktır. Zira birden fazla çocuğun kaçırılması durumunda tek bir fiilin mi birden fazla fiilin mi bulunduğu konusu tartışılmalıdır. Türk ceza hukukunda fiillerin tekliği hareketin tekliğine bağlanmış, bu noktada üç farklı durumda hareket tek kabul edilmiştir: kanuni tanım nedeniyle hareketlerin birbirine bağlanmış olması (seçimlik suçlar, kesintisiz suçlar gibi) “tipik hareket tekliği”ni; insan hareketlerinin iradi olarak tek bir davranışı oluşturan birbirinden ayrılamaz hareketleri “doğal hareketin tekliği”ni ve zincirleme suçu oluşturan hareketler “zincirleme hareket”i oluşturmaktadır.²⁸⁸ Bu üç durumun haricindeki hareketler birden fazla fiil anlamına gelecek ve aynı neviden

²⁸⁶ Y2CD. 13.12.2010 tarihli, E.2009/29367 K.2010/33311 sayılı karar, aktaran, Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Türk Ceza Hukuku Şerhi* 5. Cilt, s. 6747.

²⁸⁷ Y14CD 27.06.2018 tarihli, E.2015/6618 - K.2018/4712 sayılı karar(KAZANCI), ayrıca bakınız, Y14CD 06.11.2018 tarihli, E.2018/6557-K.2018/6473 sayılı karar (www.corpus.com).

²⁸⁸ Koca-Üzülmez, a.g.e, s. 512-518.

fikri içtimanın uygulanması mümkün olmayacaktır. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu için fiil çokluğunun olaya göre belirlenmesi gerektiği hususunda Yaşar/Gökcan/Artuç'a katılıyoruz.²⁸⁹ Buna göre örneğin üzerlerindeki velayet hakkı elinden alınmış babanın iki çocuğunu ellerinden tutarak götürmesi halinde birden fazla hareketin olduğu kabul edilmelidir. Ancak araçta bulunan çocukların götürülmesi ya da iki çocuğun velayeti elinde bulunduran annesinin rızasıyla babaya gelmesi, sonrasında babanın onları alıkoyması halinde tek hareketle suçun işlendiğinin kabulü yerinde olacaktır.

Maddenin nitelikli halleri olan cebir ve tehdit TCK'da ayrıca suç olarak düzenlenmesine rağmen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda olduğu gibi birçok farklı suç tipinde unsur veya nitelikli hal olarak başka suçları oluşturmaktadır. Bir suçun, başka bir suçun unsuru ya da nitelikli hali olduğu haller bileşik suç olarak adlandırılır ve sadece düzenlenen bu suçtan ceza verilir, unsuru ya da nitelikli hali oluşturan suçtan ceza verilmez (TCK m.42).²⁹⁰ Dolayısıyla cebir ve tehditten ayrıca ceza verilmeyecek, belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun nitelikli hali düzenlemesine göre ceza bir kat artırılacaktır. Ancak suçun nitelikli hallerinden "Cebir" başlığında belirtildiği gibi, cebrin basit tıbbi müdahaleyi aşan yaralama durumunda kasten yaralamanın temel veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış haline ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ayrıca bir suçun temel şekliyle nitelikli halleri arasında görünüşte içtima ilişkilerinden özel norm-genel norm ilişkisi olduğu için²⁹¹ sadece nitelikli halden ceza verilecektir.

Çocuğun konuttan kaçırılması veya alıkonulması halinde TCK m.116'da düzenlenen "Konut dokunulmazlığının ihlali" suçu da oluşacak, gerçek içtima uygulanarak her iki suçtan ceza verilecektir.²⁹²

²⁸⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6971.

²⁹⁰ Koca-Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 553-556; İçel, **a.g.m.**, 44,45.

²⁹¹ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 541; İçel, **a.g.m.**, s. 41; Özen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, s.734

²⁹² Malkoç, **a.g.e.**, s. 3747, Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6972, Artuk/Gökcan/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. Cilt**, s. 6733.

VI. MUHAKEME USULÜ VE YAPTIRIM

A. Muhakeme Usulü

Çocuğun belirli kişiler tarafından kaçırılması ve alıkonulması suçu şikayet aranmaksızın resen soruşturulur.

Dava zamanaşımı, kesintisiz suçlarda özellik arz etmektedir (TCK m.66/6). Kesintinin sona ermesinden itibaren dava zamanaşımı başlayacaktır. Dolayısıyla bu suç için beş yıldan daha kısa süreli hapis cezası öngörülmesi nedeniyle dava zamanaşımı olan sekiz yıl, çocuğun serbest kalmasından itibaren başlayacaktır.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11 ve 12. maddeleri uyarınca, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir. Suçun yargılaması için yetkili mahkeme ise 5271 sayılı CMK'nın 12. maddesi gereği suçun işlendiği yer mahkemesidir. Ancak çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu mütemadi bir suç olduğundan, yine aynı hükme göre, suç başka bir yerde sona ermişse, kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesi yetkili olacaktır.

CMK m. 253/1-b-4'e göre çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu şikayete tabi olup olmadığına bakılmaksızın uzlaşma hükümlerine tabidir.²⁹³ Uzlaşma, velayet yetkisi olan anne-babaya, vesayet sahibine ve bakım ve gözetim sorumlusuna teklif edilecektir. Bu suçta mağdur olan anne-baba, vasi ve bakım ve gözetim sorumlusu kendileri adına uzlaşma kararını verecek; çocuk da mağdur olarak kabul edilirse suçun mağduru ya da zarar göreninin çocuk olduğu hallerde uzlaşma teklifinin

²⁹³ Yargıtay da uzlaşma teklif edilmeksizin yapılan yargılamaları hukuka aykırı bulmuş ve bozmuştur. "5237 sayılı TCK'nın 234/1. maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun 5560 sayılı Kanun ile değişik CMK'nın 253. maddesi uyarınca uzlaşma kapsamında kalması nedeniyle ceza muhakemesi şartı olan uzlaşma hükümlerinin uygulanması zorunlu olduğundan, 02.12.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanunla getirilen düzenlemeler de gözetilip öncelikle uzlaşma girişiminde bulunularak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken, yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, esas incelenmeyen hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA..." **Y14CD 24.09.2018 tarihli, E.2018/5450 - K.2018/5376 sayılı karar (KAZANCI)**. Aynı yönde bkz. **Y14CD 25.06.2018 tarihli, E.2017/7292 - K.2018/4599 sayılı karar (KAZANCI)**.

kanuni temsilciye yapılmasını gerektiren CMK m. 253/4 hükmü gereği de velayet yetkisi elinde olan anne baba ve vesayet sahibi çocuk adına karar vermiş olacaktır.

B. Yaptırım

5237 sayılı TCK m. 234/1’de düzenlenen belirli kişiler tarafından işlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun yaptırımını üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır. Suçun cebir veya tehdit ile ya da on iki yaşından küçük çocuğa karşı işlenmesi halinde ceza bir katı oranında artırılacaktır. Alt ve üst sınırlar koyulmak suretiyle düzenlenen suçlarda, temel cezanın belirlenmesi TCK m.61 ve 62’ye göre hakim tarafından yapılacaktır. TCK’nın 61. maddesinin ilk fıkrası gereği; suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesine kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yeri suçun konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, kast ve taksire dayalı kusurun ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saike göre belirlenen aralıkta bir cezaya hükmedilecektir. İfade etmek gerekir ki, suçun işleniş biçimi olarak çocuğun kaçırılma ve alıkonulma süresinin uzunluğu, temel cezanın alt veya üst sınırdan verilmesini etkileyecektir.²⁹⁴ Bunun yanı sıra suçun nitelikli hallerden biriyle işlenmesi halinde m.61/3 ve gerekçesinde belirtildiği üzere, cebir ve tehdit açısından; ayrıca kullanılan araçlar veya çocuğun yaşı açısından; konunun önemi, meydana gelen tehlike gibi hususlarda mükerrer değerlendirme sayılacağından ayrıca değerlendirme yapılamayacaktır. Ancak iki nitelikli halin birlikte gerçekleşmesi halinde suçun işleniş biçimi nedeniyle üst sınırı yakın cezanın verilmesi daha hakkaniyetli olacaktır. Sonrasında da ceza bir kat artırılacaktır.²⁹⁵

Belirlenen temel cezadan sonra m. 61/5 uyarınca sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, cezada indirim gerektiren şahsi sebepler ve 62. maddedeki takdiri indirim nedenleri uygulanacaktır.

Bir yıldan az bir cezaya hükmedilmesi halinde ceza, seçenek yaptırımlara dönüştürülebilecektir (TCK m.50). Ayrıca, ceza iki yıldan az olması nedeniyle

²⁹⁴ Aynı yönde, Dönmezer, **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, s.241; Akbulut, **a.g.m.**, s.320; Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 594.

²⁹⁵ Malkoç, **a.g.e.**, s.3745; Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s.598.

ertelenebilecektir (TCK m.51). Hükümün açıklanmasının geriye bırakılması şartları oluştuğunda bu karar da verilebilecektir (CMK m.231/5 ve devamı hükümler).



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EVİ TERK EDEN ÇOCUĞU YANINDA TUTMA SUÇU (TCK m.234/3)

I. KANUNİ TANIM VE GENEL OLARAK EVİ TERK EDEN ÇOCUĞU YANINDA TUTMA SUÇU

Evi terk eden çocuğu yanında tutma suçu, “Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması” başlıklı TCK m.234’ün 3. fıkrasında düzenlenmiştir. 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla 234. maddeye sonradan eklenmiştir:

“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 unsurları detaylı şekilde incelenecektir. Ancak birinci fıkradaki suçtan ayrılan özelliklerini ifade etmekte yarar vardır. Zira bu şekilde aynı madde içerisindeki düzenlemeleri farklı suç tipleri olarak incelememizin sebepleri ifade edilebilecektir. Öncelikle suçun failleri açısından fark bulunmaktadır. Belirli kişiler tarafından işlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu, madde metninde belirtilen kişiler tarafından işlenebilen bir suç iken evi terk eden çocuğu yanında tutma suçu, bir kısıtlama yapılmadığından herkes tarafından işlenebilir özelliktedir. Bunun yanı sıra suçların konuları da kesişmekte fakat farklılık göstermektedir. Daha önce belirtildiği üzere belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun konusu 16 yaşını bitirmemiş çocuktur. Oysa evi terk eden çocuğu yanında tutma suçunda çocuk için bir yaş sınırlaması getirilmemiş, dolayısıyla TCK m.6/1-b gereği 18 yaşını doldurmamış kişi suçun konusu olarak belirlenmiştir. 3. Fıkrafta düzenlenen suçun 1 ve 2. fıkradaki suçların aksine şikayete tabi olması da bir başka

farklılıktır. Bütün bunların yanında korunan hukuki değer ve işlenen suç için verilen ceza aralığı 1. fıkradaki suç ile aynıdır. Ancak suçun maddi unsurlarındaki değişiklikler, suçun işleniş biçiminin de farklılık göstermesi, bunların değişiklik arz etmesine rağmen verilen cezanın değişmemesi nedeniyle nitelikli hal veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç olarak değerlendirilememesi, faillerinin de farklı olması nedeniyle seçimlik hareket olarak nitelendirilemeyeceği göz önüne alındığında 3. fıkradaki düzenlemenin farklı bir suç tipini oluşturduğu kanaatini edinmiş bulunmaktayız.

II. SUÇ İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Evi terk eden çocuğu yanında tutma suçuyla korunan hukuki değer, belirli kişiler tarafından işlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda olduğu gibi, veli ve vasinin velayet ve vesayet haklarıdır. 5237 sayılı TCK m.234/3'te düzenlenen suç, 06.12.2006 tarihinde kabul edilen, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 10. maddesi ile yürürlüğe girmiş olup, Kanunun gerekçesinde²⁹⁶ bu durum daha ayrıntılı şekilde ifade edilmiştir:

"Maddeyle, 5237 sayılı Kanunun 234 uncu maddesine üçüncü fıkra olarak yeni bir fıkra eklenmiştir 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 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 hukmu, 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 uncu maddesine, kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu rızasıyla da olsa yanında tutan kişiye çocuğun ailesini veya yetkili makamları

²⁹⁶ TBMM. 22. Dönem, 5. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 1255, s.4.

durumdan haberdar etmek yönünde bir yükümlülük yükleyen ve bu yükümlülüğe aykırı davranışı suç olarak tanımlayan bir fıkra eklenmiştir.”

Böylelikle belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda olduğu gibi veli ve vasinin çocuğun yerleşim yerini belirleme hakkının korunması, bunun yanı sıra çocuğun evi terk etmesinin veli veya vaside yaşatacağı endişe dolayısıyla duyacakları manevi huzursuzluğun engellenmesi söz konusudur. Bu sebeplerle Medeni Kanunda evi terk eden çocuğu kabul eden kişiye yükletilen sorumluluğun ihlali bu fıkra ile cezalandırılmıştır. *“Çocuk, ana babasının rızası dışında evi terk edemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz.”* TMK hükmünün ikinci kısmı TCK m.234’ün ilk iki fıkrası ile cezalandırılırken, ilk kısmının ihlalinin de suç olarak düzenlenmesine duyulan ihtiyaç ile bu hüküm konulmuştur. Yargıtay da bu suçla korumak istenen hukuki değer, veli ve vasinin elinde bulundurduğu velayet-vesayet hakları olduğunu çeşitli kararlarında belirtmiştir.²⁹⁷

Korunan hukuki değer, ilk fıkradaki suç ile aynı olduğundan²⁹⁸ belirli kişiler tarafından kaçırma ve alıkoyma suçundaki çocuğun ve aile düzeninin de korunduğu yönündeki açıklamalar bu suç için de geçerli olacaktır.

²⁹⁷ “5237 sayılı TCK’nın 234/3. maddesinde yer alan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda korunan hukuki yararın velinin aile hukukundan kaynaklanan velayet hakkı olduğu...” **Y14CD 26.06.2018 tarihli, E.2016/992 - K.2018/4619 sayılı karar (KAZANCI)**. “Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere bu suçla korunan hukuki değer, veli ya da vasinin çocuk üzerinde sahip olduğu velayet veya vesayet hakkıdır.” **YCGK 21.03.2017 tarihli, E.2014/468 - K.2017/181 sayılı karar (KAZANCI)**. Yargıtay Ceza Genel Kurulu TCK m.234/3’ün mevzubahis olduğu bir kararında korunan hukuki değer, karma nitelikte olduğunu ifade etmiştir: “Bu suçla korunan hukuki yarar, karma bir nitelik taşımakla birlikte, madde gerekçesinden, veli ya da vasinin çocuk üzerinde sahip olduğu velayet veya vesayet hakkının en başta korunan hukuki yararlarından olduğu anlaşılmaktadır.” **YCGK 9.06.2015 tarihli, E.2013/14-668 - K.2015/202 sayılı karar (KAZANCI)**.

²⁹⁸ TCK m.234’ü tek bir başlık altında değerlendirip korunan hukuki değeri ortak olarak inceleyen; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. Cilt**, s. 6730; Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s. 1044.

III. SUÇUN UNSURLARI

A. Suçun Maddi Unsurları

1. Fail

Evi terk eden çocuğu yanında tutma suçunun düzenlendiği fıkarda, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin çocuğu yanında tutan kişi fail olarak belirlenmiştir. Düzenlemeden anlaşılabileceği üzere faile herhangi bir özellik yüklenmemiştir. Dolayısıyla suç, genel bir suç olup, herkes tarafından işlenebilecektir. Ancak doktrinde, ilk fıkradaki faillik özelliklerini gösteren kişilerin bu suça göre değil, ilk fıkradaki suça göre değerlendirileceği ifade edilmiş, dolayısıyla bu kişiler haricindeki herkesin bu suçu işleyebileceği kabul edilmiştir.²⁹⁹ Yargıtay da “234/3. Maddesinde tanımlanmış suçun failinin ana, baba ve üçüncü dereceye kadar olan hısımlar dışındaki kişiler olabileceği gözetilmeden; suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı biçimde şikayetten vazgeçme nedeniyle düşme kararı verilmesi”³⁰⁰ şeklinde görüşünü ifade etmiştir. Ancak bu durumda 16-18 yaşları arasındaki çocuğun evi terk ederek velayet hakkı elinden alınmış anne-baba, vesayet hakkı olmayan üçüncü dereceye kadar akrabalarına gitmesi ve bu durumun haber verilmemesi halinde suç oluşmayacağı gibi bir sonuç ortaya çıkmış olacaktır. Bahsedilen durumda kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun oluşması da, bu yaştaki bir çocuğun kendi rızasıyla ve iradesiyle hareket edebilme kabiliyetinin olması nedeniyle kabul edilmez. Nitekim Yargıtay da kendisine hukuka aykırı bir davranış sergilenmedikçe çocuğun kendi rızasıyla götürülmesi ya da bir yerde kalmasını hukuka uygun kabul etmiştir.³⁰¹ Gülşen’e göre, 16 yaşına kadar bu suç için

²⁹⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. Cilt**, s. 6730; Yaşar/Gökçen/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6960; Parlar, **a.g.e.**, s.2527; Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 600.

³⁰⁰ **Y14CD 13.02.1012 4453/1420**, aktaran Malkoç, **a.g.e.**, s.3745.

³⁰¹ “Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu düzenleyen TCK’nun 109. maddesinde ise mağdurun rıza açıklama ehliyetini belirleme noktasında bir yaş sınırı getirilmemiştir. Bu halde yaşı küçük mağdurun rızasının failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı, failin amacının toplumda kabul gören bir davranış ya da genel ahlak kurallarına uygun olup olmadığı nazara alınarak belirlenmelidir.” **YCGK 21.03.2017 E.2014/468 - K.2017/181**.

fail birinci fıkra da sayılan kişiler hariç herkes, 16-18 yaş arasındaki çocuklar için ilk fıkradaki faillik özelliklerini gösteren kişiler de olabilecektir.³⁰²

Bize göre, fail açısından böyle bir karışıklığa neden olan husus, aynı maddedeki ayrı iki suçu oluşturan ayrı iki fıkranın fiil unsurundaki benzerliktir. Görüşümüze göre fiil unsurunda da değinileceği üzere iki fıkradaki suçların işleniş şekilleri farklılık arz etmektedir. Bu nedenle üçüncü fıkra da düzenlenen suç için bir ayırım yapılmaksızın herkes tarafından işlenmesinin kabul edilmesi bir sorun oluşturmazacaktır. Kaldı ki, bu iki suçun fiil unsurlarının kesişmesi durumunda, bir örnek verilecek olursa on üç yaşındaki çocuğun kendi rızasıyla amcasının evine gidip kalması, amcanın da bunu anne babaya haber vermemesi durumunda, ilk fıkradaki alıkoyma suçunun oluştuğu düşünüldüğünde, soruşturması şikayete tabi olmaksızın gerçekleştirilecektir. Ancak yine on üç yaşındaki çocuğun ilk fıkradaki faillik özelliklerini göstermeyen bir üçüncü kişinin yanına gittiğinde ve bu kişi tarafından aileye haber verilmediği takdirde bu kez üçüncü fıkradaki suçun oluştuğu söylenirse, suçun soruşturması şikayete tabi olacaktır. Yakın akrabasının fiilinin yargılanmasının şikayete tabi olmayıp, üçüncü bir kişinin aynı fiilinin şikayet şartına tabi olması kanaatimizce sosyal ve hukuk düzenine uygun düşmemektedir. Bu nedenle fiil unsurunun farklı değerlendirilmesi, dolayısıyla da herkes tarafından işlenen bir suç olarak nitelendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

2. Mağdur

Düzenlemede, “kanuni temsilcinin bilgisi ve rızası dışında” denilmek suretiyle suçun mağdurunun kanuni temsilci olduğu anlaşılmaktadır. Velayet hakkına sahip anne-baba; çocuk velayet altında değilse vesayet sahibi bu suçun mağduru olacaktır. Zira çocuk velayet altında ise velayet sahibi (TMK m.342), vesayet altında ise vesayet sahibi (TMK m.448) kanuni temsilcisidir. Bu suçta çocuğun mağdurluğu açısından, belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçundaki mağdur unsuru ile ilgili yapılan açıklamalar geçerlidir ve doktrindeki görüşler belirtildiği şekildedir. Dolayısıyla bu bahis hakkındaki düşüncemiz, çocuğun bu

³⁰² Gülşen, *Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)*, s. 600.

suçun mağduru olmadığı yönündedir. Yargıtay, suçun mağduruna değindiği kararlarında velayet-vesayet sahibini suçun mağduru kabul etmiştir:

“Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda korunan hukuki yarar, anne ve babanın aile hukukundan kaynaklanan velâyet hakkı olup, evi terk eden çocuğa yaşı nedeniyle tayin edilen vekilin kamu davasına katılma ve hükmü temyize hakkı bulunmadığı gibi, usulsüz verilen katılma kararı da hükmü temyiz hakkı vermeyeceğinden, vaki temyiz isteminin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 317. maddesi uyarınca REDDİNE, 25.01.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”³⁰³

“5237 sayılı TCK'nın 234/3. Maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda onsekiz yaşını bitirmeyen çocuğun annesi ile babasının çocuk üzerinde sahip oldukları velayet haklarının koruma altına alınması nedeniyle atılı suçun mağdurunun velayet hakkına haiz anne ile baba olduğu...”³⁰⁴

Ancak bazı kararlarında çocuktan da mağdur olarak bahsetmiştir:

“Oluşa, kabule ve tüm dosya kapsamına göre; 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 H.. Y..’ın ihbarı üzerine başladığının anlaşılması karşısında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurlarının oluşmadığı, iddianamedeki anlatıma göre de eylemin TCK’nın 234/3. Maddesi kapsamında çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturduğu halde...”³⁰⁵

“Sanığın, 17 yaşı içinde olan mağdureyi rızası ile yanında tuttuğu yönündeki savunması, mağdurenin ise sanığın savunmasını doğrular nitelikteki anlatımı ile evden arkadaşına gidiyorum diyerek çıkıp sanığın yanına gittiği şeklindeki beyanı karşısında; mağdurenin, sanığın yanında rızası ile kaldığının

³⁰³ Y14CD 25.01.2016 tarihli, E.2015/8940 - K.2016/625 sayılı karar.

³⁰⁴ Y14CD 11.02.2016 tarihli, E.2015/6868 - K.2016/1155 sayılı karar (KAZANCI), mağdurun kanuni temsilci olduğu yönünde başkaca kararlar için bkz. Y14CD 16.05.2018 tarihli, E.2016/12188 - K.2018/3741 sayılı karar (KAZANCI), Y14CD 27.01.2014 tarihli, E.2012/8626 - K.2014/842 sayılı karar (KAZANCI).

³⁰⁵ Y14CD 13.01.2014 tarihli, E.2012/2319 - K.2014/71 sayılı karar (KAZANCI).

*kabulü ile sanığın kanuni temsilcinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu rızasıyla yanında tutup çocuğun ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeme eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 234 /3. maddesinde yer alan suçu oluşturacağı gözetilmeden...*³⁰⁶

Yargıtay'ın maddi unsura dair görüş belirttiği ya da çocuğun mağdur olmasının sonuç doğuracağı, yukarıda da örneği verilen (25.01.2016 tarihli, E.2015/8940 - K.2016/625 sayılı karar) usule yönelik kararlarında³⁰⁷ çocuğu mağdur olarak nitelendirmediği, dolayısıyla gerçek görüşünün çocuğun mağdur sıfatında olmadığı yönünde olduğu söylenebilir.

3. Suçun Konusu

5237 sayılı TCK m.234/3'te düzenlenen suçun konusu, yanında tutma eyleminin çocuk üzerinde gerçekleşmesinden dolayı, evi terk eden çocuktur.³⁰⁸ Düzenlemede yalnızca “çocuk” ifadesi kullanıldığından, yaş olarak bir sınırlama yapılmadığından, TCK m.6/1-b gereği 18 yaşını doldurmamış kişi anlaşılabacaktır. Yargıtay da evi terk eden çocuğu suçun konusu olarak göstermiştir.³⁰⁹ Madde metninden anlaşılabacağı üzere çocuğun evi, kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında terk etmesi gerekmektedir. Bu noktada “terk”in özelliklerine değinmekte fayda vardır.

³⁰⁶ **Y14CD 14.11.2013 tarihli, E.2011/22911-K. 2013/11556 sayılı karar** (www.corpus.com.tr). Çocuk için mağdur sıfatının kullanıldığı başkaca kararlar daha önce belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun mağdur unsurunda da gösterilmişti: **YCGK 9.06.2015 tarihli, E.2013/14-668 - K.2015/202 sayılı karar** (KAZANCI), **Y14CD 27.10.2011 tarihli, E.2011/17788 - K.2011/1565 sayılı karar** (KAZANCI).

³⁰⁷ Y14CD 03.04.2019 tarihli, E.2015/6131- K.2019/8728 sayılı karar da örnek olarak gösterilebilir.

³⁰⁸ Aynı yönde, Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 600; Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6962; Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.183.

³⁰⁹ “Aile düzenine karşı işlenen suçlar arasında sayılan ve yasal temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuk hakkında ailesinin endişe içinde kalmasının önlenmesini amaçlayan dava konusu suçta, korunan hukuki yarar, velinin aile hukukundan kaynaklanan velayet hakkı ile ilgili bulunup suçun mağdurunun veli veya kanuni temsilci olduğu, evi terk eden çocuğun ise bu suçun ancak konusunu oluşturduğu anlaşılması karşısında...” **Y14CD 27.01.2014 tarihli, E.2012/8626 - K.2014/842 sayılı karar** (KAZANCI), başka bir kararında çocuğu hem mağdur hem de konu olarak nitelendirmiştir: “5237 sayılı TCK'nın 234/3. Maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun oluşabilmesi için suçun konusu olan mağdurun, evi terk ettikten sonra sanıkla birlikte kalması gerektiği...” **Y14CD 12.10.2017 tarihli, E.2014/11721- K.2017/4739 sayılı karar** (www.corpus.com.tr).

Öncelikle Kanuni temsilcinin bilgisi olmaksızın evi terk etmenin bu suçun oluşumu için gerekli olduğu konusunda bir tereddüt bulunmazken, sonradan haberi olan kanuni temsilcinin rızasının yokluğu halinde bu suçun oluşup oluşmayacağı konusunda iki farklı görüş vardır. Bir görüşe göre kanuni temsilcinin haberi olduktan sonra rıza göstermemesinin bir önemi yoktur, suçun kanuni tanımında kişiye yalnızca bildirim yükümlülüğü getirilmiştir.³¹⁰ Diğer görüşe göre ise, evi terk eden çocuğu yanında tutma suçu aile düzenine yönelik olduğundan çocuğun evi terk etmesinden sonra kanuni temsilcinin haberdar edilmesine rağmen rızasının olmaması, yine de çocuğun bırakılmaması halinde bu suç yine oluşacaktır.³¹¹ Yargıtay kanuni temsilcinin bilgisinin olmasını yeterli saymıştır.³¹² Biz bu suçla korunmak istenenin velayet ve vesayet hakları olması, buna bağlı olarak da TMK m.339/4'teki çocuğun ana-babasının **rızası** dışında evi terk etmesini yasaklayan hükmün korunması niteliinde olması itibariyle Gülşen'e katılıyoruz.

Çocuğun evi terk etmesi hususunda, terkin geri dönülmemek üzere olması gerektiği ve kısa süreli olmasının da terki oluşturacağı şeklinde olmak üzere farklı görüşler mevcuttur. *Yaşar/Gökcan/Artuç* ve *Kirizoğlu*'na göre çocuğun ayrılmaya yönelik iradesinin tamamen veya uzun süreli evden ayrılma şeklinde gerçekleşmesi gerekmektedir.³¹³ *Gülşen*'e göre ise kısa süreli evden ayrılma da terk sayılacaktır.³¹⁴

³¹⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6968; Aynı yönde, Meran, **a.g.m.**, s.100.

³¹¹ Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 601.

³¹² "Katılan G.D. beyanlarında sanığın eve gelip kızı olan mağdureyi alarak evinden çıktığını ifade ettiği ve annesinin mağdurenin nerede ve kiminle olduğunu suç tarihinde bildiği, 5327 Sayılı Kanunun 234/3. maddesinin genel gerekçesinin "...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. maddesine, kanuni temsilcinin 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..." şeklinde olduğu, genel gerekçeden de anlaşıldığı üzere kanun maddesinin konuluş amacının, evi terk eden çocuğun kimin yanında ve nerede olduğunu bilmeyerek tedirginlik yaşayan ailenin, çocuğu yanında bulunduran kişi tarafından ailesine veya kolluğa haber verilmesi suretiyle tedirginlik halinin kaldırılması olduğu, dosyada bulunan katılanın beyanlarından mağdur çocuğun ailesinin, çocuğun nerede ve kimin yanında bulunduğunu bildiklerinin anlaşılması sebebiyle atılı suçun tipiklik unsurunun oluşmadığı, mağdurenin yaşı, eylemin rızasıyla gerçekleşmesi sebebiyle fiilin başka bir suçu da oluşturmayacağı gözetilerek beraat kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması..." **Y14CD 27.10.2011 tarihi, E.2011/17788 - K.2011/1565 sayılı karar (KAZANCI)**.

³¹³ Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6965, Köksal Bayraktar v.d., **Özel Ceza Hukuku Cilt III**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 84.

Terk etmek sözlükte “*bırakmak, ayrılmak*”³¹⁵ olarak tanımlanmaktadır. Tanımdan anlaşılacağı üzere terk kavramından geri dönüşsüz bir ayrılık anlamı çıkmamaktadır. Görüşümüze göre, aileyi tedirgin edebilecek uzunluktaki ayrılıklar terk olarak adlandırılabilir. Evi terk etmeyen çocuğu rızasıyla yanında bulundurma, m. 109/3-f’yi oluşturacaktır.³¹⁶ Elmas’ın görüşüne göre, m.234/3’teki suçun uygulanabilmesi için çocuğun evi terk etmesinde failin hiçbir katkısının olmaması gerekir.³¹⁷ Eğer fail çocuğun evi terk etmesine fiilen yardım ediyorsa, onu evden kaçırıyorsa çocuğun yaşına bağlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşabilir.

Bu suçun konusu, evlenerek ya da mahkeme kararıyla ergin kılınan çocuk olamayacaktır. Zira, bu hallerde çocuk üzerindeki velayet ve vesayet hakları sona ermektedir.

4. Fiil

Evi terk eden çocuğu yanında tutma suçunun fiil unsuru madde metninden yola çıkarak, kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutmaktır.

İlk olarak incelenmesi gereken husus, çocuğu “rızasıyla da olsa” yanında tutmak ifadesidir. Bu ifade, doktrinde rızanın şart olduğu yönünde yorumlanmıştır.³¹⁸ Yani çocuğun failin yanında rızasıyla bulunması bu suç için bir zorunluluktur. Çocuğun rızasının olmaması zaten TCK m.109’da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun çocuğa karşı işlenen nitelikli halini oluşturacaktır. Dolayısıyla bu suçun olması için çocuğun rızası gerekli, ama hukuka uygunluğu sağlayan bir husus değildir. Rıza, hukuka uygunluk sebeplerinden biri olarak değerlendirildiğinde belirli kişiler tarafından işlenen çocuğun kaçırılması ve

³¹⁴ Gülşen, *Çocukların Kaçırılması ve Ahkonulması Suçu (TCK m. 234)*, s. 601.

³¹⁵ <https://sozluk.gov.tr/?kelime=> (Çevrimiçi): E.T: 10.10.2019.

³¹⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt*, s. 3779.

³¹⁷ Elmas, *a.g.m.*, s. 17.

³¹⁸ Gülşen, *Çocukların Kaçırılması ve Ahkonulması Suçu (TCK m. 234)*, s. 602,603; Yaşar/Gökcan/Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt*, s. 6964, 6965; Tezcan/Ertem/Önok, *a.g.e.*, s. 1048; Malkoç, *a.g.e.*, s.3747.

alıkonulması suçunun “Hukuka Aykırılık Unsuru” başlığında ifade edildiği üzere, mutlak olarak tasarruf edilebilecek bir hakkın, rıza göstermeye ehil sahibi tarafından gerçekleştirilebilecektir. Bu suç için çocuğun rızası tipikliğin oluşması için gereklidir, çocuk esasında korunan hukuki değer olan velayet vesayet hakkının sahibi olmadığı için rızası geçerli değildir.

Bu noktada kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ile bir karşılaştırma yapmak gerekirse, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu için 15 yaşına kadar, çocuğun rızasının geçerli olmaması durumu daha önce ifade edilmişti. Buna göre, Yargıtay, kararlarında 15 yaşını tamamlamış çocuğun hürriyetine dair kısıtlamalara yönelik rızasını kabul etmiştir. Bu yaklaşım doktrinde oldukça eleştiri alan bir yaklaşım olmuştur. Görüşler genel itibariyle, çocuğun yaşı hakkında herhangi bir sınırlama yapmadan, çocuğun ayırt etme yeteneğine göre rızasının geçerli olup olmadığını tespit etmek yönündedir.³¹⁹ Zira kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun çocuklara yönelik gerçekleştirilmesini nitelikli haller arasında düzenleyen m.109/3-f, “*çocuğun ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı*” işlenmesi şeklindedir. Çocukla ilgili herhangi bir yaş sınırlaması getirilmemiştir. Bunun yanı sıra TMK m.16’ya göre ayırt etme gücüne sahip her küçük, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını tek başlarına kullanmaya yetkilidir. Yargıtay’ın, cinsel ilişkiye varmayan münasebetlerin 15 yaşından büyük çocuğun rızasına bağlı olarak suç oluşturmamasını (TCK m.104), hürriyeti tahdit suçu için de bir kıstas olarak kabul etmesi kıyasa varan bir yorum olarak nitelendirilmiştir.³²⁰ Ancak Yargıtay’ın artık yerleşmiş bulunan, sadece 15-18 yaş arasındaki çocukların rızalarını hürriyeti tahdit suçu açısından geçerli bulması sebebiyle, çocuğun rızasına önem atfedilmeyen evi terk eden 15 yaşını tamamlamış çocukları alıkoyma hususunda bir tartışma konusu olmayacak, m.109 anlamında rızaları geçerli olsa bile m.234 bakımından geçerli görülmeyecektir. Yaşar/Gökcan/Artuç’a göre m.234/3 metninde “rızası olsa bile” ifadesinin kullanılmasının sebebi de budur. TCK m.109’a

³¹⁹ Meral Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, İstanbul, 12 Levha, 2012, s. 134-136; Tezcan/Erdem/Önok, **a.g.e.**, s. 534,535; Özbek/Doğan/Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 338,339, Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt**, s. 3736,3737; Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s.451-453 ; on iki yaşını sınır kabul eden Kirizoğlu, bkz. Bayraktar v.d., **a.g.e.**, s. 83,84.

³²⁰ Şahin, **a.g.e.**, s.135.

göre cezalandırılmayacak bir durumun bu maddeyle cezalandırılabilmesi ifade edilerek 15 yaşından büyük çocukların rızası geçersiz sayılmıştır.³²¹ Bu iki suçu ayıran diğer husus m.234/3'ün uygulanabilmesinin ancak bu fıkrada belirtilen diğer fiil unsurlarının gerçekleşmesi halinde mümkün olabilmesi, diğer durumlarda m.109'un uygulanmasıdır. Yani eğer çocuk, ailesinden izin almaksızın kendi iradesiyle bir başkasının yanına gidiyor ve bu kişiler de aileye haber vermiyorlarsa m.234/3'teki suç, çocuğun 234/1'deki kişiler haricindeki üçüncü kişiler tarafından kaçırılması, çocuğun isteği ya da iradesi dışında, zorla bir yerde tutulması halinde 109. madde uygulanacaktır. Yargıtay'ın sınır olarak kabul ettiği 15 yaşını tamamlamış çocuklar için rızalarıyla gitmeleri durumunda 109. madde uygulanamayacak, ancak yine unsurları varsa m.234/3 uygulanacaktır. Yargıtay kararları da aynı yöndedir.³²²

15 yaşını tamamlamış çocuklar için durum böyleyken, 15 yaşından küçük çocukların hem m.109 hem de m.234/3 bakımından rızalarının zaten geçersiz kabul edilmesi sebebiyle, hangi düzenlemenin uygulanması gerektiği tartışmalı hale gelmiştir. Yaşar/Gökcan/Artuç, 15 yaşından küçükler için ayırt etme gücünün öneminin bulunduğu yönündeki görüşlerin kabulü durumunu dikkate almıştır; buna göre 15 yaşından küçük çocuk eğer ayırtım gücüne sahipse m. 109 anlamında rızası

³²¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt**, s. 3778.

³²² “Sanığın, 17 yaşı içinde olan mağdureyi rızası ile yanında tuttuğu yönündeki savunması, mağdurenin ise sanığın savunmasını doğrular nitelikteki anlatımı ile evden arkadaşına gidiyorum diyerek çıkıp sanığın yanına gittiği şeklindeki beyanı karşısında; mağdurenin, sanığın yanında rızası ile kaldığının kabulü ile sanığın kanuni temsilcinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu rızasıyla yanında tutup çocuğun ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeme eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 234 /3. maddesinde yer alan suçu oluşturacağı gözetilmeden, TCK'nın 109. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraat hükmü kurulması” **Y14CD 14.11.2013 tarihli, E.2011/22911-K. 2013/11556 sayılı karar.** “Suç tarihinde 17 yaşında olan mağdurenin kanuni temsilcisinin bilgi ve rızası dışında evi terk edip sanığın yanına giderek yaklaşık 13 gün süreyle kendi rızasıyla sanıkla birlikte kaldığı, sanık tarafından da bu durumun mağdurenin ailesine bildirilmediği olayda, mağdurenin kendi isteği ve kanuni temsilcisinin haberi olmadan evden kaçarak sanığın yanına gitmesi, sanığın yetkili makamlara ve mağdurenin ailesine bilgi vermeden mağdureyi yanında tutması karşısında sanığa atılı çocuğun alıkonulması suçunun tüm unsurları itibariyle oluştuğu kabul edilmelidir.” **YCGK 9.06.2015 tarihli, E.2013/14-668 - K.2015/202 sayılı karar** (KAZANCI) “Kayden 23.06.1994 doğumlu olup suç tarihinde onyediyi yaşı içerisinde bulunan mağdurenin cebir, tehdit veya hile kullanılmaksızın sanıkla beraber onun evine gittiği mahkemece kabul edildiği halde, kanuni temsilcinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan sanığın eyleminin TCK'nın 234/3. maddesinde yer alan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturacağı gözetilmeden, yazılı şekilde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraatine karar verilmesi” **Y14CD 04.05.2016 tarihli, E.2016/5564-K. 2016/4598 sayılı karar.**

geçerli olacak ve m.234/3 uygulanacak, ayırt etme gücüne sahip değilse m.109 oluşacaktır.³²³ Gülşen, 15 yaşının altındaki çocuklar için geçerli olmayan rıza hususunun bu suç için de geçerli olduğunu ileri sürmüş, m.234/3'ün oluşabilmesi için çocuğun geçerli rızasını aramıştır. Dolayısıyla bu görüşe göre 15 yaşının altındaki çocukların rızası geçerli olmadığından m.109/3-f'ye göre yargılama yapılacaktır.³²⁴ Bu halde 234. maddenin kapsamı daralacak, yalnızca 15-18 yaş arasındaki çocuklar için uygulanması söz konusu olacaktır. Yargıtay 14. Ceza Dairesi ise önceleri bu iki suç arasındaki uygulama problemini başka bir hususu göz önüne alarak çözmeye çalışmıştır. Birçok kararında sanığın çocuğa karşı hukuka aykırı veya suç teşkil eden herhangi bir eyleminin bulunmaması nedeniyle m.109'un değil, m. 234/3'ün uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.³²⁵ Evi terk eden 15 yaşını bitirmemiş bir çocuğu cinsel amaçla yanında tutma halinde ise hukuken geçerli bir rıza olmadığı için m.109'un gerçekleştiği kararlarda belirtilmiştir.³²⁶ Ancak son yıllarda Yargıtay

³²³ Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt**, s. 3778, 3779; Koca-Üzülmez de bu görüş çerçevesinde, çocuğun yaşına bakılmaksızın, algılama yeteneğine sahip olması halinde m.109'un değil, m.234'ün uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Koca-Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 453.

³²⁴ Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 602,603.

³²⁵ “Sanığın kaldığı evden ailesine haber vermeden ayrıldığını bildiği 15 yaşından küçük olduğu anlaşılan mağdureyi ailesine veya yetkili makamlara haber vermeden ve kendisine yönelik suç teşkil eden hiçbir eylemde bulunmadan bir gece yanında kalmasını sağladığı dosya içeriği ile sabit olduğu, mevcut haliyle sanığın eyleminin şikayete tabi olup TCK.nın 234/3. Maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturduğu halde suç vasfında yanılığa düşerek kişiyi hürriyetinden yoksun kılma yazılı şekilde hüküm kurulması” **Y14CD 17.04.2013 tarihli, E.2012/15182-K.2013/4650 sayılı karar** aktaran Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6983 “...suç tarihinde 14 yaş içerisinde bulunan mağdurenin kendi rızası ile sanık R. ile birlikte H.ya giderek diğer sanık O. evinde yaklaşık 13 gün kaldığı ve bu süre zarfında sanıklar tarafından mağdureye yönelik yapılan cinsel bir eyleminde bulunmadığı gözetildiğinde, cinsel amaç ve buna yönelik bir eylem gerçekleştirilmediği için TCK.nın 109/1. maddesinde düzenlenen suçun unsurlarının bulunmadığı, ancak mağdurenin çocuk olması nedeniyle kanuni temsilcilerinin izni ve bilgisi dışında evi terk eden çocukla ilgili, anne ve babasının habersiz olmaları nedeniyle TCK.nın 234/3. maddesinde düzenlenen suçun olduğu gözetilerek sanıkların anılan madde uyarınca cezalandırılması yerine yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi” **14CD 18.02.2014 tarihli, E.2013/4696-K.2014/1818 sayılı karar** “Kayden 16.01.1991 doğumlu olup, suç tarihinde 15 yaşından küçük bulunan mağdurenin cebir, tehdit veya hile kullanılmaksızın sanıkla gönüllü olarak birlikte kaçtığı, sanığın mağdureye yönelik hukuka aykırı herhangi bir eyleminin bulunmaması ve soruşturmanın mağdurenin babası müşteki Aydın'ın ihbarı üzerine başladığının anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin TCK.nın 123/3. Maddesi kapsamında çocuğun alıkonulması suçunu oluşturduğu gözetilmeden beraatinde karar verilmesi” **Y14CD 05.02.2014 tarihli, E.2012/11147-K.2014/1126 sayılı karar** (www.corpus.com.tr).

³²⁶ “15 yaş içinde ancak bu yaşı henüz ikmal etmemiş olan mağdure ..., gönül ilişkisi kurduğu 19 yaşındaki arkadaşını sanık ... ile evden kaçarak Afyon iline gittikleri, orada bir evde bir gece kaldıkları, sanığın evde iken basit cinsel istismar düzeyinde eylemlerde bulunduğu, ertesi gün geriye dönerek sanığın annesinin evinde kalmaya başladıkları, müşteki babanın müracaatı ve şikayeti nedeniyle kolluğa ifade verdikleri” **14CD 12.02.2014 tarihli, E.2012/3707-K.2014/1546 sayılı karar** ve “15

Ceza Genel Kurulu, 15 yaşından küçük çocuğun rızasının geçerli olmaması nedeniyle bu ayrımı kaldırmış, mağdura yönelik hukuka aykırı herhangi bir eyleminin olmaması gerekçeleriyle eylemin çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturduğuna hükmeden 14. Ceza Dairesinin kararlarını hukuka aykırı bulmuştur.³²⁷ Bu kararlarla birlikte TCK m.234/3 hükmünün, sadece evi terk eden 15

yaşı içinde ancak bu yaşı henüz ikmal etmemiş olan mağdure ..., gönül ilişkisi kurduğu 18 yaşını yeni ikmal etmiş olan arkadaşı sanık ... ile evden kaçarak 15 gün kadar bulundukları belde dışında yaşayıp, cinsel olarakta birlikte olmuşlar, ailelerin kabul ve rızalarından sonra geriye dönerek sanığın anne ve babasının evinde yaşamaya başlamışlardır.” **Y14CD 11.02.2014 tarihli, E.2012/3923 - K.2014/1429 sayılı karar** (KAZANCI) Verilen kararlarda Yargıtay, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğunu kabul etmiştir. Başka bir karar, “Nüfus kayıtlarına göre suç tarihinde 15 yaşından küçük olan mağdurların hukukten geçerli olmayan rızalarının eylemi hukuka uygun hale getirmeyeceği, eylemin cinsel amaçla çocuğu hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturacağı gözetilmeden, sanığın TCK’nın 109/1, 109/3-f ve 109/5. Maddeleri uyarınca cezalandırılması yerine suç vasfında yanılığa düşerek unsurları oluşmayan, 15-18 yaş grubu için uygulanabilen TCK’nın 234/3. Maddesinde tanımlanan kanuni temsilcisinin bilgisi ve rızası dışında evi terk eden çocuğun alıkonulması suçundan hükümler kurulması” **Y14CD 25.02.2013 E.2011/8159-K.2013/1830** (www.corpus.com.tr) şeklindedir. Önceki dipnottaki **14CD 18.02.2014 E.2013/4696-K.2014/1818** sayılı kararda da “cinsel amaç ve buna yönelik bir eylem gerçekleştirilmediği için TCK’nın 109/1. maddesinde düzenlenen suçun unsurlarının bulunmadığı” ifade edilmiştir. Ayrıca yurdu terk eden çocuğu cinsel amaçla alıkoyan kişinin fikri içtima (m.44) hükmü gereğince daha ağır cezayı gerektiren m. 109 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki karar **Y14CD 09.07.2012 tarihli, E.2012/7939-K.7860 sayılı karar** aktaran Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. Cilt**, s. 6741.

³²⁷ “...Yargıtay 14. Ceza Dairesince 11.12.2013 gün ve 22278-13120 sayı ile; “Mağdurenin cebir, tehdit veya hile kullanılmaksızın sanıkla gönüllü olarak birlikte kaçması, sanığın mağdureye yönelik hukuka aykırı herhangi bir eyleminin bulunmaması ve soruşturmanın mağdurenin babasının ihbarı üzerine başladığının anlaşılması karşısında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurları oluşmayıp, eylemin TCK’nın 234/3. maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturduğu, ancak 5237 sayılı TCK’nın 234/3. maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun takibinin şikâyetle bağlı olduğu, mağdurenin babası müşteki Metin ‘in 14.08.2007 tarihinde sanığın da hazır bulunduğu sulh ceza mahkemesindeki beyanında şikâyetçi olmadığını beyan etmesi karşısında, düşme kararı yerine yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması” isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir...

Birinci kategoride yer alan “onbeş yaşını tamamlamamış” çocukların kendi iradeleriyle serbestçe hareket etme hakkı, niteliği itibarıyla üzerinde mutlak surette tasarruf edebilecekleri bir hak olmadığından, bu haklarının ihlaline yönelik olarak gerçekleştirilen eylemlerle ilgili gösterdikleri rıza, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Buna karşın ikinci kategoride yer alan “onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış” çocuklara karşı işlenen suçlarda ise, mümeyyiz olmaları halinde rızaları hukuka uygunluk nedeni olabilecektir...

Sanığın 15 yaşından küçük mağdureyi evlenmek amacıyla rızasıyla kaçırıp yakın başka bir ildeki akrabalarının evine götürerek orada bir müddet alıkoyduğu somut olayda, mağdurenin rızası hukukten üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmadığından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla 15 yaşından küçük mağdurenin rızasıyla bile gerçekleşmiş olsa bu eylem TCK’nın 109/1, 109/3-f, 109/5. maddelerinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır. Bu nedenle, yerel mahkeme hükmünün, Özel Dairece mağdurenin sanıkla gönüllü olarak kaçması, sanığın mağdureye yönelik hukuka aykırı herhangi bir eyleminin olmaması gerekçeleriyle eylemin çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturduğundan bahisle bozulmasına karar verilmesi isabetli değildir.” **YCGK 17.02.2015 tarihli, E.2014/307-K.2015/8 sayılı karar.**

ile 18 yaşları arasındaki çocukları yanında tutma fiili için uygulanmasına imkan verilmiş bulunmaktadır. Bizce Yargıtay'ın bu görüşü kanun koyucunun iradesiyle çelişmektedir. Zira kanun koyucu herhangi bir yaş sınırlaması yapmak isteseydi ve 15-18 yaş aralığındaki çocukların alıkonulmalarıyla ilgili hürriyeti tahdit suçu isnat edilemeyecek hallerde bu hükmün uygulanması yönünde bir niyet gütseydi bunu madde metninde belirtmesi gerekirdi. Buradaki karmaşıklığın, aslında yine Yargıtay'ın içtihatlarıyla yerleşen 15 yaşından küçüklerin hürriyeti tahdit suçlarında mümeyyiz olup olmadıklarına bakılmaksızın rızalarının geçersiz olduğunun kabul edilmesi ile ilgili olduğunu düşünmekteyiz. Eğer doktrindeki genel görüşe uygun şekilde yaşı ne olursa olsun ayırt etme gücüne sahip küçüğün hakkında karar verebileceği bir durum ile ilgili olarak gösterdiği rızanın hürriyeti tahdit suçu yönünden geçerli olduğu kabul edilebilirse, bu suçtan dolayı ceza almayan kişilerin, yine de veli ve vasinin haklarını koruyan bu hükümle cezalandırılabilmesi mümkün olacaktır. Aslında bu durum, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30.09.2014 tarihli ve 2014/389 E., 2014/413 K. sayılı kararında çoğunluk görüşün evi terk eden 15 yaşından küçük çocuğun alıkonulmasının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçun nitelikli halini oluşturduğu yönündeki kararına karşın, muhalif oy kullanan altı Genel Kurul üyesi tarafından da belirtilmiştir:

“Çoğunluk görüşüne katılmayan altı Genel Kurul Üyesi; "TCK'nun 103 ve 104. maddelerinde mağdur çocuklar yönünden yapılan 15 yaşından küçük ve büyük şeklindeki ayrımın aynı Kanunun 109. maddesinde öngörülmemesi nedeniyle bu maddeye de teşmil edilmesinin kanunilik ilkesi çerçevesinde 'maddi ceza hukukunda sanığın aleyhine kıyas yapılamaması' prensibine

Yine, mağdurun Selçuk ilçesinden kaçarak sanığın bulunduğu Bergama ilçesine gidip birlikte dört gün kaldıkları olayda verilen karar, “Sanığın yaşı küçük mağdureyi rızasıyla kendi ikametinde dört gün süre ile alıkoyduğu olayda; kanuna, adaba ve genel ahlaka aykırı olan mağdurenin rızası haksızlık bilinciyle hareket eden sanığın ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Dolayısıyla yaşı küçük mağdurenin hukuken geçerli sayılan rızası bulunmadan gerçekleşen bu eylem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır. Bu nedenle, yerel mahkeme hükmünün, Özel Dairece mağdurenin sanığın evine cebir, tehdit veya hile kullanılmaksızın gitmesi ve sanığın mağdureye yönelik hukuka aykırı herhangi bir eyleminin olmaması gerekçeleriyle eylemin çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturduğundan bahisle bozulmasına karar verilmesi isabetli değildir.” şeklindedir. **YCGK 21.03.2017 tarihli, E.2014/468 - K.2017/181 sayılı karar.**

Bu kabul nedeniyle Yargıtay 14. Ceza dairesi de bu yönde karar vermiştir. Örneğin: “suç tarihinde onbeş yaşından küçük olup kaldığı yurttan kaçan mağdureyi, bu durumunu bilerek bir gece evinde tutan sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 109/1, 3-f maddeleri kapsamında kaldığı gözetilmeden suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde aynı Kanunun 234/3 maddesi le hüküm kurulması” **Y14CD 22.05.2017 E.2017/2053-K.2017/2782** (www.corpus.com.tr).

aykırılık oluşturacağı, aksine yorum ve uygulamaların 12-15 yaş grubunda olup algılama ve iradesini yönlendirme yetenekleri gelişmiş çocukların sanık olarak yargılanabilmesini kabul eden Türk Ceza Kanununun sistematığına uymayacağı, Türk Medeni Kanununda çocukların ayırt etme güçlerinin tespiti anlamında bir yaş sınırının kabul edilmediği, 15.04.1942 gün ve 14-9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da -yaş sınırı belirlenmeden- mümeyyiz küçüklerin doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahip bulunduklarının belirtildiği, tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde 12 yaşını bitirip ayırt etme gücüne sahip olan ve ailesiyle kaldığı evi terk eden çocuğu, ailesini ve yetkili makamları haberdar etmeden yanında tutma eyleminin TCK'nun 234/3. maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturacağı, bu nedenlerle somut olayda sanığın eyleminin TCK'nun 109. maddesi kapsamında değil, aynı Kanunun 234/3. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği " görüşüyle itirazın reddi gerektiği yönünde karşı oy kullanmışlardır."

Suçun oluşması için gereken, fiili oluşturan bir diğer unsur çocuğu "ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin" yanında tutmaktır. Çocuğun ailesinden kasıt; anne, baba veya kardeşler olabileceği gibi birlikte yaşadığı kimseler de bu kapsamda sayılabilecektir.³²⁸ Yetkili makamlar ise vesayet makamı ya da kolluk makamları³²⁹ olarak ifade edilebilir. Sayılan bu kişilere haber vermeksizin yanında tutmak, suçu oluşturacaktır. Dolayısıyla yükümlülük altındaki kişi bu yükümlülüğünü yerine getirmediği için bu suçun ihmali bir suç olduğunu ifade etmek

³²⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6965.

³²⁹ Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 601, Yaşar/Gökcan/Artuç "zabıta makamları" ifadesini kullanmıştır, Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6965; Tezcan/ Erdem/ Önok'a göre ise yetkili makamlardan kasıt sadece, çocuğun korunması için bırakılan özel veya resmi kurumlardır, Tezcan/ Erdem/ Önok, **a.g.e.**, s. 1047.

gerekir.³³⁰ Yargıtay haber vermenin olayın kendi özelliklerine göre makul bir süre içerisinde gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir.³³¹

Çocuğu “yanında tutmak”, doktrinde alıkoyma ile özdeşleştirilmiştir.³³² Tekrar belirtmek gerekir ki yanında tutma, çocuğun iradesinden bağımsız, zorla tutma şeklinde değil, evi terk edip yanına gelen çocuğu ailesine veya yetkililere bildirmeyip, yanında kalmasına izin vermek suretiyle gerçekleşir. Ayrıca failin çocuğu evine almasına gerek olmayıp başka bir yere götürebileceği gibi bizzat yanında tutmayıp kalacak yer tahsis etmesi de yeterlidir.³³³ Aslında bu itibarla fiilin icrai bir yönünün de olabileceği düşüncesi yanlış olmaz. Ancak suç, makul bir zaman içerisinde çocuğun kendisine geldiğini bildirmeyip yanında bulunmasına izin vermekle tamamlanacaktır. Bundan sonra bu suçun oluşabilmesi için failin başka bir hukuka aykırı davranış sergilemesine gerek yoktur. Çocuğun failin yanından ayrılmasıyla da suç sona ereceğinden mütemadi bir suçtur.³³⁴ Çocuğu yanında tutmayan kişinin ihbar yükümlülüğü de bulunmamaktadır.³³⁵

B. Suçun Manevi Unsuru

Evi terk eden çocuğu yanında tutma suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Kast, doğrudan veya olası kast şeklinde olabilir. TCK m. 21/1 gereği de failin bütün unsurları bilmesi gerekmektedir. Bu nedenle failin yanında tuttuğu kişinin çocuk

³³⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6965, Artuk/Gökcan/Yenidünya, **Türk Ceza Hukuku Şerhi 5. Cilt**, s. 6732; Elmas, **a.g.m.**, s.17. Yargıtay da bu suçun ihmali davranışla işlendiğini kabul etmiştir: “Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun maddi unsuru çocuğun kendi rızası ile evini terk etmesi ve yanında bulunduğu kişinin de ihmali bir davranışla bildirimde bulunmaması olup, olayda TCK’nın 234/3 maddesindeki suçun oluşmadığı anlaşıldığından...” **Y14CD 03.04.2013 tarihli, E.2011/9603-K.2013/3866 sayılı karar** (www.corpus.com.tr).

³³¹ “...Fail, çocuğun ailesine veya yetkililere bildirme yükümlülüğünü somut olaya göre belirlenebilecek makul bir süre içerisinde yerine getirdiği takdirde, çocuğu yanında tutsa bile eylemi suç teşkil etmeyecektir.” **YCGK 21.03.2017 E.2014/468 - K.2017/181**.

³³² Tezcan/ Erdem/ Önok, **a.g.e.**, s. 1047; Malkoç, **a.g.e.**, s. 3746,3747, ayrıca Gülşen ve Nuhoğlu “yanında tuma” fiilini, “çocuğa barınma ve geceleme imkanı sunulması” olarak tanımlamışlardır . Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 600;Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.190.

³³³ Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 600;Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.191; Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6965.

³³⁴ Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 604; Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6973.

³³⁵ Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 601; Malkoç, **a.g.e.**, s.3747.

olduğunu, çocuğun evi kanuni temsilcisinin bilgisi ve rızası olmaksızın terk ettiğini bilmesi, öngörmesi ancak bunlara rağmen ailesine veya yetkililere haber vermeksizin yanında tutması gerekmektedir. Bu unsurları bilmeyen kişi kasıt yokluğu nedeniyle sorumlu olmaz. Ayrıca bu unsurların oluşmadığı konusunda hataya düşen kişi TCK m.30/1’de belirtilen taksirli bir sorumluluk hali söz konusu olmadığı için cezalandırılmayacaktır. Fail yanında tuttuğu kişinin on sekiz yaşından büyük olduğunu zannediyorsa hataya düşmüş sayılır. Bunun yanı sıra hukuka aykırılık unsurunda değinileceği üzere, madde metninde kanuni temsilcinin rızasının olmaması arandığından, mağdurun rızası bu suç için maddi unsur olarak kabul edildiğinde yine maddi unsorda hata gereği taksirle cezalandırılmadığı için cezasızlık söz konusu olacaktır.

Fiil gerçekleştirilirken suçun kanuni tanımında özel bir kastın aranmaması nedeniyle evi terk eden çocuğu yanında tutma suçu genel kastla işlenen bir suç niteliğindedir. Suçun taksirle işlenebilmesi için TCK m.22/1 hükmü gereği, kanunda açıkça belirtilmiş olması gerekir. Bu suçun taksirli hali maddede düzenlenmediği için suç, taksirle işlenemeyecektir.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda olduğu gibi yanında tutma fiilinin, meşru müdafaa kapsamında değerlendirilebilmesi mümkündür. Çocuğun ailesinden gelen, geleceği veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırının varlığı nedeniyle yanına gelen çocuğu haber vermeksizin yanında tutan kişinin eylemi hukuka uygun olacaktır.³³⁶

Hukuka uygunluk nedenlerinden rıza ile ilgili ilk olarak belirtilmelidir ki, çocuğun rızası temelde korunan hukuki değer olan velayet vesayet hakkının kendisine ait olmaması, dolayısıyla da üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak bulunmaması nedeniyle geçerli sayılmamıştır. Bu konuyla ilgili ayrıntılar, belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda verilmişti.

³³⁶ Nuhoglu, **a.g.e.**, s.195,196; Gülşen, **Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)**, s. 604; Yaşar/Gökcan/Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt**, s. 6968,6969

Daha önce belirtildiği üzere bu suçun oluşması için çocuğun rızasının bulunması gereklidir. Aksi halde bu suç oluşmaz.

Velayet ve vesayet sahibinin rızası ise suçun oluşmasına engel olacaktır. Ancak, “*kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuk*” ifadeleriyle pek çok suçtan farklı olarak madde metninin içerisinde rızanın olmaması suçu oluşturan bir etken olarak düzenlenmiştir. Yani, ilgilinin rızası herhangi bir açık hüküm gerektirmeksizin, TCK genel hükümler gereği zaten bir hukuka uygunluk sebebiyken tekrar madde metninde belirtmenin ne gibi bir amacı olabilir, düşüncesi akla gelebilecektir. Doktrinde, başkaca suçlarda da karşılaşılan bu durum için çeşitli görüşler bulunmaktadır.³³⁷ İlk olarak bir görüş, tipikliğin gerçekleşmesi halinde hukuka aykırılığın karine olarak var olduğu kuralına dayanmaktadır. Bu görüşe göre, fiilin rıza olmadan gerçekleşmesi gerektiğinin madde metninde ayrıca belirtildiği suç tiplerinde, hukuka uygunluk nedenlerinden rızanın, ilk olarak araştırılması gereken bir husus olduğunu belirtmek için böyle bir yöntem uygulanmıştır. Başka bir görüşe göre bu şekildeki düzenlemelerde rıza, fiil unsurunun içinde yer almaktadır. Bir diğer görüşe göre ise eğer madde metninde mağdurun “rızası bulunmaksızın” gibi ifadeler suçu oluşturan unsurlardan birini niteler halde ise rıza artık tipikliği oluşturan bir unsur haline gelmiştir. Eğer genel bir ifade ise hukuka uygunluk sebebi olarak araştırılması gerekir.

Maddi unsura ilişkin görüşler esas alındığında kanuni temsilcinin rızası olmadan evi terk etme şeklinde suçun konusunun içerisinde yer alan bir hususun nitelenmesi dolayısıyla, tipikliği oluşturan bir unsur olarak kabul edilebilir. Bu durumun mevzubahis suç açısından pratik önemi “hata” konusunda ortaya çıkmaktadır. Zira kanuni temsilcinin rızası tipikliği oluşturan bir unsur olarak kabul edilirse, rızanın varlığına dair bir hata, maddi unsurda hata kabul edilecek ve suçun taksirli hali düzenlenmediği için kişiye ceza verilmeyecektir. Eğer hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilirse, bir görüşe göre bu kez hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata söz konusu olacak ve kaçınılmaz bir hata ise yine fail sorumlu tutulmayacaktır (m.30/3). Ancak hatanın kaçınılabilir olması halinde kişi

³³⁷ Bu görüşler ve başkaları için, ayrıca bu konudaki bir değerlendirme için bakınız, Şahin, **a.g.e.**, s. 84-90.

işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak, ancak TCK m. 61 kapsamında temel cezanın belirlenmesinde göz önünde tutulacaktır. Başka bir görüşe göre ise kastı kaldıran hata olacak ve bu suç için yine cezalandırma yapılmayacaktır (m.30/1).³³⁸

IV. KUSURLULUK

Kusur konusu ile ilgili genel açıklamalar belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda yapılmıştır. Evi terk eden çocuğu yanında tutma suçu ile ilgili olarak ayrıca bir özellik göstermemektedir.

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

Evi terk eden çocuğu yanında tutma suçunda, kanun koyucu faile bir bildirim yükümlülüğü yüklediğinden, bu davranışın gerçekleştirilmemesi halinde suç oluşacaktır, dolayısıyla gerçek ihmali³³⁹ bir suç söz konusudur. Gerçek ihmali suçlara teşebbüs mümkün olmadığından³⁴⁰ bu suçun teşebbüs aşamasında kalması mümkün değildir.

B. İştirak

Evi terk eden çocuğu yanında tutma suçu, faillik bakımından bir özellik göstermediğinden genel iştirak hükümleri uygulanacaktır.

³³⁸ Hukuka uygunluk sebeplerinin hangi hata kapsamında değerlendirileceğine yönelik görüşler için bakınız, Koca-Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 298-305, Özgenç, **a.g.e.**, s. 446-452, Özen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri.**, s. 518-520 Hukuka uygunluk nedenlerinin (veya ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin) koşullarında hata olduğu kabul edildiği takdirde, kaçınılabılır hata halinde kişi işlediği fiilden sorumlu tutulacak fakat bu durum TCK m. 61 kapsamında temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır (bkz. TCK m.30 gerekçesi). Kaçınılabılır bir hata da olsa failin taksirli sorumluluğunun gündeme geleceği, dolayısıyla taksirle işlenemeyen suçlarda cezalandırma yapılamayacağı görüşü mevcuttur. Kaçınılabılır hata nedeniyle taksirle sorumlu tutulma için bakınız Özgenç, **a.g.e.**, s. 452; Özen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, s. 518; Hakeri, **a.g.e.**, s.458-464.

³³⁹ Koca-Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 393-396; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 232.

³⁴⁰ Koca-Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 435,436; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 236 Ali Hacıhafızoğlu, **(Teori Ve Uygulamada) Suça Teşebbüs**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013, s.172.

Çocuğun aynı ortamdaki birden fazla kişinin yanına gitmesi, bu kişilerin de ailesine veya yetkililere haber vermeyip yanında tutması ve kişilerdeki birlikte suç işleme kararının varlığı halinde müşterek faillik söz konusu olacaktır (TCK m.37/1).

Evi terk eden çocuğun yanına gittiği kişinin, ailesine ya da yetkili makamlara haber vermesi engellenirse, engelleyen kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır (TCK m.37/2).

Haberdar etmeme konusunda faili azmettiren kişi de fail gibi sorumlu olacaktır (TCK m.38). TCK m.39 gereği suçun işlenmesine yardım eden kişiye ceza, yarısı indirilerek verilecektir.

C. İçtima

Yargıtay'ın görüşü ile, 15 yaşından küçük çocuklar için m.234/3'ün değil, m.109'un uygulandığı, 15 yaşından büyük çocukların ise, m.109 kapsamında değerlendirilemeyecek, rızalarıyla gitme şeklinde gerçekleşen fiillerin ise m.234/3'ün uygulama alanında kaldığı belirtilmişti.

Burada ifade edilmesi gerek bir başka husus, rızasıyla giden 15 yaşını bitirmiş çocuğa karşı, TCK m.104 kapsamındaki şikayete tabi olan cinsel ilişkiye varan davranışların olup olmayışıdır. TCK m.103'te cinsel istismar ifadesi, 15 yaşını bitirmiş ve algılama yeteneği gelişmiş çocuklar için iradeyi etkileyen bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi olarak belirlenmiş ve bu halde cezalandırılabilceği belirtilmiştir.³⁴¹ TCK m.104/1'e göre ise “*Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” Maddede belirtildiği üzere, 15 yaşını bitiren çocukla “cinsel ilişkide” bulunmak şikayet de varsa cezalandırılır. Bu iki madde hükmüne göre cinsel ilişkiye varmayan davranışlar 15 yaşından büyük çocukların rızaları varsa cezalandırılmaz. Bu durumda şöyle bir sonuç çıkmaktadır: Çocukla eğer cinsel ilişki derecesinde olmayan bir münasebet yaşandıysa, 234/3'teki

³⁴¹ TCK m. 103/1'e göre “...Cinsel istismar deyiminden; (1) a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.”

fiil unsurları da tamamsa fail sadece 234/3'ten cezalandırılacaktır.³⁴² Eğer fail, rızasıyla gelen çocukla, rızasıyla cinsel ilişkide bulunuyorsa artık gerçek içtima hükümleri uygulanacak, hem m.234/3'ten, hem de m.104'ten cezalandırılacaktır.³⁴³

İhmali suçların TCK m. 43/1 anlamında zincirleme suç olarak işlenmesi mümkündür.³⁴⁴ Aynı çocuğun farklı zamanlarda ailesine veya yetkililere haber verilmeksizin yanında tutulması halinde zincirleme suç hükümleri gereği verilecek tek ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktır. Ancak suçun farklı zamanlarda farklı çocuklara karşı işlenmesi durumunda gerçek içtima uygulanacaktır. Birden fazla çocuğun failin yanına birlikte gelmeleri halinde aynı neviden fikri içtima söz konusu olacak TCK m.43/2 gereği yine zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Bu çocukların kardeş olmaları halinde mağdur kanuni temsilci olduğundan, tek suçun oluşması, cezanın da artırılmaması gerekecektir.

VI. MUHAKEME USULÜ VE YAPTIRIM

A. Muhakeme Usulü

5237 sayılı TCK'nın 234. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen evi terk eden çocuğu yanında tutma suçu düzenlenişi itibariyle şikayet üzerine cezalandırılmaktadır. Madde hükmünde şikayetin kim tarafından kullanılacağı

³⁴² “Mağdurun aşamalardaki beyanları, sanık savunması ve tüm dosya kapsamından sanığın reşit olmayan mağdure ile cinsel ilişkide bulunduğu dair cezalandırılmasına yeter her türlü şüpheden uzak somut ve kesin delil bulunmadığından üzerine atılı reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan beraati yerine, yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,

Sanığın, kanuni temsilcisinin bilgisi ve rızası dışında ikamet ettiği Manisa ilinden sanığın bulunduğu Kayseri iline gelen mağdureyi bir gün boyunca yanında tutması şeklinde gerçekleşen eylemde, üzerine atılı TCK 234/3 mad. belirtilen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu işlediği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, müsnet suçtan mahkumiyeti yerine oluşa uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi,” **Y14CD 11.09.2018 tarihli, E.2015/4719 - K.2018/5106 sayılı karar (KAZANCI).**

³⁴³ Aynı yönde, Nurullah Kantarcı, **Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 211,212. Yargıtay kararları da aynı yöndedir. Örneğin; “İddianame anlatımından ve tüm dosya kapsamından suç tarihinde 16 yaşında olan mağdurenin cebir, hile, tehdit olmaksızın yaşı itibarıyla geçerli rızasına istinaden sanıkla buluşarak İstanbul'a gidip 10 gün kadar kaldıkları ve bu sürede mağdure ile cinsel ilişkiye girdiklerinin anlaşıldığı ve mağdurun anne ve babasının şikayetçi olması sebebiyle eylemin bütün halinde evi terk eden çocuğu yetkili makamlara bildirmeme ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğunun anlaşıldığı karşısında” **14CD 27.03.2019tarihli, E.2015/9151-K.2019/8567 sayılı karar.**

³⁴⁴ Koca-Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 522.

belirtilmemiştir. TCK m.73/1'e göre "*Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikayette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz.*" Yetkili kimseden kasıt aslında, suçun düzenlenmesi ile korunmak istenen hukuki değer sahibidir.³⁴⁵ Evi terk eden çocuğu yanında tutma suçunda aslen korunan hukuki değer velayet ve vesayet hakkı olduğundan şikayet hakkı da bu hakka sahip kişilere aittir. Çocuk mağdur olarak kabul edilse de rızasına geçerlilik tanınmadığı için şikayet hakkı da olmayacaktır.³⁴⁶ Yargıtay da şikayet hakkının veli ve vasiye ait olduğuna, çocuk tarafından kullanılamayacağına yönelik karar vermiştir.³⁴⁷ Yargıtay ayrıca, hakkında bakım tedbiri alınmış çocuğun haber vermeksizin tutulması halinde şikayet hakkının Aile Ve Sosyal Politikalar Bakanlığında olduğunu kabul etmiştir.³⁴⁸

Şikayet süresi madde metninde belirtildiği üzere, kanuni temsilcinin fiili ve failin kim olduğunu öğrendiği günden itibaren (m.73/2) altı aydır. Çocuk anne ve babanın velayeti altında ise süre her ikisi bakımından, fiili ve faili öğrendikleri ana bağlı olarak değişecektir, birinin süreyi geçirmesi, diğerinin hakkını etkilemeyecektir (m.73/3). Şikayet, Cumhuriyet Başsavcılığına, kolluk makamlarına; Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmek üzere valiliğe, kaymakamlığa, mahkemeye; yurt dışında işlenen suçlar için elçilik ve konsolosluklara yazılı veya tutanağa geçirilmek şartıyla sözlü olarak yapılabilir (CMK m.158).

³⁴⁵ Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 527.

³⁴⁶ Mustafa Özen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, s. 925,926.

³⁴⁷ "Aile düzenine karşı işlenen suçlar arasında sayılan ve yasal temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuk hakkında ailesinin endişe içinde kalmasının önlenmesini amaçlayan dava konusu suçta, korunan hukuki yarar, velinin aile hukukundan kaynaklanan velayet hakkı ile ilgili bulunup suçun mağdurunun veli veya kanuni temsilci olduğu, evi terk eden çocuğun ise bu suçun ancak konusunu oluşturduğu anlaşılması karşısında, onaylı nüfus kayıt örneğinden 17 yaş içerisinde olduğu görülen çocuğun velisi katılan Sevcan'ın şikâyetinin devam etmesine rağmen, sanık hakkında atılı suçtan açılan kamu davasının ailesini veya yetkili makamları haberdar etmeksizin yanında tuttuğu Meral'in şikâyetinin bulunmadığından bahisle düşürülmesine karar verilmesi" **Y14CD 27.01.2014 tarihli, E.2012/8626 - K.2014/842 sayılı karar (KAZANCI).**

³⁴⁸ "Kayden 01.01.1997 doğumlu olup suç tarihinde on yedi yaş içerisinde bulunan ve olay tarihinde yurttan kaçan mağdure ile sanık...'ın yaklaşık bir ay süreyle diğer sanık ...'in evinde, ailesine ve yetkili makamlara haber vermeksizin kalmaları, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının şikayeti üzerine soruşturmaya başlanması ve mağdurenin suç tarihinde Nazilli Aile Mahkemesinin bakım tedbirinin uygulanmasına dair kararına istinaden Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına ait yurttan kaldığının dosya içeriğinden anlaşılması karşısında şikayet hakkının katılan bakanlıkta olduğu gözetilerek sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken, yazılı şekilde mağdurenin annesi Keziban'ın şikayetçi olmadığından bahisle kamu davalarının düşmesine karar verilmesi" **Y14CD 29.12.2016 E.2016-9937-K.2016/8770 (www.corpus.com.tr).**

Şikayet hakkına sahip olan kanuni temsilcinin şikayetten vazgeçme için de yetkili olduğu belirtilmelidir. Kanuni temsilcilerden birinin şikayetten vazgeçmesi diğerininkini etkilemeyecektir. Suç iştirak halinde işlenmişse şikayetten vazgeçme her biri için geçerli olur (m.78/5).

CMK m. 253/1-b-4'e göre çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu şikayete tabi olup olmadığına bakılmaksızın uzlaşma hükümlerine tabidir. Uzlaşma, kanuni temsilciye teklif edilecektir.

Belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda belirtildiği gibi, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11 ve 12. maddeleri uyarınca, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir. Suçun yargılaması için yetkili mahkeme ise 5271 sayılı CMK'nın 12. maddesi gereği suçun işlendiği yer mahkemesidir. Evi terk eden çocuğu yanında tutma suçu mütemadi bir suç olduğundan, yine aynı hükme göre, suç başka bir yerde sona ermişse, kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesi yetkili olacaktır.

TCK m.66/1-e ve 6 gereği dava zamanaşımı kesintinin gerçekleştiği tarihten itibaren sekiz yıl olarak belirlenmelidir.

B. Yaptırım

Evi terk eden çocuğu yanında tutma suçunun yaptırımı, bir aydan üç yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir. Cezanın belirlenmesindeki kıstaslar belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda belirtildiği gibidir.

24.10.2019 tarihinden önce, şikayete tabi olduğu ve ceza üst sınırı bir yıl olduğu için CMK m.171/2 gereği Cumhuriyet Savcısı bu suç için kamu davasının açılmasını beş yıl erteleyebilmekteydi. Ancak, 17.10.2019'da kabul edilen ve 24.10.2019'da Resmi Gazete'de yayımlanan 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19. maddesi ile bu hüküm, *“Uzlaştırma ve önödeme kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere,*

Cumhuriyet savcısı, üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süre ile ertelenmesine karar verebilir. Suçtan zarar gören veya şüpheli, bu karara 173 üncü madde hükümlerine göre itiraz edebilir.” şeklinde değiştirilmiştir. Bu nedenle artık bu madde hükmüne dayanılarak evi terk eden çocuğu yanında tutan kişi için kamu davasının açılması ertelenemeyecektir.



SONUÇ

Aile, toplumun en önemli parçasını oluşturmaktadır. Toplumsal değerlerin ilk olarak öğrenildiği, ahlak kurallarının olduğu, şimdinin ve geleceğin üzerine inşa edildiği bir temeldir. Aile içerisindeki ilişkilerin korunması, onu sağlamlaştırarak çökmesini engellemektedir. Bu nedenle aile düzeninin korunması bir zorunluluktur. Çalışmanın ilk bölümünde aile ve aile ile ilişkili kavramlar olan, çocuk, velayet, vesayet kavramları ele alınmıştır. Bu kavramlar, çalışmanın konusunu oluşturan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması için de önem arz etmektedir. Ayrıca çocuğun uluslararası kaçırılma ve alıkonulması halinde devletlerin iş birliğini düzenleyen Lahey Sözleşmesi'ne değinilmiştir.

Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçları TCK'nın Aile Düzenine Karşı Suçlar kısmında velayet ve vesayet haklarını korumak üzere düzenlenmiştir. Velayet ve vesayet hakları anne-babanın ve vesayet sahibi kişinin çocuk üzerinde kullanabildiği haklardır. Bu nedenle veli ve vasinin çocuk üzerindeki bu hakları çocuk kaçırılarak veya alıkonularak ihlal edilmektedir. Özellikle de, anne ve babanın çocuğun yerini belirleme hakkı zarar görmektedir. Esasında 'Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması' başlıklı TCK m. 234'te iki farklı suç tipi düzenlenmiştir. Bu suç tipleri arasında herhangi bir nitelikli unsur ya da seçimlik hareket ilişkisi bulunmamaktadır. Zira ilk suç tipi olarak birinci fıkrada düzenlenen belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun faili özgü kişilerdir, ikinci suç tipi olan ve üçüncü fıkrada düzenlenen evi terk eden çocuğu yanında tutma suçununki herkes. İlk fıkradaki düzenlemenin konusunu on altı yaşını bitirmemiş çocuk oluşturur, üçüncü fıkradaki suçun konusu ise her çocuktur. Her iki suçun fiil özellikleri de farklılık arz etmektedir. Fakat iki suç da aynı cezaya tabi tutulmuştur. Bu nedenlerle, çalışmada iki farklı suç incelemesi yapılmıştır. İkinci bölümde belirli kişiler tarafından işlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu, üçüncü bölümde evi terk eden çocuğu yanında tutma suçu incelenmiştir.

İlk fıkrada düzenlenen belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun faili sadece velayet-vesayet hakkı elinden alınmış anne-baba ve çocuğun üçüncü dereceye kadar akrabaları olabilecektir. Bu noktada özellikle

evlilik dışı çocuklarla ilgili olarak baba için velayet hakkının hiç olmaması değil, elinden alınmamış olması gerektiği önem arz etmektedir. Bu suçun mağdurunun, korunan hukuki değerden yola çıkarak, velayet-vesayet hakları ihlal edilen veli ve vasi olduğunu ifade etmek gerekir. Bu suç ile temel olarak çocuğun hürriyeti değil, anne ve babanın çocuk üzerindeki hakları korunduğundan, çocuk mağdur olarak kabul edilmemelidir. Yargıtay'ın bu konudaki farklı kararlarına çalışmada değinilmiştir. Suçun fiil unsurunu kaçırmak ve alıkoymak oluşturmaktadır ve bu fiiller seçimlik olarak düzenlenmiştir. Kaçırmak fiili, çocuğu veli-vasinin hakimiyet alanından çıkarmak ve failin kendi hakimiyet alanına sokması ile tamamlanmaktadır. Alıkoymak ise veli-vasinin kendi rızasıyla çocuğu failin hakimiyet alanına sokması, ancak sonrasında bu kişilerin rızası bulunmaksızın çocuğun tutulması ile oluşmaktadır. Kaçırmanın veli-vasinin rızası hilafında gerçekleşmesi, alıkoymanın ise veli-vasinin rızasıyla hakimiyet alanına girme ile oluşacağını düşündüğümüzden bu iki fiilin birlikte işlenemeyeceği kanısındayız. Bu noktada kaçırma ve alıkoyma kavramları yerine çocuk üzerindeki çocuğun yerini belirlemeye yönelik kullanılan velayet-vesayet haklarının kullanılmasını engellemek amacıyla çocuğun hürriyetine yönelik her türlü eylemin cezalandırılması daha uygun bir yöntem olabilir, düşüncesindeyiz. Bu suç mütemadi bir suç tipi olup, çocuğun serbest kaldığı anda suç sona erecektir. Bu fiiller icrai ve ihmali olarak işlenebilmektedir.

Fiillerin cebir ve tehditle işlenmesi halinde yalnızca bu suçtan ceza verilecek, fakat ceza ikinci fıkrada belirtildiği üzere artırılacaktır. Nitelikli unsur olarak düzenlenen bir husus da çocuğun yaşıdır. On iki yaşından küçük çocuk cebir ve tehdit uygulanmaksızın dahi kaçırılsa ya da alıkonulsa ceza artırılarak verilecektir. Burada çocuğun rızası kanun koyucu tarafından geçersiz sayılmıştır. Kaçırma ve alıkoyma fiillerinin hukuka uygun kabul edilebilmesi için suçun mağduru olan veli, vasi ya da bakım ve gözetim yükümlüsünün rızasının alınması gerekmektedir. Bu noktada çocuğun üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir hak bulunmadığından, bu suç ile böyle bir hak korunmadığından çocuğun bu konuda göstereceği rızaya da sonuç bağlanmamıştır.

Belirli kişiler tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması, TCK m.109'da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu ile benzer niteliktedir. Öyle ki

fiil unsuru bakımından kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun bu suçu kapsadığı ifade edilebilir. Buna ek olarak 109. maddede suçun çocuğa ve alt soya karşı işlenmesi nitelikli hal olarak da düzenlenmiştir. Ancak TCK m.234'ün konuluş amacı çocuğun hürriyetini korumak değil, veli ve vasinin çocuk üzerindeki velayet-vesayet haklarını korumaktır. Suç bu hakların yakın çevreye karşı korunması için düzenlenmiştir. Bu nedenle üçüncü dereceden uzak akrabaların çocuğu kaçırması m.109'un kapsamına girecektir. Elinde velayet yetkisi hiç olmamış kişi de m.109 ile yargılanacaktır. Bu noktada m. 109'un, m.234/1'in uygulanmadığı hallerde uygulanabileceği bir tali hüküm olduğunu düşünmekteyiz. Böylelikle m.234/1'teki tipikliği karşılayan olaylarda bu madde, bu unsurları karşılamayan hallerde m.109 uygulanacaktır. Bu iki suç arasında korunan hukuki değer açısından bir ortaklık bulunmadığı için özel norm-genel norm ilişkisinin bulunmadığını düşünmekteyiz.

Çalışmada bu suç ile benzeşen bir başka suç olan İİK m.341 üzerinde de durulmuştur. İİK'daki düzenleme ile çocuğun teslimi ve kişisel ilişkinin engellenmesi düzenlenmiştir. TCK m.234/1 ile olan benzerliği, çocuk teslimine ilişkin ilamın yerine getirilmeyerek çocuğun velayet sahibine verilmemesi noktasındadır. Burada çocuk teslimine ilişkin bir ilam veya ara karar mutlaka olmalı, bunun neticesindeki icra emrine rağmen çocuk verilmemelidir. Ancak çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu çocuğun teslimine ilişkin bir ilam veya ara karara bağlı bir icra emri bulunmaksızın işlenmektedir. Kişisel ilişki kurulması açısından da bu suçlar farklı durumları düzenlemektedir. İİK m. 341 kişisel ilişki kurulmasına izin vermeyen velayet sahibini cezalandırırken, TCK m.234 kişisel ilişki kurulması için kendisinde bulunan çocuğu geri vermeyen velayet-vesayet hakkına sahip olmayan kişiyi cezalandırmaktadır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde evi terk eden çocuğu yanında tutma suçu ele alınmıştır. 2006 yılında maddeye eklenen bu suç ile ilk olarak incelenen suçun korunan hukuki değeri ortaktır ve veli ve vasinin velayet ve vesayet hakları korunmaktadır. Faillik açısından herhangi bir özellik göstermez. Suçun mağduru ilk fıkra da olduğu gibi veli veya vasidir. Madde metnindeki “kanuni temsilci” ifadesinden bu anlaşılmalıdır. Suçun konusunu çocuk oluşturmaktadır. Bu suçta tipikliğin gerçekleşmesi için çocuğun kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında

evi terk etmesi gerekmektedir. Terkin kanuni temsilciyi tedirgin edecek bir süre veya durumda gerçekleşmesi gerekir. Bu suçla, faile yanına gelen çocuğu yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü yüklendiğinden, suç gerçek ihmali bir suçtur. Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesiyle suç oluşacaktır. Yanında tutma fiili alıkoyma ile özdeşleştirilmiştir. Bizce bu iki kavram arasındaki farkın ortaya konulması gerekmektedir. Zira aynı fiil oldukları düşünüldüğünde ilk fıkrada suçun yakın akrabalar tarafından işlenmesi halinde resen soruşturulması gerekecek, ancak üçüncü kişiler tarafından işlenmesi halinde şikayete tabi olacaktır.

Evi terk eden çocuğu yanında tutma suçunda çocuğun rızası suçun tipikliği açısından gereklidir, fakat buna önem atfedilmemiştir. Bu suçun işleniş bakımından kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan farksız olması ve rızanın her iki suç tipinde de geçersizliğinin söz konusu olması, bu iki suç tipini birbirinden ayırt etme zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Yargıtay TCK m.109'da düzenlenen suçun on beş yaşını bitirmemiş çocuklara karşı işlenmesi halinde çocuğun rızasını hukuka uygunluk sebebi olarak saymamıştır. TCK m.234/3'ün uygulanması ile olan ayrımı da önceleri, çocuğa karşı hukuka aykırı bir fiilin olup olmamasına göre yapmıştır. Failin çocuğa karşı bu tip hareketlerinin varlığı halinde m.109'un oluşacağı, bu türden hareketlerin sergilenmemesi halinde m.234'ün oluşacağı kabul edilmiştir. Ancak son yıllarda bu ayrımı kaldırarak on beş yaşından küçük çocukların kaçırılma ve alıkonulmalarını her halükarda m.109 kapsamında değerlendirmiştir. Bu sebeple m.234/3 artık yalnızca on beş-on sekiz yaşları arasındaki çocuklar için uygulanabilir hale gelmiştir. Düşüncemize göre bu noktada on beş yaşından küçük çocuğun olayları ayırt etme gücüne göre değerlendirme yapmak daha adil bir yöntem olacak ve çocuk kaçırma ve alıkoymayı anlayabilecek durumda ise yine rızası kabul edilmeyecek fakat m.234/3 uygulanacaktır. Ayırt etme gücüne sahip değilse m.109 kapsamında bir değerlendirme yapmak doğru olacaktır. Nitekim evi terk eden çocuğu yanında tutma suçunun kanuni tanımında çocuğun yaşı açısından bir sınırlama getirilmemiştir. Her halükarda çocuğun rızasının olmadığı durumlarda m.109 uygulanmalıdır.

Son olarak ifade etmek gerekir ki 234. maddedeki suçların cezası üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır. Bununla birlikte ilk fıkradaki suç resen soruşturulurken,

üçüncü fıkradaki suç şikayete tabidir. Çalışmada evi terk eden çocuğu yanında tutma suçunun şikayete tabi olması nedeniyle bu kuruma ilişkin açıklamalar yapılmış, şikayet hakkının kanuni temsilciye ait olduğu konusu üzerinde durulmuştur.



KAYNAKÇA

Akarslan, Mediha

**:Anahatlarıyla Çocuk Hakları Ve
Çocuk Hakları Mevzuatı**, İstanbul,
Alfa, 1998

Akbulut, Berrin Bozdoğan

**:Kaçırma Ve Alıkoyma Suçları, Selçuk
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Milenyum Armağanı**, Sayı:1-2, 2000

Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya

:Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku,
İkinci Cilt, 21. bası, İstanbul, Beta, 2019

Akyüz, Emine

:Çocuk Hukuku, Ankara, Pegem
Akademi, 2018

Akyüz, Emine

**:Medeni Kanuna Göre Müşterek
Hayatın Tatili, Ayrılık Ve Boşanmada
Çocuğun Korunması**, Ankara, Ankara
Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi
Yayınları, 1983

Altıntaş, Elif Hande

**: Uluslararası Çocuk Kaçırmalarda
Arabuluculuk**, Ankara, Yetkin
Yayınları, 2018

Altıntaş, İlknur

**:Uluslararası Çocuk Kaçırmanın
Hukuki Yönlerine Dair Lahey
Sözleşmesi**, Ankara, Bilge Yayınevi,
2006

- Artuk, Mehmet Emin : “Küçükleri Kaçırma Veya Alıkoyma Cürmü (TCK m.182)”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, Beta, 1998
- Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, A. Caner :**Türk Ceza Hukuku Şerhi**, 5. cilt, 2. baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014
- Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Alşahin, M.Emin/ Çakır Ü. Kerim :**Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 18. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet/ Alşahin, M. Emin/ Çakır, Ü. Kerim :**Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019
- Artuk, Mehmet Emin / Yenidünya, Ahmet Caner :“Türk Ceza Hukukunda Kız, Kadın Ve Erkek Kaçırma Suçları (TCK Mad. 429-434)”, **TBB Dergisi**, sayı 54, 2004
- Aytaç, Mehlika :“Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanması Ve Karşılaşılan Sorunlar”, **Adalet Dergisi**, C. 95, S. 20, Eylül 2004
- Bakıcı, Sedat :“Uygulamada Kaçırma Ve Alıkoyma Suçları”, **Adalet Dergisi**, 78/1, 1987
- Bakıcı, Sedat :**Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 1994

Bayraktar, Köksal

:Özel Ceza Hukuku Cilt III, İstanbul,
On İki Levha, 2018

Berki, Şakir

**:Türk Medeni Kanununda Velayetin
Küçüğün Şahıs Ve Malları
Bakımından Şumülü**, Ankara, Ankara
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
no:277, 1970

Bozdağ, Gonca Gülfem

**:Uluslararası Çocuk Kaçırmanın
Hukuki Yönlerine Dair Lahey
Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun
İadesi Talebinin Red Nedenleri**,
Ankara, Yetkin Yayınları, 2014

Çağlayan, M. Muhtar

**:En Son Değişiklikleri İle Birlikte
Gerekçeli Açıklamalı Ve İçtihatlı
Türk Ceza Kanunu**, Cilt 2,
Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Yetkin
Yayınları, s. 422

Çetin, Emine Halman

**:İcra İflas Suçları Ve Yargılama
Usulü**, 3. Baskı, Ankara, Adalet
Yayınevi, 2012

Çetiner, Selma Baktır

:Velayet Hukuku, Ankara, Yetkin,
2000

Demirbaş, Timur

:Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.

Baskı, Ankara, Seçkin, 2019

Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan/ Gümüş,
Mustafa Alper

:Türk Özel Hukuku Cilt III Aile

Hukuku, 14. Bası, İstanbul, Filiz

Kitabevi, 2019

Dönmezer, Sulhi

:Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı

Cürümler, 4. Bası, İstanbul, Sulhi

Garan Matbaası, 1975

Dönmezer, Sulhi

:Ceza Hukuku Özel Kısım, İstanbul,

Filiz Kitabevi, 1983

Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir

:Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku

Genel Kısım Cilt 2, 14. Bası, Der

Yayınevi, İstanbul, 2019

Ercan, İsmail

:Ceza Hukuku Genel Hükümler,

Themis, 9. Baskı, İstanbul, On İki

Levha, 2013, s. 89

Elmas, Fevzi

:“Ceza Kanunun 109’uncu

Maddesindeki Kişinin Hürriyetinden

Yoksun Kılınması Suçu İle 234’üncü

Maddesindeki Çocuğun Kaçırılması ve

Alıkonulması Suçu Arasındaki Farklar”,

Terazi Aylık Hukuk Dergisi, yıl 8, sayı

79, Mart 2013, Seçkin Yayıncılık

- Erem, Faruk :**Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler Cilt 2**, Ankara, Seçkin, 1993, s.1196
- Erem, Faruk/ Danışman, Ahmet/ Artuk, Mehmet Emin :**Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997
- Erem, Faruk/ Toroslu, Nevzat :**Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara, Savaş Yayınları, 1987
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin :**Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1986, s.2-4
- Figanmeşe, İnci Ataman :“Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi”, **Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1999
- Gelgel, Günseli Öztekin :“Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:4 Sayı:8Güz 2005/2
- Gençcan, Ömer Uğur :**Aile Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011
- Gençcan, Ömer Uğur :**Vesayet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009
- Giray, Faruk :**Kerem Milletlerarası Özel Hukukta**

- Kaçırılan veya Alınan Çocukların İadesi**, İstanbul, Beta, 2010
- Gülşen, Recep :**Hürriyeti Tahdit Suçları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2002
- Gülşen, Recep :Çocukların Kaçırılması Ve Alınması Suçu (TCK m. 234), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Prof. Dr. Füsun Sokullu-Akinci'ya Armağan 1. Cilt**, Cilt LXXI, Sayı 1, 2013, İstanbul, Legal Yayıncılık
- Gözübüyük, Abdullah Pulat :**Türk Ceza Kanunu Açıklaması Cilt 1- Cilt 4**, 3. Bası, yıl:28, Ankara, Kazancı Yayınevi, Şubat 1976
- Hacıhafızoğlu, Ali :**(Teori Ve Uygulamada) Suça Teşebbüs**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013, s.172
- Hafızoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem :**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, US-A Yayıncılık, 12. basım, 2019
- Hakeri, Hakan :**Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s.459,460
- İçel, Kayıhan :**Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri Ve Yeni Türk Ceza Kanunu**, İstanbul

Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler

Dergisi, Yıl: 7, Sayı 14, Güz 2008

İnan, Ali Naim

:Çocuk Hukuku, İstanbul, Ankara
Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları
no:3, 1968

Kafes, Veli

**:“Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma
Suçu”**, İstanbul Üniversitesi Sosyal
Bilimler Enstitüsü yayımlanmamış
Doktora Tezi, İstanbul

Kantarıcı, Nurullah

**:Türk Ceza Hukukunda Reşit
Olmayanla Cinsel İlişki Suçu**, Ankara,
Adalet Yayınevi, 2016, s. 211,212

Kartal, Pınar Memiş

**:“Türk Ceza Hukukunda Cebir Suçu
(TCK M.108)”**, **Galatasaray
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**,
**Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a
Armağan**, Cilt 2, 2010/1

Katoğlu, Tuğrul

**:“Ceza Hukukunda Suçun Mağduru
Kavramının Sınırları”**, **AÜHFD**, 61 (2),
2012

Kılıçoğlu, Ahmet M.

:Aile Hukuku, 4. bası, Ankara, Turhan
Kitabevi, 2019

Koca, Mahmut/ Üzülmaz, İlhan

:Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,
11. Baskı, Ankara, Seçkin, 2019

Koca, Mahmut/ Üzülmaz, İlhan

:Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,
6. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019

Koçoğlu, Safa

:Boşanmanın Çocuk Açısından
Sonuçları, İstanbul, Beta, 2018

Köprülü, Bülent

:Medeni Hukuk Genel Prensipler,
Kişinin Hukuku, Aile Hukuku (1-3.
Kitaplar), İstanbul, Fakülteler Matbaası,
1970-1971

Kuru, Baki

:İcra Ve İflas Hukuk El Kitabı,
İstanbul, Türkmen Kitabevi, 2004, s.835

Majno

:Ceza Kanunu Şerhi, Cilt 3, Ankara,
Yargıtay Yayınları No: 8, 1980

Malkoç, İsmail

:Açıklamalı Türk Ceza Kanunu 3.
Cilt, Ankara,2013

Meran, Necati

:“Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması
Suçu”, **Terazi Hukuk Dergisi,** Cilt:11,
Sayı:115, Mart 2016

Nuhoğlu, Ayşe

:Aile Düzenine Karşı Suçlar, İstanbul,
Beta, 2009

Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/
Oktay-Özdemir, Saibe

:Kişiler Hukuku (Gerçek Ve Tüzel
Kişiler), 17. Bası, İstanbul, Filiz
Kitabevi, 2018, s.72

Otacı, Cengiz

:Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, Ankara, Seçkin, Ağustos 2000

Önder, Ayhan

:Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II, İstanbul, Beta, 1989

Öner, Şebnem Nebioğlu

:"Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması Ve Kısa Bir İctihat Analizi", **TBB Dergisi**, 2014 (115)

Özbay, İbrahim

:"Türk Hukukunda Çocuk Teslimi Ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası Hakkındaki Sorunlar Ve Çözüm Önerileri", **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, Yıl:4, Sayı:2, Ankara, 2017

Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar

:Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, Seçkin, 2019

Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar

:Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Seçkin, 2019

Özdemir, Hayrunnisa/ Ruhi, Ahmet Cemal

:Çocuk Hukuku Ve Çocuk Hakları, İstanbul, On İki Levha, 2016

Özen, Mustafa

:Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, 4. Baskı, Ankara, Adalet

Yayınevi, 2019

Özen, Mustafa

**:Ceza Hukuku Özel Hükümler
Dersleri**, 4. Baskı, Ankara, Adalet
Yayınevi, 2019

Özgenç, İzzet

:Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,
12. Baskı, Ankara, Seçkin, 2016

Özkan, Hasan

**:Açıklamalı-İçtihatlı İcra Ve İflas
Davaları Ve Tatbikatı İcra Suçları Ve
Cezaları**, İstanbul, Legal, 2014

Öztürk, Ali

:Aile Hukukunda Ayrılık, Ankara,
Seçkin, 2015

Özütürk, Nejat

**:Türk Ceza Kanunu Şerhi Ve
Tatbikatı Cilt 1**, Filiz Kitabevi, 1966

Özütürk, Nejat

**:Türk Ceza Kanunu Şerhi Ve
Tatbikatı Cilt 2**, Filiz Kitabevi, 1970,
s.821,822

Parlar, Ali

:Türk Ceza Kanunu Şerhi 2. Cilt,
Ankara, Bilge Yayınevi, 2015

Savaş, Vural/ Mollamahmutoğlu, Sadık

**:Türk Ceza Kanunun Yorumu C.2-
C.3**, Ankara, Seçkin Yayınevi,1995

Serozan, Rona

:Çocuk Hukuku, ikinci basıdan tıpkı
bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017

Soyaslan, Doğan

:Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11.

Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016

Sözüer, Adem

:Türk Ceza Hukuku Reformu

Mevzuatı, İstanbul, Alfa, 2013, s. 331

Şahin, Meral Ekici

:Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul, 12

Levha, 2012

Tekinay, Selahattin Sulhi;

:Türk Aile Hukuku, İstanbul, Sulhi

Garan Matbabası, 1978

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Ruhan Mustafa
/ Önok, R. Murat

:Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku,
17. Baskı, Ankara, Seçkin, 2019

Toroslul, Nevzat

:Cürümlerin Tasnifi Bakımından

Suçun Hukuki Konusu, Ankara, Savaş
Yayınevi, 2019

Usta, Sevgi

:Velayet Hukuku, İstanbul, On İki

Levha, 2016

Ünver, Yener

:Ceza Hukukunda Korunması

Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara,
Seçkin Yayınları, 2003

Üzölmez, İlhan

:Tehdit, Şantaj Ve Cebir Kullanma

Suçları, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007

Yaşar, Osman

**:Uygulama Ve Öğretide Hürriyet
Aleyhinde İşlenen Suçlar**, Ankara,
Seçkin, 2001

Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/
Artuç, Mustafa

**:Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza
Kanunu 3. Cilt- 5. Cilt**, 2. Baskı,
Ankara, Adalet Yayınevi, 2014,

Yazıcıoğlu, R.Yılmaz

**:“Tehdit Suçu Üzerine”, Yargıtay
Dergisi**, cilt:19, sayı:3, Temmuz 1993,
s.237

Elektronik Kaynaklar

Elisa Pérez-Vera, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction
Convention : [https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-
a7528a0d368c.pdf](https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf) (çevrimiçi) E.T.: 16.11.2019

<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2230.pdf> (çevrimiçi) E.T.: 20.08.2019

<https://sozluk.gov.tr/?kelime=> (Çevrimiçi) E.T.: 10.10.2019

[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-
11&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en) (çevrimiçi) E.T.: 08.11.2019

Yargıtay kararları: www.corpus.com.tr

www.kazanci.com

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

