

**ÇOCUK HAKLARI PARADİGMASI
VE ÇOCUK CEZA YARGILAMASINA HÂKİM OLAN
İLKELER AÇISINDAN TÜRKİYE'DEKİ DÜZENLEME
ve UYGULAMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Av. Aydın Atılgan

Yrd. Doç. Eylem Ümit Atılgan

2009

Çocuk Hakları Paradigması ve Çocuk Ceza Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler Açısından
Türkiye'deki Düzenleme ve Uygulamaların Değerlendirilmesi (Rapor)

Av. Aydın Atılğan
Yrd. Doç. Eylem Ümit Atılğan

Ankara, 2009

Bu yayın İnsan Hakları Ortak Platformu için Kapasite Geliştirme Derneği tarafından bastırılmıştır.

Bu yayın tamamen ya da kısmi olarak izin almaya gerek duymaksızın dağıtılabilir, yeniden üretilebilir, ya da basılabilir. Bu yayının önceden yazılı izin almaksızın yapılan baskı ve üretimlerinden hiçbir biçimde İnsan Hakları Ortak Platformu, üye örgütleri ya da Kapasite Geliştirme Derneği sorumlu tutulamaz.

İnsan Hakları Ortak Platformu
Tunus Cad. No: 87/8 Kavaklıdere 06680 Ankara
T. 0312 468 84 60
F. 0312 468 92 53

ihop@ihop.org.tr
www.ihop.org.tr

Baskı : Mattek Matbaacılık Basım Yayın Tan. San. Tic. Ltd, Şti.
G.M.K. Bulvarı 83/23 Maltepe / Ankara
Tel: 031 229 15 02

Eylem Ümit Atılğan

1975 yılında Gaziantep'te doğdu. Lisans öğrenimini tamamladığı Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı asistanı olarak girdi. "Aristoteles'in Devlet Kuramı ve Modern Kuramlara Katkısı" başlıklı teziyle yüksek lisansı, "Kentte Suça Karışmış Çocuklarda Toplumsal Ortam ve Ceza Ehliyeti Araştırmaları" başlıklı teziyle doktorayı tamamladı. Halen aynı Fakülte'de Yardımcı Doçent olarak görevine devam ediyor.

Aydın Atılğan

Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirdi. Marmara Üniversitesi AB Enstitüsünde "Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na Bireysel Erişim" başlıklı teziyle yüksek lisans derecesi aldı. Halen aynı enstitüde doktora öğrenimine devam ediyor. İstanbul'da serbest avukatlık yapıyor.

Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmeler ve belgelerle çizilen uluslararası hukuk açısından Türkiye'deki çocuk ceza yargılaması düzenlemeleri ve uygulamalarının genel olarak değerlendirildiği ve ön plana çıkan aykırılıkların belirlendiği bu metin İnsan Hakları Ortak Platformu'na araştırma raporu olarak sunulmuştur.

İÇİNDEKİLER

I- Çocuklara özgü bir yargılama sistemine neden ihtiyaç vardır?.....	5
A) Çocuk ve haklarına ilişkin paradigmaya genel bir bakış.....	6
1-Toplumsal bir tasavvur: çocukluk	8
2- Suç ve ceza politikasında yeni bir kKategori: çocuk suçluluğu.....	9
3)Çocuğu korumak, ama kime karşı: paternalizm.....	15
4)ceza hukuku suçlunun kişiliğine bakıyor: suça karışmış çocuğa özgü statü.....	17
5) Paternalizme karşı özgürleştirici hareket: kadife eldivenli adalet	21
II- Çocuklara özgü yargılamaya hâkim olan ilkeler-uluslar arası ölçütler ışığında türkiye'den örnekler	24
a) Çocuklara özgü yargılamanın uluslar arası ilkeleri: ceza adalet sistemine hâkim ilkeler	26
1)Ayrımcılık yasağı (Madde2).....	26
2) Çocuğun yüksek yararı ilkesi (Madde3)	29
3) Yaşama, hayatta kalma ve gelişme hakkı (Madde 6).....	30
4) Sözü'nün dinlenmesi hakkı (Madde 12).....	30
5) Saygınlık (Madde 40(1))	30
a) Çocuğun saygınlık ve değer duygusuyla tutarlı muamele.....	31
b) Çocuklara özgü yargılamanın uluslararası ölçütleri: kapsamlı bir çocuk ceza adalet politikasının temel unsurları	33
1) Çocuk suçlarının önlenmesi	34
2) Diversion/yargı sistemi dışına yönlendirme.....	34
A) Adli kovuşturmaya başvurmaksızın yapılan müdahaleler: Damgalamadan Kaçınma ..	35
B) Adli kovuşturma çerçevesindeki müdahaleler.....	38
3) Yasayı ihlal eden çocuklar ve yaş	39
A) Cezai sorumluluk için asgari yaş sınırı.....	39
5) Adil yargılama güvencesi.....	40
III. Türkiye'de ceza yargılamasında çocuk olmak	41
A) Çocuk koruma kanunu	42
2) Tutuklamada görevli merci	58
C) Çocukların ceza ehliyeti	60
2) Türkiye'ye özgü bir terminoloji "farik mümeyyiz muayenesi"	65
Sonuç yerine.....	75

“İnsanlık çocuklara en iyisini sunmayı borçludur”

Cenevre Beyannamesi, 1924

I- Çocuklara Özgü Bir Yargılama Sistemine Neden İhtiyaç Vardır?

Yedi yaşında bir kız çocuğunun elbise çaldığı için Norwich’de asıldığı XVIII. Yüzyıldan¹ günümüze kadar yetişkinlerin hâkim olduğu toplumun, suça karışan çocuğa karşı algısının önemli yol kat ettiği açıktır. Avrupa Konseyi uzmanlarının “Çocuk Dostu Adalet”² için Avrupa Rehberi hazırladığı bugün uluslararası hukuk, ülkelerin hukuk düzenleri için “Çocuk Dostu Adalet” yaklaşımını ve yapılanmasını hedef göstermektedir. İnsanlık, yedi yaşında bir kız çocuğunu elbise çaldı diye asmaktan vazgeçip çocuklara özgü bir ceza adalet sisteminin modern hukuk sistemleri için vazgeçilmez bir unsur olduğu noktasına gelene kadar; siyasal, hukuksal ve düşünsel alanda büyük bir dönüşüm geçirmiştir. Bu dönüşümün yol haritası, temel dinamikleri ve önemli duraklarını incelemek, sadece tarihsel sürece ilişkin bilgi edinmek için değil, aynı zamanda çocuklara özgü yargılama sisteminin modern hukuk düzenleri için neden olmazsa olmaz olduğunu anlamak için gereklidir. Bu gerekçeyle çocuk haklarına ilişkin paradigmanın üzerinde yükseldiği düşünsel ve hukuksal temellerin anlaşıldığı ölçüde, çocuklara özgü kurumlar, yargılama usulleri, suç kataloğu ve yaptırımların istisnasının olamayacağı, yani çocuk dostu adalet anlayışından sapmanın kabul edilemeyeceği de anlaşılmış olacaktır kanaatindeyiz. Çocuk haklarına ilişkin paradigmanın düşünsel temellerine kör bakan her uygulamanın, uluslar arası ve ulusal kurallar yığınınından oluşan mevzuata şekli bir uygunluğu yeterli sayarak, dostların alışverişte görmesiyle tatmin olacağı açıktır. Nitekim Türkiye’deki uygulamaya bakıldığında bütünlüklü bir çocuk adalet sisteminden değil, bir tür küçültülerek, daraltılarak çocuğa giydirilmeye çalışılan yetişkin elbisesinden söz etmemizin altında yatan nedeni bu düşünsel mesainin yetersizliğinde aramak yanlış olmaz³.

Türkiye’de çocuk ceza yargılamasına ilişkin düzenlemeler birden çok kanun ve yönetmelikte dağınık bir biçimde bulunmaktadır. Bu normların büyük çoğunluğu yetişkinlere özgü suç ve ceza tasarımı göz önüne alınarak hazırlanmış ve uygulamaya konulmuştur. Gerçekten Türk Ceza Yargılama sistemine bakıldığında çocuklara özgü bir suç kataloğundan ve çocuklara özgü yaptırım uygulamalarından söz etmek mümkün görünmemektedir⁴.

¹ Neil POSTMAN, *Çocukluğun Yokoluşu*, (çev.: Kemal İnal), Ankara, 1995, s. 73.

² Avrupa Konseyi uzmanlarına çocuk dostu bir adalet sistemi için Avrupa Rehberi hazırlanması misyonu verilen Toledo Kararları için bkz.: 12-13 Mart 2009, Toledo, Avrupa Konseyi Avrupa Yargı Sisteminde Çocuğun Korunması Konferansı, Toledo Sonuç Bildirgesi, DG-HL(2009)3
http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/against_sexual_exploitation_of_children/3_Conferences/FINAL%20Conclusions%20TOLEDO%20EN.pdf

³ Türkiye’deki çocuk yargılamasına ilişkin mevzuatı ve uygulamayı bu açıdan değerlendiren bir çalışma için bkz.: Eylem ÜMİT, *The Juvenile Justice System in Turkey, In Enactment and Practice*, Journal Of Legal Theory, 2007/3, September 2007, University of Szeged Law School.

⁴ Bu nedenle yamalı bohçayı andıran, dağınık düzenlemelerden oluşmuş çocuklara uygulanan bu kurallar demetine çocuk adalet sistemi diyebilmenin dilin ve hukuk terminolojisinin sınırlarını zorlamak olduğu kanaatindeyiz.

Bu parçalı ve dağınık hukuki yapı içinde çocuk haklarının ihlal edilemez özü olan çocuklara özgü yargılama güvencesi, yasa koyucu tarafından adına “istisnai durum” denen birçok olağan ve olağanüstü halde ortadan kaldırılmaktadır. Çocuk sanıkların çocuk olduğunu unutan adalet sistemi, uygulamalarıyla çocuklara da çocukluklarını unutturmuştur. Tekrar etmek gerekirse, çocukları, yetişkinler için biçilmiş elbiselerin içine sokmaya çalışan yargılama sisteminin bu biçimde tasarlanmasının altında yatan nedenlerin başında, çocuk hakları paradigmasının modern düşüncede ulaştığı evrensel ölçüt ve ilkelerin hazmedilmemesi ve normların koruduğu değerden koparılarak şekli bir hukuka uygunlukla yetinilmesi gelmektedir. Türkiye’de gerek çocuk yargılamasında görev alan/alacak aktörlere verilen eğitimler gerekse çocuk hakları alanında yapılan çalışmalar, nicelik açısından artarken nitelikteki önemli yoksullaşma açıkça görülmektedir. Ulusal ve uluslararası mevzuatın madde madde sıralanmasından ve dolayısıyla şekli bir enformasyondan öteye geçmeyen bu tür bir mesainin sonucunda “bilgi”nin aktarıldığını söylemek nasıl mümkün görünmüyorsa, böylesi bir uğraşın gerek yasa koyucuya gerekse uygulamacılara doğru yolu göstereceğini beklemek de mümkün değildir⁵.

Bu gerekçelerden yola çıkarak hazırlanan bu raporda, öncelikli olarak çocuk ve haklarına ilişkin paradigmanın oluşumu, gelişimi ve bugünü hakkındaki genel bilgileri gözden geçireceğiz. “Çocuklara Özgü Bir Yargılama Sistemine Neden İhtiyaç vardır?” sorusuna ilk yanıtı “Çocuk ve Haklarına İlişkin Paradigmaya Genel Bir Bakış” başlığı altında arayacağız. Bunun ardından “Suça Karışan Çocuklara Özgü Hukuki Statünün Gelişimi, İlkeleri ve Uluslararası Ölçütleri”ni inceleyerek çocuklara özgü bir yargılama sisteminin yapısal analizini yapacağız. Çocuklara özgü yargılama sisteminin bir yapı olarak ortaya konduğu ilk başlıkları, Türkiye’deki mevcut durumun farklı açılardan değerlendirildiği “Türkiye’de Ceza Yargılamasında Çocuk Olmak” başlığı izlemektedir. Türkiye’deki düzenleme ve uygulamaların uluslararası standartlar ve çocuk yargılamasına hakim paradigma ışığında inceleneceği bu başlıkta ilkelere uymayan ve ihlal niteliğinde olan düzenleme ve uygulamaları ortaya koymayı hedefliyoruz. Türkiye’deki hukuk sistemindeki aykırılık ve ihlallerin tespitinden yola çıkarak, çocukların çocuklara özgü yargılama güvencesinden koparılıp mahkeme nezdinde bir anda yetişkinliğe yükseltilmesinin doğurduğu sonuçların, çocuk hakları açısından vahametini tartışmaya açmak nihai amacımız.

A) Çocuk ve Haklarına İlişkin Paradigmaya Genel Bir Bakış

Çocuk hakları alanında ilk toplumsal politika belgesinin 1779 yılında İsviçre'nin Zürih Kantonu'nda yayınlanan bir emirname olduğu kabul edilir⁶. 1924 yılında Milletler Cemiyeti tarafından kabul edilen “Cenevre Bildirgesi” ise “hak” sözcüğünün benimsendiği ilk belge niteliğini taşır. Bu belge “**Umum Milletlerin erkek ve kadınları,**

⁵ Türkiye’de son dönemde çocuk hakları ve çocuk suçluluğu konusunda gerek ulusal ve uluslar arası sivil toplum kuruluşlarının gerekse kamu kurumlarının yaptığı mevcut durumu ortaya koymaya yönelik (özellikle veri toplama amacıyla yapılanlar) proje sayısındaki enflasyon dikkat çekicidir. Ülkedeki çocuk hakları ve çocuk suçluluğu olgusunun farklı yönlerine ilişkin enformasyon birikimi sağlamak açısından bu çalışmaların önemi yadsınamaz. Ancak bu enformasyonu bilgiye dönüştürecek olan faaliyetin bilimsel yöntemle gerçekleştirilmiş ve sosyal bilimler disiplinine içkin bir araştırma olması gerekeceği açıktır.

⁶ TALAS, Cahit, *Toplumsal Politika*, İmge Yayınevi, Ankara, 1990, s.203.

insanlığın haiz olduğu en mutena şeyi çocuğa vermeğe mecbur bulunduğunu rızki, milli ve dini her türlü telkinler haricinde bir vazife olmak üzere kabul ettiklerini Cenevre Beyannamesi ismi verilen bu Çocuk Hakları Beyannamesi ile tasdik ederler.” cümlesiyle başlar. Tüm ulusların erkek ve kadınlarının, insanlığın en mutena şeyini çocuklara vermekle yükümlü kılındığı bu belgenin altında Gazi Mustafa Kemal’in de imzası bulunan nüshası Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu’nun Genel Merkezinde bulunmaktadır.

Aslında bu metin, çoğunluğunu yetişkinlerin oluşturduğu modern toplumun çocuğa olan borçlarının en genel haliyle beyanı niteliğindedir. Beş maddeden oluşan belge, Birinci Dünya Savaşı’nda çocukların yaşadığı sefaletten etkilenen **Eglantyne Jebb** isimli kadının onlar için kurduğu Çocuk Esirgeme Vakfını Uluslararası Çocuk Esirgeme Birliğine dönüştürerek sürdürdüğü “çocuk koruma hareketi” çalışmaları sonucunda ortaya çıkmıştır⁷.

‘İnsanlık çocuklara en iyisini sunmayı borçludur’ ifadesiyle başlayan bu bildirge, çocukların fiziksel ve ruhsal olarak gelişebilecekleri ortamlarda bulundurulmalarını; beslenme, sağlık hizmetlerinden yararlandırılmalarını, kayırılmalarını; felaket zamanında en önce yardım edilmelerini; her türlü istismardan korunmalarını öngörmüştür⁸. Çocuk haklarının hukuk metinlerine geçmesine ilk örnek olarak görebileceğimiz bu bildirge, korumacı (paternalist) yaklaşımın etkilerini açıkça görebildiğimiz bir metindir⁹.

Bu ilk örnekte de açıkça görüldüğü üzere çocuklara ait hakların hukuk metinlerine geçmesi alışıl gelmiş gösteriler olmadan, sadece vicdanların çağrısıyla mümkün olmuştur. Çocuk hakları hareketi, genel insan hakları hareketine son eklenen halkadır. The New York Times Gazetesi’nin çocuklara “son azınlık” adını vererek yaptığı haberi aktaran **Cindy Margolin**, diğer haklar hareketlerinden farklı olarak, bu hareketi protestolar, yürüyüşler, boykotlar ve gösterilerin değil, yasal ve teorik tartışmaların

⁷ Çocuk Koruma Hareketinin köklerinin 19. yüzyıla kadar uzandığını görüyoruz. Orta ve üst sınıfların kurduğu hayır kuruluşlarının başı çektiği bu hareketin yönelimini acıma, hayır, merhamet ve “yola getirme” saiklerinin belirlediğini söylemek yanlış olmaz. ‘Çocuk Koruma Hareketinin Tarihi Heyeti’nin 1893 yılında düzenlediği “Charities and Correction” adlı ulusal konferansta yapılan açılış konuşmasında ileri sürülen görüşler de bu yönelimin bir ifadesidir. “Suçlu öge oluşturmak için büyüyen bu sahipsiz küçükleri, hayatlarının mümkün olduğu kadar başındayken ele geçirmeliyiz. (yakalamalıyız)” (Ele geçirmek- yakalamak olarak Türkçe’ye çevirebileceğimiz fiil İngilizce orijinal metinde ‘to get hold of’ olarak kullanılmıştır.) Çocuk koruma hareketinin orta ve üst sınıflar arasında bulunduğu desteğin nedenini bu sınıfların sahip oldukları imtiyazlı konumu sürdürmek amaçlarından beslendiği yolundaki görüşler için bkz. Anthony PLATT, The Child Saving Movement and the Origins of the Juvenile Delinquency, in Juvenile Delinquency Historical, Theoretical and Societal Reactions to Youth, ed.Paul M.SHARP, Barry W. HANCOCK, second edition, NJ.1998, s.6-14, Colin HEYWOOD, Baba Bana Top At – Batı’da Çocukluğun Tarihi, (çev.: Esin Hoşsucu) İstanbul, 2003, s. 161.

⁸ “(...) 1-Çocuk bedenlen ve ruhen tabii bir surette neşvünuma (gelişme, yetişme) bulmağa müsait şartlar içinde bulundurulmalıdır.
2-Acılan çocuk beslenmelidir. Hasta çocuk tedavi edilmelidir. Fikren geri kalan çocuk teşci (yüreklendirme, cesaret verme) edilmelidir. Yoldan çıkmış çocuk doğru yola getirilmelidir. Yarı terk edilmiş çocuk himaye altına alınmalı ve yardım görmelidir.
3-Çocuklar felaket zamanında en evvel yardım görmelidir.
4-Çocuk hayatını kazanabilecek bir hale getirilmelidir ve her türlü istismara karşı siyanet (koruma) edilmelidir.
5.Çocuk en mütena meziyetlerinin kardaşlarının hizmetine vakıf edilmesi lazım geleceği hisleri ile büyütülmelidir.”
Parantez içindeki kelime anlamları yazar tarafından eklenmiştir.

⁹ Paternalizm çocuk haklarına ilişkin paradigmayı belirleyen temel yaklaşımlardan biridir. Bu önemi nedeniyle ilerleyen satırlarda detaylı olarak inceleyeceğiz.

belirlediğini vurgulamaktadır¹⁰. Yetişkinlerin çoğunluğunu oluşturduğu toplum tarafından çocuklara uygun görülen “hukukta çocuğa özgü statü”nün, haklardaki böylesi bir öznesne farklılaşmasının sonuçlarından kaynaklanan tutarsızlıklar, eksiklikler ve yetişkin bakışı hâkimiyeti ile malul olduğunu söylemek yanlış olmaz. Hukukun çocuğa bakışı toplumsal bir tasavvur olan çocuk tanımıyla yakından ilgilidir. “Çocuk kimdir” sorusuna insanlık değişen dönemlerde değişen yanıtlar vermiştir. Bu yanıtları siyasal ve hukuksal dönüşümle paralel inceleyelim.

1-Toplumsal Bir Tasavvur: Çocukluk

Çağdaş hukuk metinlerinde çocuklar hakların öznesi olarak kurgulansa da hukukun nesnesi olmaktan kurtulamamışlardır¹¹. Çocukluk bugün de geçişken bir kategori olarak var olmaya devam ediyor. Çünkü “Çocuk Hukuku”nun özü çocuklar için talep edilen haklardır¹²:

“Böylece karşımıza oy kullanamayan ama savaşa gidebilen, cinsel ilişkiye girme veya evlenme kararını kendisi veremeyen ama anne-babasının kararıyla evlendirilebilen, sokaklarda-atölyelerde çalışıp para kazanabilen ama malvarlığı üzerinde tasarruf etme yetkisi sınırlandırılmış garip varlıklar çıkmaktadır”¹³.

Çocuk suçluluğunun hukuki bağlamı, modern toplumun çocuk paradigmasının hem üretildiği hem de uygulandığı bir zemindir. Hukukun sadece suç teşkil eden fiili işleyen çocuğa değil genel anlamda çocuğa bakışı toplumdaki bu sorunlu durumu yansıtır¹⁴.

Gerek çocuk tanımı, gerekse çocukluk döneminin başlangıcı ve sonunun tespiti bu problematiğin gölgesinde gerçekleşir. Çocukluğun bebeklik gibi biyolojik (dolayısıyla evrensel) bir kategori olmayıp toplumsal bir tasavvur olduğu tezinden yola çıkarak yazdığı “Centuries of Childhood, A Social History of Family Life” adlı eserinde Philippe Aries, çocukluk tasavvurunun tarihin belli bir noktasında toplumsal koşulların sonucu olarak ortaya çıktığını savunuyor¹⁵. Tarihin her döneminde çocuğun suç işlediğine

¹⁰ MARGOLIN, Cindy R., “Salvation Versus Liberation: The Movement For Children’s Rights in a Historical Context”, Children’s Rights içinde, Children’s Rights, The International Library of Essays on Rights, Volume 1, ed. Micheal D.A.FREEMAN, Britain, 2003, s. 7.

¹¹ “...çocuk bir hak nesnesi olarak görülür, üzerinde tasarruf edilebilen, üzerine yatırım yapılan bir nesne” Cüneyt OZANSOY, Öznesini Arayan Nesnelere: Çocuk ve Çocuk Hakları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1999/1, Yıl:12, s. 50.

¹² Hillary RODHAM, “Children Under The Law”, Children’s Rights The International Library of Essays on Rights, içinde,s.29.

¹³ Bu tespiti yapan John Holt, Çocukluk Sorunu başlıklı makalesinde yasalarda yaşa bağlı yapılan ayırmacılığın yarattığı gelişikili duruma çarpıcı bir örnek daha ekliyor. “Gençlere oy kullanma hakkı vermediğimiz erken bir yaşta araba kullanma hakkı(ehliyet alma hakkı) tanıyoruz ve oy kullanmalarını engellediğimiz yaşta evlenme ve cinsel hayatlarını yönlendirme hakkı tanıyoruz.”John HOLT, “The Problem of Childhood”, Children’s Rights, The International Library of Essays on Rights, Volume 1, ed.: Micheal D.A. FREEMAN, Britain 2003 içinde, s.144.

¹⁴ Çocuk Hukukuna hakim söylemleri toplumdaki çocuğa yönelik yaklaşımlar açısından inceleyen bir çalışma için bkz.: Robert ADAMS, Çocuk Hukuku ve Çocukların, Gençlerin Hakları, Çocuk Hakları içinde, Ed.: Bob FRANKLİN, Çocuk Hakları, (çev.: Alev Türker), İstanbul, 1986, s.114-141.

¹⁵ Philippe ARIES, Centuries of Childhood, A Social History of Family Life, (çev.: Robert Baldrick), New York, 1962, s.47,61,129. Bugün Aries’in çocukluğun evrensel bir kategori olmayıp daha çok tarihsel olarak değişen kültürel bir yapı

rastlanırken, çocuk suçluluğu olgusunun belli toplumsal koşulların ürünü olarak toplumsal tarih sahnesine çıkmasına yaptığımız tanıklık, **Philippe Aries**'in tezlerini destekler niteliktedir. Tarihçi **Jaques le Goff, Aries**'le aynı düşünsel ön kabulden hareket ediyor ve çocuğun, kentin ve burjuvazinin bir ürünü olduğunu söylüyor¹⁶. Gerçekten tarımsal üretime ve toprağa bağlı yaşam biçiminden kentli yaşama, feodal iktidardan ulus devlet iktidarına geçişin çocukların hayatında çok şeyi değiştirdiği açıktır. Bu dönemi tasvir eden eserlere baktığımızda çocukların öncelikle, yetişkinlerle birlikte toprak işi, hayvan bakımı, yemek, dikiş, eğlence, ibadet gibi birçok faaliyeti ortak yürüttükleri yetişkin dünyasından itilerek okula gönderildiklerine tanık oluyoruz¹⁷. Özellikle kentli orta sınıf erkek çocukları için modern okul, feodaliteden kapitalizme geçişte sanayileşen ve kentleşen yeni toplumun işbölümü ihtiyacını karşılamaya yarıyordu¹⁸. Kentli orta sınıf çocukları “kurtuluşun ya da esaretin bileti”¹⁹ olan okulla sosyalleşirken, feodal beyin topraklarında yaşarken değişen üretim biçimiyle çatısız kalan ailelerin çocukları ise fabrikalarda, madenlerde babaları kadar para kazanabilmek için çalışıyorlardı.

2- Suç ve Ceza Politikasında Yeni Bir Kategori: Çocuk Suçluluğu

Feodal rejimin yerini alan modern devlet aygıtının ve tarımsal üretimin yerini alan kapitalist üretim biçiminin çocuk ve suç üzerindeki dönüştürücü etkisini iki ayrı düzlemde inceleyebiliriz. Bu iki düzlemi değişen toplum biçimiyle oluşan ekonomik koşullar ve modern devlet aygıtının suç ve ceza politikasını merkeze yerleştirerek formüle edebiliriz. Henüz XVII. yüzyılda toplumsal değişim demografik patlama ve üretimdeki artışla kendini gösterirken, çocukların işlediği suçlarda bir artıştan söz eden kaynaklara rastlamamız tesadüf olmasa gerek. Örneğin; 1703 yılında “çocuk suçluluğundaki artış”ın Papa XI. Clemens’in 14 Kasım 1703 tarihli vesikasına konu olduğunu ve Papa’nın küçük mahkûmların ceza kurumunda ayrı yerlere konulmalarına karşın, uslanarak çıkmamaları ve daha ağır suçlarla kuruma geri gelmeleri sorumluluğu üzerine bir dizi tedbir de içeren

olduğu yolundaki görüşleri konunun uzmanları arasında geniş kabul bulmaktadır. Bu tezi geliştiren tarihçi ve sosyologların katkıları için bkz.: Neil POSTMAN, *Çocukluğun Yokoluğu*, (çev.: Kemal İnal), Ankara, 1995, s.53-69. Bob FRANKLIN, *Çocuk Hakları*, s.21-27., Kürşat BUMİN, *Batı’da Devlet ve Çocuk*, İstanbul, 1983, s.21.

¹⁶ Aktaran BUMİN, *Batıda Devlet ve...*, s. 20.

¹⁷ Çocuklara özgü bir dünyanın kurulmasından önce çocukların yetişkin yaşamının her biçimine katıldıklarını Plump şöyle anlatıyor:” ... onların içki içtiklerini, kumar oynadıklarını, cinsel ilişkilere girdiklerini ve aslında yetişkin yaşamının her biçimine katıldıklarını biliyoruz; fiziksel olarak bu yaşamdan kaçmalarına olanak yoktu.”. J.H.Plumb, *In the Light of History*, 1972’den naklen FRANKLIN, *Çocukların Politik...*, s. 26.

¹⁸ Hoyles, Plumb ve Firestone gibi yazarların paylaştığı modern okul ve kapitalist toplum ilişkisi üzerine görüşler için bkz. Mine TAN, *Çocukluk: Dün ve Bugün, Toplumsal Tarihte Çocuk*, Sempozyum 23-24 Nisan 1993, İstanbul, 1994,s. 23. Althousser’in kapitalist toplumsal yapıda okulun devletin ideolojik aygıtı olarak işlev gördüğü görüşünü de bu noktada hatırlıyoruz. Louis ALTHOUSER, *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları*, (çev.:Y. Alp, M. Özışık) 4. Baskı, İstanbul, 1994, s.42.

¹⁹“Kurtuluşun ya da esaretin bileti” ifadesi Cüneyt Ozansoy’un, Öznesini Arayan Nesnelere: Çocuk ve Çocuk Hakları başlıklı makalesinde çocuğun, çocukluk kategorisinin belirmesi ile yetişkinlerin disiplinine ve modern laik eğitimin yurttaş idealine bağımlı hale gelişini anlattığı bölüme verdiği “Eğitim ve Okul: kurtuluşun ya da esaretin bileti” başlığından alınmıştır. Yazar, modern devlet iktidarı ve çocuk açısından anlamlı bu başlık altında yurttaş devletine feda eden söylemi eleştirirken, “Okula başlatılırken, öğretmene/ devlete ‘eti senin, kemiği benim’ deyişle teslim edilen, her sabah güne and ile başlayıp ‘varlığım Türk varlığına armağan olsun’ diye feda söylemiyle yoğrulan çocuk” örneğini vermektedir. Cüneyt OZANSOY, *Öznesini Arayan Nesnelere: Çocuk ve Çocuk Hakları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1999/1, Yıl:12, s.47.

bir emirname yayınladığını görüyoruz²⁰. Bu vesika yaklaşan bir durumun erken habercisi olduğu kadar, bu vesikaya kadar çocukların işlediği suçlar hakkındaki yasal metinlerde “çocuk suçluluğu” ifadesinin yer almaması da önemli bir veridir. Çocuk suçluluğu olgusunun artık kendini hissettirmeye başladığını, çocukları yetişkinlerden ayrı bir kuruma yerleştirmek, uslanmalarını hedeflemek, tekerrürü önlemek gibi ayrıntılı düzenlemelerin gündemi oluşturmasından anlıyoruz. Nitekim Papa XI. Clemens’in “çocuk suçluluğundaki artış” üzerine yayınladığı vesikanın da gösterdiği üzere, XVII. yüzyıl kapanıp XVIII. yüzyıl henüz başlarken, XVII. yüzyıl Avrupa’sında toprağa bağlı üretim biçiminin çözülmesiyle kırsalda aç kalmamak için yollara dökülen halkın “başıboş sürüler gibi” kasaba ve kentler arasındaki yollarda dolaştığını ve Fransa, İngiltere gibi ülkelerde de bu insanların yaptıkları yağma ve hırsızlıkları önlemek için “serseriliğe ilişkin” birçok yasa çıkarıldığını biliyoruz²¹. Değişen ekonomik koşulların neden olduğu bu çözülmenin geleneksel aile yapısında ve onun dayanaklarından biri olan geleneksel işbölümündeki etkileri de göz ardı edilmeyecek boyutlardadır. “Tarımsal üretim yaşamında bir lokmayla bir hırkaya artı değer üreten işgücü” olan çocuk, endüstrileşmeye geçiş ve sanayileşme aşamasında tam zamanlı işçilere dönüşmüştür²². Özellikle buhar motorunun ve pamuklu işleme makinelerinin icadının, eskiden yetişkin erkeklerin güç ve yeteneğini gerektiren işlerde çocuk emeğinin kullanılmasını mümkün kılmasıyla, çocukların 6, 7 yaşından itibaren dokuma tezgâhlarında, 8 yaşından itibaren ise maden ocaklarında çalıştırıldıklarını görüyoruz²³.

Yaygın yoksulluğun ve açlığın gölgesinde artan çocuk suçluluğuna uygulanan yaptırım da son derece ağırdır. **Postman**, 1780’lerin sonlarına kadar sayısı iki yüzü aşan çocuğun idam cezasına mahkûm edildiğini, yedi yaşında bir kız çocuğunun elbise çaldığı için Norwich’de asıldığını aktarıyor²⁴. Yine İngiltere’de 1833 yılı mahkeme kararlarında 9 yaşındaki bir çocuğun değeri çok az olan (2 penny) bir hırsızlık suçundan dolayı idam cezasına mahkûm edildiği bilgisine rastlıyoruz²⁵. XVIII. ve XIX. Yüzyıl’lara ait kaynaklar çocukların içinde yaşadıkları sefaleti, sömürülen çocuk emeğini ve artan çocuk hırsızlığını özellikle vurguluyor.

“15 Ocak 1844 Pazartesi günü iki erkek çocuk, açlıktan ölmek üzere oldukları için bir dükkândan yarı pişmiş dana bacağına çalıp hemen yedikleri için yargıç önüne çıkarıldılar. Yargıç sorunu biraz daha derinlemesine araştırma gereğini duymuş ve polis memurundan şu

²⁰ Novelli, La Rieducazione dei minorenni dal punto di vista scientifico, sociale, giuridico, Rivista di diritto penitenziario, 1938, s.223 vd.’dan naklen Naci ŞENSOY, Çocuk Suçluluğu- Küçüklük- Çocuk Mahkemeleri ve infaz Müesseseleri, İstanbul, 1949, s.190.

²¹ Michel FOUCAULT, Hapishanenin Doğuşu Gözetim Altında Tutmak ve Cezalandırmak (çev.: Mehmet Ali Kılıçbay), Ankara, 2000s. 129-130.

²² Rona SEROZAN, Çocuk Hukuku, İstanbul, 2005, s.17.

²³ HEYWOOD, Baba Bana..., s.150-152, POSTMAN, Çocukluğun Yokoluşu..., s. 72. Çocukların yüzyılın başında üretici işgücünün % 10’unu oluştururken oranın yüzyılın sonlarında % 40’a yükseldiğini aktaran Colin Heywood, sektörlere göre çocuk işçiliğinin genel çalışanlar içerisindeki oranlarına da yer vermekte. HEYWOOD, Baba Bana..., s.150-156.

²⁴ POSTMAN, Çocukluğun Yokoluşu..., s.73.

²⁵ Mehmet Emin ARTUK, Çocuk Ceza Hukukunun Dünü ve Bugünü, Kocaeli Barosu Dergisi, S.1,1993, s.28.

ayrıntılı bilgileri almıştı: İki çocuğun annesi daha sonra polislik yapan eski bir askerin dul eşiydi; kocasının ölümünden sonra dokuz çocuğuna bakmakta çok güçlük çeker olmuştu. Kadın Pool's Place, Quaker Court, Spitalfields 2 no'lu evde müthiş bir yoksulluk içinde yaşıyordu. Polis memuru eve gittiği zaman kadını çocuklarının altısıyla, küçük bir arka odada, sözün gerçek anlamıyla hepsi birbirine sokulmuş durumda bulmuştu; odada oturulacak yeri olmayan eski iki hasır iskemle, iki bacağı kırık küçük bir masa, kırık bir bardak ve küçük bir tabaktan başka hiçbir şey yoktu. Ocağa ateşe benzer bir şey görünmüyordu; bir köşede de bir kadın önlüğünü dolduracak kadar eski-püskü kumaş parçaları vardı; tüm ailenin yatağı buydu”²⁶

Karşımızda kitleleri ele geçirmiş, toplumun geneline yayılmış derin bir yoksulluk olduğu çok açık²⁷. Dönemin çocuk suçluluğunu incelerken değişen toplum biçimiyle oluşan ekonomik koşullar kadar etkili olan bir diğer parametre döneme damgasını vuran modern devlet aygıtının suç ve ceza politikasıdır.

Nitekim XVII. yüzyıl sonlarından XVIII. yüzyıl başlarına kadar devam eden modern hukuk sisteminin inşa sürecinde Avusturya, Fransa, Rusya gibi ülkelerin ceza hukuku alanında büyük bir dönüşüm yaşadıklarını görüyoruz²⁸. Modern devletin ceza anlayışı, cezalandırma iktidarını hükümdarın intikamından toplumun savunulmasına kaydırmıştır. **Foucault**'un tabiriyle cezalandırma, “ince ama toplumsal bünyeye daha geniş ölçekte yayılmış olan bir hedefe ulaşmak için yeni taktikler belirlemek” üzere dönüşmüştür²⁹. Modern devlet cezalandırma iktidarını kullanırken incelmıştır; yani cezalar insanileşmiş, yumuşamış, insan bedeni cezanın nesnesi olmaktan, infaz da seyirlik olmaktan çıkarılmıştır. Cezai yaptırımın hedefi artık suç veya suçlu değil suçluluk olmuştur³⁰. Modern devletin toplumsal bünyeye daha geniş ölçekte yayılmış hedefi ise cezalandırma işlevinin genelleşmesinde gizlidir. Bu hedefi **Foucault**, belli bir kesimin yükselen hayat düzeyinden, yüksek nüfus artışından, zenginliklerin ve özellikle mülklerin artışından ve bunların sonucu olan güvenlik ihtiyacından ayırmamak gereğine dikkat çekiyor³¹.

Cezalandırma işlevinin genelleşmesinin en önemli sonucu adaletin daha sıkı ve daha özenli uygulanır hale gelmesidir. Eskiden elinden kaçmasına kolayca izin verebildiği küçük suçları bile takip ettiği gelişmiş bir adli mekanizma ve polis aygıtıyla modern

²⁶ Friedrich ENGELS, İngiltere’de Emekçi Sınıfının Durumu,(çev.: Yurdakul Fincancı), Ankara, 1997, s. 77-78.

²⁷ **Charles Dickens**'in “Zor Zamanlar” isimli romanı başta olmak üzere diğer eserlerinde de anlattığı çocukların içinde yaşadığı bu cehennem tablosunun örneklerini artırmak mümkün.

²⁸ FOUCAULT, Hapishanenin doğuşu..., s. 39.

²⁹ FOUCAULT, Hapishanenin doğuşu..., s. 146.

³⁰ FOUCAULT, Hapishanenin doğuşu..., s. 162.

³¹ FOUCAULT, Hapishanenin doğuşu...,s. 129.

devlet, cezalandırma uygulamalarını yaygınlaştırmıştır³². Genelleşmiş cezaya artan ve çeşitlenen suç katalogunun da eklendiği dönemde, artık her özne kendini cezalandırılabilir-cezalandırılır bir evrensellik içinde bulmaktadır. Modern cezalandırma erki bu yönüyle alt sınıf üyelerinin yaşamını kökten etkilemiştir. Alt sınıf üyelerini modern cezalandırma erki, yaşam koşulları nedeniyle yasa dışılığa yakın potansiyel *homo criminalise* dönüştürmüştür. İşte XVII. ve XVIII. yüzyıllardan itibaren arttığı verilerle ortaya konan çocuk suçluluğu hakkında isabetli bir akıl yürütme, suç ve cezaya ilişkin modern devletle birlikte değişen bu paradigmanın ortaya konmasıyla mümkündür.

Yukarıdaki paragrafta aktarılan cezalandırmanın amacına ve cezanın yöneldiği hedefe ilişkin ilkeler, aslında XVIII. yüzyıldan itibaren etkili olacak Ceza Hukukunda *Klasik Kuramın* ayak sesleridir. *Klasik Kuramın* önde gelen isimlerinden **Beccaria**'nın belirttiği üzere cezalandırmayı haklı gösteren tek neden "önleme"dir; bu nedenle cezai yaptırımın hedefi suçluluğun önlenmesi olmalı, kefaret (ödetme) yaptırımın temelini oluşturmalıdır³³. Döneme hâkim olan tabii hukuk söyleminin etkisiyle klasik kuram, bireyin haklarını korumayı temel ilke olarak benimseyerek, yaptırımın nitelik ve niceliğine ilişkin tercihlerde bu ilkeyi belirleyici olarak kabul etmiştir³⁴.

Klasik kuramın rüzgârıyla cezai sorumluluğun esası manevi sorumluluğa bağlanırken, faile verilecek cezanın miktarı ve türünü de, irade özgürlüğünden kaynaklanan kusur ve failin kusurunun derecesi belirlemektedir³⁵. **Toroslu**, klasik kuramın temelini oluşturan üç ilkeyi şöyle açıklamaktadır:

"(...)Bir başka deyişle bu akım, ceza hukukunu üç temel ilke üzerine oturtmaktadır. Bunlardan birincisi ' kusurlu iradedir'. Buna göre suç, ceza normunun bilinçli ve iradi bir ihlalidir; iradenin kusurlu olabilmesi için de, özgür olması gerekir. Böylece irade özgürlüğü ceza hukukunun temel dayanağı haline getirilmiştir. İkincisi ' isnadiyettir'. Kusurlu iradeye sahip olabilmek için, failin somut olarak hareketlerinin etik ve sosyal değerini anlama ve bunları iç ve dış faktörlerin etkisi olmaksızın özgürce belirleme yeteneğine sahip olması gerekir. Üçüncüsü ise, ödetici cezadır"³⁶.

³² FOUCAULT, Hapishanenin doğuşu..., s. 130-131, 137.

³³ Cesare Bonesana, Marchese BECCARIA, Of Crimes and Punishment, http://www.constitution.org/cb/crim_pun06.txt Chapter XII, Of the Intent of Punishments. Jeremy BENTHAM, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1823 metni, <http://www.la.utexas.edu/labyrinth/ipml/ipml.toc.html> , Chapter XIII, Of Cases Unmeet for Punishment.

³⁴ **Dönmezer** *Klasik Kuramın* tercihini şöyle açıklıyor: " Ferdî hürriyet ve şahsi masuniyeti hiçbir suretle izrar eylemeksizin ve tehlikeye düşürmeksizin cemiyeti müdafa eylemek ve şahsi masuniyet ve hürriyet ile cemiyetin müdafaası çatıştığı zaman –cemiyet müdafaasının unsurlarından en mühim olan biri de ferdî hürriyet ve şahsi masuniyete riayet olduğundan- ferdî hürriyet ve şahsi masuniyeti tercih eylemektedir. Sulhi DÖNMEZER, Cezai Mesuliyetin Esası, İstanbul, 1949, s.19.

³⁵ ŞENSOY, Çocuk Suçluluğu..., 74-75, Klasik Kuramda manevi sorumluluk ve irade serbestisi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. DÖNMEZER, Cezai Mesuliyetin..., s.19-30.

³⁶ Nevzat TOROSLU, Ceza Hukukunda Okullar, Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul Üniversitesi, 1998, s. 369.

Klasik Kuramcılar cezanın suç teşkil eden fiilin yol açtığı zarardan fazla olmaması gerektiğine dikkat çekerek cezaların şiddetinin azaltılmasını savunmuşlardır³⁷. *Klasik Kuram* cezai sorumluluğu manevi sorumluluğa, manevi sorumluluğu da irade özgürlüğüne bağladığı için, irade özgürlüğüne sahip olmayan akıl hastalarının ve çocukların ceza uygulamasına konu olmayacaklarını kabul etmiştir³⁸. Suça karışan çocuklar açısından Klasik Kuramın suç ve ceza politikasına yaptığı en önemli katkı irade özgürlüğü ve cezai sorumluluk arasında kurduğu bağıdır demek yanlış olmaz.

Nitekim 1810 tarihli Fransız Ceza Kanununun *Klasik Kuramın* etkisiyle çocuklarda ceza sorumluluğunu her olayda “temyiz kudretinin” bulunup bulunmamasına bağlayan ilk kanun olduğunu görüyoruz. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu çocukların mutlak sorumsuz olarak kabul edildiği bir yaş sınırına yer vermemektedir. 16 yaşını doldurmayıp da suç işlediği sabit olan çocukların ise her olayda “temyiz kudretinin” hâkim tarafından araştırılmasını ve “temyiz kudreti”nin bulunmadığı takdirde beraat ettirilmesini, şartlara göre ıslah tedbirine hükmedilmesini kanun düzenlemiştir. 16 yaşını doldurmayan failin “temyiz kudretini” haiz olduğuna hükmeden mahkemenin cezadan indirim yoluna gitmesi de bu kanunda öngörülmüştür³⁹. Çocukların cezalandırılabilmesini “temyiz kudretine” bağlayan bu kanun “temyiz kudretinin” tanımını yapmamıştır. Kavramın tanımını, 1274 (1858) tarihli Osmanlı Ceza Kanununda buluyoruz.

Osmanlı Kanunnamelerinde 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunundan etkilenerek hazırlanan 1274 (1858) Ceza Kanunnamei Hümayuna kadar, İslam hukukunun ergen olmayan çocuğun kesinlikle ceza sorumluluğunun bulunmadığı ilkesi kabul edilirken, bu kanunla beraber ergen olma, sorumluluğun tek belirleyicisi olmaktan çıkarılmış ve çocuğun “temyiz kudreti” yoksa anne babaya teslimi, “temyiz kudreti” varsa verilecek cezada indirim düzenlenmiştir⁴⁰. Mehaz kanundan farklı olarak, bu kanunda temyiz kudretini haiz olmayan küçüğün suç işlemesi halinde kefaletle anne babaya teslimi öngörülmüştür⁴¹. Mehaz kanunda tanımlanmamasına rağmen, 1274 Osmanlı Ceza Kanunu “temyiz kudreti”ni “fiil ve amelinin neticesi bir cürüm olacağını fark” edebilmek olarak tanımlayarak, fiilin suç olduğunu bilmeyi esas kıstas olarak almıştır⁴².

Kanunnamelerle düzenlenen durum bu olsa da, Osmanlı İmparatorluğunun hüküm sürdüğü topraklarda çok hukukluluğun yaşandığını biliyoruz. Osmanlı’da yerel adaletin, İslam yasası, padişahın yasası ve yöreye ait örf-âdetin bir arada yorumlanarak oluşturulduğu tarihçilerin üzerinde hem fikir olduğu bir gerçektir. Topluluğun gereksinimleri ile onayını dinden alan padişah buyruklarını uzlaştırmak ise Kadı’nın

³⁷ Füsun SOKULLU- AKINCI, *Kriminoloji*, İstanbul, 2002, s.120-122.

³⁸ Antolisei, Grrispigni, Bettiol gibi İtalyan ceza hukukçularından yaptığı alıntılar için bkz.Esin ONUR, *Suçlu Çocuklara Uygulanan Yaptırımlar*, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1978, s.22.

³⁹ ARTUK, *Çocuk Ceza Hukukunun...*, s.30.

⁴⁰ AKSAY, *Ceza Hukukunda...*, s.27-29.

⁴¹ ONUR, *Suçlu Çocuklara...*, s.25.

⁴² ŞENSOY, *Çocuk Suçluluğu...*, s. 97.

görevidir. Kadıya yörenin örf âdetini anlaşmazlıkların çözümünde kullanmak için tanınan bu takdir yetkisinin, Osmanlı İmparatorluğunun her bölgesinde değişik uygulamalarla karşılaşmamıza neden olduğunu söyleyebiliriz⁴³. İmparatorluğun bölgelerinde farklı uygulamaların görülmesinin bir nedeni de, bazı bölgelere özgü örf ve adetlere uygun kanunnamelerin çıkarılmasıdır⁴⁴.

Çocuğa ve suça dair düzenlemelerin ardından Osmanlı toplumundaki çocukluk anlayışına da kısaca değinmekte fayda var⁴⁵. Avrupa'daki aile ve iktidar yapısına ilişkin toplumsal dönüşümleri ve kırılmaları görmediğimiz Osmanlı Toplumunda, babanın çocuk üzerindeki mutlak egemenliğinin bu bakımdan kesintiye uğramadığını görüyoruz⁴⁶. Osmanlı toplumu üzerine yazılmış kaynaklarda çocuk suçluluğu olgusuna özgü ifadeler ve tespitlere rastlamamakla birlikte özellikle oyun kültürü ve oyuncak tarihi çalışmalarından “bireyciliğin” Avrupa'daki gibi etkili olamadığı toplumsal ilişkilerde, çocuğun akrabalar ve komşulardan oluşan cemaat içerisinde büyümeye devam ettiğini öğreniyoruz⁴⁷. Ayrıca çocuğu günahkâr sayan dinsel kaynaklı Batı düşüncesinden farklı olarak, Osmanlı'da yine kaynağını dinden alan, çocuğun masumiyet ve saflığın temsilcisi olduğu anlayışının hâkim olduğunu görüyoruz⁴⁸. Osmanlı'daki çocuğa bakışın ve çocukluk algısının temel belirleyicisinin, itaati terbiyeden sayan “Osmanlı terbiyesi” anlayışının olduğunu söylemek yanlış olmaz⁴⁹. Çocuğun bu itaat kültürü ve dinsel inançlarla kuşatılan maneviyatın çok güçlü olduğu bir ortamda yaşadığını görüyoruz⁵⁰.

⁴³ Ahlak Oyunları, Osmanlı'da Ayıntab Mahkemesi ve Toplumsal Cinsiyet isimli kitabında Leslie PEIRCE, 1540-1541 tarihli Antep Mahkemesi tutanaklarını inceleyerek İmparatorluğun değişik bölgelerinde uygulanan farklı yargı dizgelerinin sosyolojik analizini yapıyor. Peirce'in derlediği mahkeme tutanaklarındaki davalar ve verilen kararlar özellikle kadınlara tanınan yetkiye ve kanunnamelerin bölgenin örf âdetine göre değişen farklı uygulamalarına zengin örnek sağlamaktadır. Ahlak Oyunları, Osmanlı'da Ayıntab Mahkemesi ve Toplumsal Cinsiyet, Leslie PEIRCE, İstanbul, 2005, özellikle “Yasa Türleri” ve “Yerel Adalet” başlıkları için bkz. s.149-167, Antep Mahkemesi tutanaklarında kadınların ceza ve dava ehliyeti için bkz. s.197-213.

⁴⁴ Nitekim, Ömer Lütfü Barkan böyle mahalli bir düzenlemeyi aktarıyor: *Kanunnamei Kazai Bozok*'un “Ahkâmı Kuttattarik ve Sürrak” başlıklı faslının 40. maddesine göre “bu nevi fiilleri işleyen oğlancıklar baliğ olmadık olsa, yani 10 yaşından aşağı olsa cürüm alınmaya, lakin tahfif idüp tazir ideler yani döğülüp incideler” Ömer Lütfü BARKAN, XV ve XVI 'ncı asırlarda Osmanlı İmparatorluğunun Zirai, Ekonomik, Hukuki ve Mali esasları, birinci cilt, Kanunlar' dan naklen ŞENSOY, Çocuk Suçluluğu..., s. 91.

⁴⁵ Osmanlı Döneminde suç işlemiş çocuklara özgü düzenlemeleri ve uygulanmış cezai yaptırımlara ilişkin örnekleri içeren araştırmalara ulaşamadığımızı, Osmanlı'da çocuğa bakış ve çocuğun yaşamına dair verileri içeren araştırmalardan ise birkaç eserle yetinmek zorunda kaldığımızı belirtmeliyiz.

⁴⁶ Çocuğa ilişkin toplumsal algının ve çocuğun toplumsal statüsünün ilkçağdan günümüze kadar Avrupa'daki seyirinin aktarıldığı Tarihte Çocuk Suçluluğu, Hukukta Çocuk Suçluluğu başlıkları için bkz. : Eylem Ümit, Mekandan İmkana Çocuk Suçluluğunun Habitusu Ceza Ehliyeti İlişkisi, Ankara, 2007, s.21-44.

⁴⁷ Bekir ONUR, Türkiye'de Çocukluğun Tarihi, Ankara, 2005, s.439-526, Özdemir Nutku, Osmanlı Şenliklerinde Çocuk, s. 59-67, Füsün KILIÇ, Eyüp Oyuncakçılığı ve İstanbul Belediyesi'nin Eyüp Oyuncakları koleksiyonu, s.127-132, Giovanni SCOGNAMİLLO, Beyoğlu Oyuncakçıları, s.132-139, Toplumsal Tarihte Çocuk Sempozyumu içinde.

⁴⁸ ONUR, Türkiye'de Çocukluğun..., s. 533-535.

⁴⁹ ONUR, Türkiye'de Çocukluğun..., s.533.

⁵⁰ ONUR, Türkiye'de Çocukluğun..., Özellikle sünnet ve ramazan gelenekleri başlıkları için bkz.s.203-215, 401-428; Osmanlı'da çocuk kültürünü belirleyen öğenin itaat olduğu yolundaki görüş için bkz.: İsmail DOĞAN, Türk Ailesinde Çocuk

Osmanlı'ya dair çalışmalarda çocuk suçluluğundan veya artan bir suç işleme oranından söz eden belgelere rastlamazken, 1826 ile 1881 arasındaki 55 yılda Fransa'da suç işleme oranının üç kat arttığını ve çocukların işlediği suçlardaki artışın ise dört kat olduğunu, 1881'de genel suçluluk içinde % 15 olan çocuk suçluluğunun 1901'de % 17'ye çıktığını görüyoruz⁵¹.

3) Çocuğu Korumak! Ama Kime Karşı: Paternalizm

XIX. yüzyılın ikinci yarısında yukarıda tasvir ettiğimiz yaygın çocuk işçiliği tablosu değişmeye başlamıştır. Çocuk emeğinin azaltılmasına ve sömürünün yumuşatılmasına ilişkin fabrika yasaları denen reformlarla, suç işleyen çocuğa özgü yargılama ve islah sistemlerine ilişkin düzenlemelerin XIX. Yüzyıl'ın ikinci yarısında birbirlerini izleyerek gerçekleştirildiğini görüyoruz⁵². Çocuk emeğinin azaltılmasına karşı reformcuların yürüttüğü kampanyayı, çocuklara yönelen korumacı bakış (paternalist yaklaşım) harekete geçirmekle birlikte, çocukların tam zamanlı çalıştıkları için eğitilmediklerini, bu yüzden cahil ve vasıfsız yetişkin işçilere dönüşerek endüstride verimsizliğe yol açtıkları düşüncesini savunan gruplar da kendi çıkarları doğrultusunda yönlendirmişlerdir⁵³. Fabrika yasaları ile belli yaşın altındaki çocukların belli iş kollarında çalışması yasaklanmış, çalışma saatlerinin yaşa göre ayarlanması zorunlu kılınmıştır. Zorunlu eğitimin de getirilmesiyle çocuk emeğinin genel iş gücü içerisindeki oranı azalmıştır⁵⁴.

Paternalizm çocuk haklarına ve çocuk yargılamasına ilişkin uluslararası standartlara damgasını vuran bir yaklaşım olduğu için konumuz açısından ayrıca önemlidir. Paternalizm adı verilen korumacı yaklaşımın sonucu olan çocukların yetersiz ve irrasyonel canlılar olduğu görüşü, yetişkin insanı "insan" statüsü için esas alan görüşün uzantısıdır. İnsan statüsünden çocukların ve yaşlıların dışlanması, yetişkinler üzerine kurulu bir toplum ve hukuk dizgesi oluşmasına neden olmaktadır⁵⁵. Modern

Kültürünü Belirleyen Geleneksel Değerlerin Değişim Sorunu, TC. Devlet Bakanlığı Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı III. Aile Şurası Tebliğler içinde, Ankara, 1998, s.558-559.

⁵¹ ŞENSOY, Çocuk Suçluluğu..., s. 4-5.

⁵² 19. yüzyıl boyunca, Büyük Sanayi Devrimi'nin toplum üzerinde yarattığı tahribatin İngiltere' de tıp bilimcilerini harekete geçirdiğini ve sayısız anket, araştırma ve yayınlı Parlamento'yu etkilediklerini görüyoruz. Bu çalışmalar o kadar etkili olmuştur ki 1802 Çırakların Bedeni ve Manevi Sağlıkları Hakkında Yasa, Fabrika Yasaları olmak üzere birçok kanunun çıkması yolunda kamuoyu yaratmıştır. Gürhan Fişek, Can Umud Ciner, Taner Akpınar, Çocuk Suçluluğunda Öncü Çalışmalar ve İki Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.:57, Sa.: 2, 2008, s.19.

⁵³ Çocuk koruma hareketinin orta ve üst sınıflar arasında bulduğu desteğin nedenini bu sınıfların sahip oldukları imtiyazlı konumu sürdürmek amaçlarından beslendiği yolundaki görüşler için bkz. Anthony PLATT, The Child Saving Movement and the Origins of the Juvenile Delinquency, in Juvenile Delinquency Historical, Theoretical and Societal Reactions to Youth, ed.Paul M.SHARP, Barry W. HANCOCK, second edition, NJ.1998, s.6, HEYWOOD, Baba Bana..., s.161. Çocuk koruma hareketinin XIX ve XX. yüzyıl çocuk suç ve ceza politikası üzerindeki etkilerini III-Kriminoloji Kuramları ve Çocuk Suçluluğu altında göreceğiz.

⁵⁴ 1830'lardan itibaren farklı iş kollarında azalan çocuk emeğinin oranları için bkz. HEYWOOD, Baba Bana..., s.163-166.

⁵⁵ Yaşlıların toplumsal statülerden dışlanması ile ilgili Simone Beauvoir şunları söyler: "Tüketim toplumu ihtiyarlar sözü konusu olduğunda sadece sanık durumunda değil, aynı zamanda suçludur da... ihtiyarların oranının dünyada en yüksek olduğu, 65 yaşından yukarı olanların halkın %12 'sini teşkil ettiği Fransa'da bile hepsi yoksulluğa, yalnızlığa, hastalıklara, umutsuzluklara mahkum edilmişlerdir... Tüketim toplumunun açıkça öğretmeye yeltendiği insancı ahlakla yine onun barbarca tutumunu uzlaştırmak için, egemen sınıf, ihtiyarları insan yerine koymamayı uygun bulur. İhtiyarların sesine

hayat yetişkin istek ve ihtiyaçlarına göre tasarlandığı içindir ki her iki grubun payına güç yaşam koşulları düşer. Yetişkinlerin, belirleyici ve dönüştürücü rol oynadıkları bu güç koşullardan mağdur olan yaşlılara ve çocuklara yaklaşımı son tahlilde merhamet ve koruma duygularının ardına saklanan ikiyüzlü bir tutum sergiler. Paternalist ve koruyucu yaklaşım, “kendi kendine yetemeyen” bu iki grup üzerinde vesayet kurarak hakların öznesi olma imkânlarını ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle “insan hakları” kavramlaştırmasından sonra çocuk hakları, yaşlı hakları gibi ek haklar kataloğu hazırlama ihtiyacı doğmuştur.

"Çocuk hakları hareketi, çocuğun bu nesne/veya hiç kimse olmama durumunu sorgulayan ve salt çocuk sayıldıkları için birçok haktan yoksun bırakılmalarına tepki duyan bir yaklaşımdan doğmuştur. Ancak, paradoksal bir şekilde, bu hareketin bayrağını taşımak ve söylemini oluşturmak da yine yetişkinlere düşmüştür"⁵⁶.

Çocukları konu alan, çocukların haklarını tanıyan ayrı bir hukuk dalının oluşturulması hareketinin, iki farklı eğilimin (paternalizm- özbelirlenimcilik) ve bunların arasında yer alan uzlaştırmacı- karma görüşlerin etkisi altında geliştiğini görüyoruz. Temel eğilimlerden ilki olan paternalizm adı verilen korumacı yaklaşıma göre çocuklar kendi kendilerine yetemeyen, “irrasyonel varlıklar”dır. **Dworkin** “paternalism” başlıklı çalışmasında paternalizmi,

“ yalnızca kişinin refah, iyilik, mutluluk, ihtiyaç, çıkar ya da değerlerine referansla meşrulaşan, o kişinin eylem özgürlüğüne müdahale”⁵⁷

olarak tanımlıyor. Paternalizmin çocuk hukukundaki yeri çocukları kendi “yetersizliklerinin zararlı sonuçlarından korumak” noktasındadır⁵⁸. Bu “rasyonaliteden yoksun” grubun seçimlerini bir başka grup – yetişkinler- yapmalıdır. Çocuklar bu seçimleri gelecekte anlayıp değerlendirecektir. Paternalizm bu sonradan gelen rızayla doğrulanmaya inanır; çünkü çocuklar “kendilerine yetemeyen”, yetişkinlere bağımlı canlılardır. Bu yetersizlik-bağımlılık durumu **Kant**’ın sözlerinde şöyle ifadesini bulur:

“Çocuklar olgunluğa ulaşırlar ve kendilerinin efendileri olurlar..., önceki bağımlılık durumlarından bir kurtuluş anlaşması bile olmadan, fiilen kendilerine bakma yeterliliğine ulaşırlar”⁵⁹.

kulak verilseydi, bu sesin insancıl bir ses olduğunu itiraf ve kabul etmek gerekecekti.” Simone de BEAUVOİR, Yaşlılık, İlk Çağı, (çev.: Osman Canberk-Eray Canberk) 1970, s.12.

⁵⁶ OZANSOY, Öznesini Arayan..., s.51.

⁵⁷ Gerald DWORKIN, “Paternalism” *The Monist*, 56: 1972, 64-84, <http://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>

⁵⁸ FRANKLIN, Çocukların Politik Hakları, Çocuk Hakları içinde, s.40.

⁵⁹ Immanuel KANT, *The Philosophy of Law: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Right*, trans. W. Hastie (Edinburgh: Clark, 1887). http://oll.libertyfund.org/Texts/Kant0142/PhilosophyOfLaw/0139_Bk.html

Paternalizmin çocuklar üzerindeki iktidarı meşru kılmak için ileri sürdüğü ikinci gerekçe çocukların rasyonalite ve deneyimden yoksun olduklarıdır. Korumacı bir paternalizme tabi olmadıkları takdirde yanlış seçimler yapacakları ve zarar görecekları açıktır. Paternalizm savunucularından **Scarre** rasyonaliteyi şöyle tanımlamaktadır:

“Rasyonel eylemler öznenin umut edilen faydasını maksimize etmeye yönelik eylemlerdir...(Rasyonalite) hayatın pratik sonuçlarını çözmek için çok önemli olan sistematik eylem politikalarını planlama yeteneğinde görülür. Yetişkinlerin çoğu, uzun bir süre yaşamış oldukları için, bu yeteneğe sahiptirler, ama çocuklar, zihinsel güçleri ve deneyimleri yetersiz olduğu için bu yetenekten yoksundurlar”⁶⁰.

Temel ilkeleriyle özetlenen paternalist-korumacı yaklaşım, XIX. yüzyılda ortaya çıkan Çocuk Koruma Hareketinin düşünce temellerini oluşturmuştur. Çocuk ıslah okulları, çocuk mahkemeleri gibi çocuklara özgü kurumların kurulması düşüncesi⁶¹ ve çocukların zor koşullarda çalıştırılmasına tepki bu hareket içerisinde filizlenmiştir. Özellikle çocuk emeğinin sınırlandırılmasına ilişkin XIX. yüzyıl Fabrika Yasaları, “Dickensçi çocuk emeği” klişesini gerçekte yaşayan kalabalık bir çocuk kitlesinin farkına varılmasıyla yükselen kamu öfkesinin yarattığı rüzgârla çıkmıştır⁶².

Örneğin Cenevre beyannamesinin temel teşkil ettiği 1959’da Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilen Çocuk Hakları Bildirgesi de ayrımcılıktan korunma, ad ve vatandaşlık gibi hakları tanıırken, çocuğun özerk bir birey oluşundan, bakış açısının öneminden, karar alma mekanizmalarına katılımının değerinden söz etmemektedir. Eğitim, sağlık ve özel korunma haklarına yer veren bildirgenin, korumacı yaklaşımın argümanları doğrultusunda belirmiş bir iradeyi yansıttığı kabul edilir.

4) Ceza Hukuku Suçlunun Kişiliğine Bakıyor: Suça Karışmış Çocuğa Özgü Statü

Klasik kuram suç oranlarındaki genel artışı önlemekte yetersiz kaldığı noktada eleştirilirken,⁶³ doğa bilimlerinde başarısı kanıtlanan pozitivizmin kullandığı ampirik yöntem XIX. yüzyılın ikinci yarısında sosyal bilimlerin değişik alanlarında da kullanılmaya başlanmıştır. Ceza hukukunda deney ve gözlemin kullanılarak suçluluğun azaltılmasını hedefleyen pozitivist kuram, suçtan çok suçluyu incelemeye almıştır. XIX. yüzyılda klasik kurama tepki olarak ortaya çıkan kuramlar, suç değil “suçlunun kişiliğini”; kefareti değil, “suçluyu yeniden topluma kazandırma” ilkelerini beraberinde getirerek, “suçlu çocuklara özel statünün” doğuşuna kaynaklık eden reformist girişimlere vücut vermiştir.

⁶⁰ Geoffrey SCARRE, Children and Paternalism’den naklen, Bob Franklin, Çocuk Hakları, s.43.

⁶¹ Tom CAMPBELL, “Some Early History, The Children’s Liberation Movement”, Children’s Rights içinde, s.11.

⁶² Emma Mac LENNAN, “Çalışma Hayatında Çocuk Hakları”, Çocuk Hakları içinde, s.142-147.

⁶³ Klasik kuramın suçu önleme konusunda neden yetersiz kaldığına ilişkin açıklamalar getiren eleştiriler için bkz. Gülriz ÖZKÖK, Türkiye’de Çocuk Mahkemeleri (Hukuk Sosyolojisi Açısından Bir İnceleme) Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1990, s.12.

Klasik kuramın irade serbestisine dayandırdığı manevi sorumluluk ilkesinin yerine yasal sorumluluğu koyan pozitivist kuramın görüşleri XIX. yüzyılın ikinci yarısı ve XX. yüzyılda çocuğa ilişkin ceza hukuku uygulamasına da damgasını vurmuştur. Deney ve gözlem yöntemleriyle gelişen sosyoloji ve antropolojinin insana dair yaptığı çalışmaların bulguları ceza hukukuna taşınarak, bireyi suça iten nedenler araştırılmıştır. Sosyal istatistikler⁶⁴ gibi ampirik veriler, doğa bilimlerinde olduğu gibi, incelemelere konu olmuş; bu verilerden yola çıkarak “ortalama insan” gibi suç ve suçlulara ilişkin düzenliliklere ve kurallara ulaşmaya çalışılmıştır. Örneğin askeri cerrah olan **Lombrosso**’nun suç işleyen askerlerin arasında dövmenin suç işlemeyen askerlere göre daha yaygın olduğunu gözlemlemesi üzerine başladığı araştırmalarında, bazı fiziksel özelliklerin ortak olduğunu belirleyerek, bunlara stigmat (damga) adını vermiştir⁶⁵.

Pozitivistler sadece suçlunun fiziksel özellikleri üzerine yoğunlaşmamışlardır. Klasik kuramın suçluya karşı ilgisizliğinin yerini pozitivistlerin, suç işleyen kişiliği, psikolojisi ve içinde yaşadığı toplumsal koşullara yönelen ilgisi almıştır⁶⁶. Gerçekten ilginin suçtan suçluya yönelmesiyle suçlunun psikolojisi, içinde olduğu aile ve toplumsal ortamı giderek önem kazanmış, özellikle suç işleyen çocuğun çevrenin kurbanı olduğu görüşü de geçerlilik kazanmıştır⁶⁷. İrade serbestisini reddeden pozitivistler, “herkesin doğuşunun ve içinde bulunduğu toplumun nedensel bir sonucu” olduğunu kabul ederler⁶⁸. Suç iradi, suçlu da kusurlu olmadığına göre ceza ödetici değil düzeltici olmalı, suçlunun ‘tehlikelilik hali’ ortadan kalkana kadar devam etmelidir. Pozitivist kuram cezanın gereksiz olduğu ve suçlunun cezalandırılmaya değil düzeltilmeye ihtiyacı olduğu görüşlerini ileri sürerek ceza yerine güvenlik tedbirlerini önermişlerdir. Suçun tehlikeliliğine ve toplumun savunulması ihtiyacına pozitivistlerin yaptığı vurgu,⁶⁹ akıl hastaları ve çocukların da uygun bir yaptırımla-güvenlik tedbirleriyle karşılaşmalarını sağlamıştır. Nitekim güvenlik tedbiri pozitivist kuramın etkileriyle Avrupa’daki ceza kanunlarında yerini almıştır⁷⁰. Yaptırımın amacı ve yaptırım uygulamanın mantığına ilişkin olarak pozitivistlerin ceza politikasına getirdiği bu yenilik, suç işlemiş çocuklara uygulanan yaptırım açısından önemlidir. Buna göre suç işlemiş çocuklara uygulanan koruyucu ve düzeltici tedbir, ancak çocuğun kişiliğinin incelenmesinden sonra

⁶⁴ DÖNMEZER, Avrupa’da suç istatistikleri üzerindeki ilk çalışmaların 1818-1829 tarihlerinde gerçekleştirildiğini aktarıyor. DÖNMEZER, Cezai Mesuliyetin..., s.31.

⁶⁵ Biyolojik, antropolojik okulun babası sayılan Lombrosso, suçlular üzerinde yaptığı araştırmalarda alın çıkıklığı, kafatası genişliği, dudak inceliği gibi fiziksel özellikleri gruplayarak suçluları sınıflandırmıştır. Zeki HAFIZOĞULLARI, Ceza Hukuku Ders Notları, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/bolum3.doc> s.149, SOKULLU, Kriminoloji, s. 129-131.

⁶⁶ Ceza Hukukunda Pozitivizmin önde gelen isimlerinden Lombrosso’nun yazdığı kitabın ismi de suçluya yönelen ilgiyi gösterir niteliktedir: “Lombroso, Cesare (1876) *L'Uomo Delinquente*. Suç İşleyen İnsan” Milan: Hoepli. 1876.

⁶⁷ Özellikle Pozitivist kuramın çocuk suçluluğunun nedenleri hakkında getirdiği açıklamalar için ÖZKÖK, Türkiye’de Çocuk..., bkz. 13.

⁶⁸ HAFIZOĞULLARI, Ceza Hukuku ...,s. 150.

⁶⁹ Pozitivist kuramın terminolojisi içinde yer alan suçun tehlikeliliği, toplumun savunulması gibi önermelerle XIX. Yüzyıl da burjuvazinin “tehlikeli sınıflar” kavramlaştırmasının birbirine olan yakınlığı dikkat çekicidir. Metodolojik açıdan pozitivist kuram içinde yer alan suça biyolojik açıklamalar getiren yaklaşım ile “tehlikeli sınıflar” kavramlaştırması arasındaki ilişkinin ayrımcılık ve toplumsal dışlama bağlamlarında analizi için bkz.: ÜMİT, Mekandan İmkana ..., s.68-73; 239-245.

⁷⁰ ONUR, Suçlu Çocuklara..., s.23.

seçilebilecektir⁷¹. Temyiz kudreti ile hareket ettiği tespit edilen çocuğa hapis cezası da verilebileceğini kabul eden pozitivist kuram ile çocuğa uygulanacak yaptırım olarak ödetmeyi (kefaret) tercih eden klasik kuram, XIX. yüzyıl sonlarından itibaren hukuk metinlerinde bir arada yer alarak, çocuk ceza sistemini belirlemişlerdir. Böylece sistem suç işlemiş çocukları sınıflayarak koruyucu, düzeltici güvenlik tedbirlerinin yanı sıra, ödetme ve hapis cezasının da uygulanmasını mümkün kılacak biçimde dönüşmüştür. Bu dönemde pozitivist kuramın etkisiyle, giderek güçlenen ceza hukukunun toplumu savunma misyonu ile yüklü olduğu görüşünün suça karışmış çocukların ıslah edilmesi düşüncesinin hayata geçmesini sağladığını görüyoruz.

Pozitivizmin kabullerine göre cezai sorumluluğun esasları olan toplumsal sorumluluk, kişinin toplum içinde yaşamasından kaynaklanır ve eylemleri ile topluma zarar vermeme ve tehlike yaratmama sorumluluğudur. Ceza verme hakkı da bu sorumluluğun tam karşısına denk gelir ve toplumun savunulması esasına dayanır. Pozitivistlerin klasik kurama yönelttiği en önemli eleştiri, suç işleyen kişinin özgün nitelik ve koşullarına bakmadan önceden gösterilmiş yaptırımları her önüne gelene uygulayan adalet sisteminin, hastayı muayene etmeden, hastanın durumunu bilmeden ilaç vererek hastanın iyileşmesini bekleyen doktora benzetilmesidir⁷².

Çocuklar açısından bu eleştiri büyük önem taşımaktadır. Çocuklara uygulanacak yaptırımlar özellikle kefarete düşüncesinden uzak olmalı. Çünkü yaptırım suç işleyen kişiliğine uydurulmalı ve suç işleyen kişiliğine uydurulması sırasında suçlunun üyesi olduğu sınıf, içinde büyüdüğü ortamın koşulları ve "tehlike hali" göz önünde bulundurularak topluma yeniden kazandırma amacına hizmet edecek bir yaptırım uygulanmalıdır. Yaptırımın türü ve derecesini saptarken göz önünde tutulan bu unsurlar yaptırımın ne kadar süreceğine karar verirken de etkili olmalıdır. Çünkü yaptırımın türü ve derecesini suça bakarak tespit etmek ne kadar hataysa, yaptırımın süresi önceden belli ve sabit olması da o kadar hatalıdır. Yaptırımın esasını belirlemesi gereken unsur suçlunun kişiliği ise, yaptırım devam ederken bu kişilikte ve özgün koşullardaki değişiklikler de göz önüne alınarak yaptırımın uyarlanması mümkün olmalıdır. Pozitivist kuramın çocuklar açısından yaptığı bir diğer önemli katkı bu noktada karşımıza çıkar, amaç kefarete değil toplumu savunmaktır; yaptırımın illaki ceza olması gerekmez; cezanın yerini tutan tedbirlerle de (emniyet tedbirleri) toplum kendi savunabilir.

Pozitivizmin bu katkılarının yanı sıra klasik kuramın da bazı kabullerini birlikte kullanan Toplumsal Savunma Kuramı çağdaş hukuk belgelerindeki suç işleyen çocuklara özel statünün oluşturulmasında en büyük katkıyı sağlamıştır dememiz yanlış olmaz. Cezanın yerine emniyet tedbiri uygulaması, çocuklara ceza ehliyetleri bulunması halinde yaptırım uygulanabilmesi, yaptırımın tehlike hali geçene kadar devam etmesi ve yaptırımın amacının topluma yeniden kazandırma olması gibi birçok unsuru geliştirerek daha insancıl bir hukukun mümkün olduğu düşüncesini savunan Toplumsal Savunma

⁷¹ ÖZKÖK, Türkiye'de Çocuk...,s.14.

⁷² DÖNMEZER, Sulhi, Kriminoloji, 6. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981, s.6.

Hareketinin önde gelen isimlerinden **Flippo Gramatica**; adalet sisteminin fiilin suç teşkil etmesiyle değil “toplum yaşamına karşıtlık” (antisocialita) oluşturmasıyla ilgilenmesi gerektiği üzerinde durur. Bu kabuller ışığında devletin konumunu ve işlevini yeniden belirleyen **Gramatica** “Toplumsal Savunma İlkeleri” isimli eserinde şu çarpıcı ifadelere yer verir:

“(…) Devlet toplum içinde bireyin suçlu olmasına yol açan nedenlerle savaşıyor ve onları ortadan kaldırmak veya etkilerini azaltmak zorundadır. Şu halde devleti, yasa aracılığı ile kurulmak istenen düzeni korumak için suçluyu cezalandırmak yetkisine sahip bir kuvvet olarak değil, onu topluma yeniden kazandırmakla görevli bir organ saymak gerekir”⁷³.

Suç işleyen çocuklara özgü statünün oluşumuna bir başka katkısı **Gramatica**’nın anti sosyal kavramıyla da yaptığını görüyoruz. İlerleyen başlıklarda değineceğimiz uluslararası belge ve sözleşmelerde karşımıza çıkan “anti sosyal davranış” kavramını doğru anlayabilmenin “Toplumsal Savunma İlkeleri”ni bilmekten geçtiğini söylemeliyiz.

Nitekim pozitivist kuramın rüzgârıyla XIX. yüzyılın ikinci yarısı çocuklara özgü adalet sistemi ve infaz kurumlarının kuruluşuna sahne olmuş ve ilerleyen tarihlerde Toplumsal Savunma Hareketinin öncülüğünde çocuklara özgü statünün gelişerek olgunlaşması mümkün olmuştur. Örneğin İngiltere’de 1847 yılında “Children and Young Person Act” Çocuklar ve Gençler Yasası çıkarılmış, 1849–1852 yılları arasında ise suç işlemiş çocukların iyileştirilerek topluma kazandırılması hedefini gerçekleştirebilmek için üç ıslah okulu kurulmuştur⁷⁴. Birbirini izleyen ve tüm Avrupa’ya yayılan bu gelişmeler, çocuğun suç teşkil eden hareketinin cezalandırılması yerine, çocuğun ıslahını hedefleyen eğilimin sonucu gerçekleşmiştir.

1899 yılında Amerika’nın Pensilvanya eyaletinde itfaiyenin nasıl söndüreceğini merak ettiği için yangın çıkaran 8 yaşında bir kız çocuğunun, büyüklerle birlikte bir infaz kurumuna kapatılmasıyla birlikte alevlenen tartışmalarda, bu eğilim galip gelerek, çocuklara özgü ilk mahkemenin kuruluşunda etkin rol üstlenmiştir⁷⁵. Aslında XIX. yüzyılın ikinci yarısında İngiltere, İsviçre gibi Avrupa ülkelerinde çocuklara özgü yargılama usulüne ilişkin birçok düzenlemenin yapıldığını, mahkemelerin çocukları yargılamakten aleniyet sınırlandırılması, jürisiz yargı gibi kurallara göre çocukları yargıladıklarını biliyoruz. Amerika’nın farklı eyaletlerinde de çocuklara özgü usul kurallarının ve çocuklara özgü denetim- gözetim sistemlerinin uygulanmasına rağmen, ayrı bir adalet

⁷³ “Toplum yaşamına karşıtlık” kavramının özü ve Toplumsal Savunma Hareketinin ilkeleri için bkz.: Flippo GRAMATICA, Toplumsal Savunma İlkeleri, (Çev.: Sami Selçuk), Ankara, 2005, s. Toplumsal Savunma Kuramının başkaca düşünürleri ve ilkeleri için bkz.: Burhan Caner HACIOĞLU, Suçlu Çocukların Muhakemesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1985, s.13-18.

⁷⁴ ARTUK, Çocuk Ceza Hukukunun..., s.30, dipnot 12.

⁷⁵ Aslında 1899 Illinois eyaletinde kurulan mahkemenin ilk çocuk mahkemesi olduğu görüşü tartışmalıdır: ŞENSOY, Çocuk Suçluluğu .., s. 153, dipnot, 24.

sisteminin oluşturulması 1899 yılında Illinois Çocuk Mahkemesi Yasası ile öngörülmüştür⁷⁶.

Sadece çocukların yargıldığı mahkemelerin kurulmasının anlamı hukuk sistemleri için olduğu kadar insanlık için de çok büyüktür. Gerçekten çocuk mahkemeleri, başlangıçta çocuk suçlulara ve ihmal edilen çocuklara bakım temin eden hukuk sisteminden ayrı bir (non-legal) sosyal hizmet kuruluşu olarak düşünülmüş ve bu işlevi yerine getirmiştir⁷⁷.

Çocuklara özgü adalet sisteminin ve infaz kurumlarının oluşturulması fikrinin doğması ve hayata geçirilmesi çocuk suçluluğunun tarihsel bağlamında bizi modern zamanlara bağlayan önemli bir dönüm noktasıdır. Çocuklara özgü bir yargılama mekanizması ve çocukların yetişkinlerden farklı kurallarla muhatap olması fikrinin modern toplumlarda yaygınlaşmasıyla “çocuk suçluluğu” ifadesi modern hukuktaki anlamını kazanmıştır.

5) Paternalizme Karşı Özgürleştirici Hareket: Kadife Eldivenli Adalet

Çocukları hukuk yoluyla koruma fikri, bir taraftan koruyucu yasaların hayata geçmesini sağlarken, diğer taraftan çocukların özgürlüğünün ciddi biçimde sınırlandırılmasına neden olmuştur. Çocukları bir nesne gibi korurken haklarını koruyamayan birçok düzenleme, yaşa bağlı ayırmacılık yaparak çocukları yetişkinlere ve toplumsal yaşama karşı savunmasız bıraktığı gerekçesiyle eleştirilere hedef olmuştur. Çocuk Hukukunun gelişiminde rol oynayan bu ikinci yaklaşım paternalist korumacılığa karşı eleştiriler etrafında toplanmıştır⁷⁸. Paternalist korumacılığa karşı özgürleştirici hareketin 1970’lerde güçlenerek geliştiğini görüyoruz. ‘Kendi kaderini tayin etme gücü’ şiarını kullanan hareketin adı ilk defa “Çocuk Hakları” isimli bir kitabın alt başlığında yer alır⁷⁹.

Genel olarak paternalizm, felsefeciler tarafından en çok “rasyonaliteden yoksunların rasyonel iradeye teslim olması gerektiği” iddiası noktasından eleştirilmiştir. Kadınlara, siyahlara ve etnik azınlıklara yönelik ayırmacılığın temelinde yatan düşünce olan paternalizme yönelik eleştiriler güçlendikçe, düşünce çocuklar için kurduğu teorik alandan da çekilmeye başlamıştır. Özellikle kadın hareketinin kazanımlarıyla sağlamlaşan özgürleştirici yaklaşım, toplumun bir kesiminin çıkarlarının başka bir kesime emanet

⁷⁶ Çocuk Mahkemelerinin kuruluşunu hazırlayan çocuklara özgü jürisiz ve aleni olmayan yargılama düzenlemeleri için bkz. ÖZKÖK, Türkiye’de Çocuk..., s.18-20.

⁷⁷ L.J. Siegel ve J.J. Senna, Juvenile Delinquency’den aktaran Sevda ULUĞTEKİN, Çocuk Mahkemeleri ve Sosyal İnceleme Raporları, Ankara, 2004, s.6

⁷⁸ CAMPBELL, Some Early..., s.12-14.

⁷⁹ CAMPBELL, Some Early..., s. 13.

edilmesinin tehlikelerine ışık tutarak, bu bağlamdaki her tür vesayetin sorgulanmasının yolunu açmıştır⁸⁰.

Paternalist korumacılığa karşı öz-belirlenimi savunan özgürleştirici yaklaşım, paternalizmin rasyonaliteyi kalkan olarak kullanıp, böylece bir grubun başka bir gruba boyun eğdirmesini meşrulaştırma aracı sağladığını iddia eder. Öz-belirlenimciler paternalizmin rasyonaliteye ilişkin ön kabulünü sorgularken, felsefi düşün dünyasındaki genel geçer rasyonalite tanımlarını irdeler: **Max Weber**'e göre; amaçsal rasyonalite (zweickrational), önceden belirlenmiş bazı amaçlara ulaşmak için uygun araçlar seçildiğinde gerçekleşirken, değer açısından rasyonellik (wertrational), eylemler, topluluğun ahlaki standartları ve değerleriyle uyumlu olduğunda mümkün olmaktadır. Rasyonalitenin standart IQ testlerinde ölçülmüş zekânın belli bir seviyede olması ile de tanımlandığını **Franklin** aktarıyor⁸¹. **Piaget**'nin çocuk gelişiminde artık klasikleşmiş aşamalarına göre ahlaki ve bilişsel gelişim çocukta 12–14 yaş arasında en üst seviyesine ulaşmaktadır. **Piaget**'nin teorisine göre bireyin seçiminin muhtemel sonuçlarını anlayabilmesi rasyonalitenin karşılığıdır⁸². İster köklerini **Kant**'ta bulan bir etik teori yardımıyla tanımlansın, isterse **John Rawls**'un üçlü ahlak ayırımından yola çıkarak tanımlansın, öz-belirlenimcilere göre rasyonalitenin anlam belirsizliği ve çokluğu giderilememiştir⁸³. Öz-belirlenimci akımın savunucularından **Palmeri** rasyonalite tanımındaki belirsizliği vurgulayarak, bizim genellikle çocukların rasyonel olmadıkları argümanını paternalist uygulamalarımızı örtbas etmek için kullandığımızı savunmaktadır⁸⁴. Özgürleştirici hareket, çocukların irrasyonel ve yetersizliğinin ileri sürülerek yasal haklarının elinden alındığını, oysa yetişkinlerle eşit haklara sahip olmalarının önünde hiçbir engelin bulunmadığını ileri sürmektedir.

Korumacı paternalizme yönelik eleştirilerle güçlenen öz-belirlenimci özgürleştirici hareket etkilerini 1989 Birleşmiş Milletler Çocuk hakları Sözleşmesinde göstermiştir⁸⁵. Sözleşme daha önsözde, "... insanlık ailesinin tüm üyelerinin doğuştan varlıklarına özgü bulunan haysiyetle birlikte eşit ve devredilmez haklara sahip olmalarının tanınmasının, dünyada özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğu ..." düşüncesine yer vererek çocuğu birey olarak kabul eden bakışını ortaya koymuştur. Önsöz, "Çocuğun toplumda bireysel bir yaşantı sürdürebilmesi için her yönüyle hazırlanmasının ve Birleşmiş Milletler Şartı'nda ilan edilen ülküler ve özellikle barış,

⁸⁰ Düşünsel zemin hazırlamanın yanı sıra kadın klüpleri ve derneklerinin çocuk hareketi içerisindeki etkin rolü için bkz. MARGOLIN, *Salvation Versus...*, s. 8-11, PLATT, *The Child Saving...*, s.5-8.

⁸¹ FRANKLIN, *Çocukların Politik...*, s. 42.

⁸² Jean PİAGET, *Çocukta Hüküm ve Muhakeme*, (çev.: Sabri Esat Ziyavuşgil), İstanbul, 1939, s.74, 182, 190.

⁸³ Ann PALMERİ, *Childhood's end: Toward the Liberation of Children*, *Children Rights* içinde, s. 156.

⁸⁴ PALMERİ, *Childhood's End...*, s. 154.

⁸⁵ Türkiye, sözleşmenin 17, 29, 30. maddelerini Anayasa ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Anlaşmasının hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama hakkını saklı tutarak 14 Eylül 1990 tarihinde Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'yi imza etti. Sözleşme 1982 Anayasasının 90. maddesine ve 31.5.1963 tarih ve 244 sayılı Kanun hükümlerine göre, 9 Aralık 1994 tarihli ve 4058 Sayılı kanunla Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeyi onayladı. Bakanlar Kurulu, sözleşmeyi 244 Sayılı Kanunun 3. maddesinin 1. bendine göre 23.12.1994 tarihli ve 94/6423 sayılı karar ile yürürlüğe koydu. R.G. 27 Ocak 1995 tarih, sayı 22184 s.1-33.

değerbilirlik, hoşgörü, özgürlük, eşitlik ve dayanışma ruhuyla yetiştirilmesinin gerekliliğini” vurgulayarak devam etmektedir⁸⁶. Bu sözleşmenin amacının “çocukların her türlü kötü muamele ve sömürden, açlık ve yoksulluktan uzak tutularak kendi potansiyellerini gerçekleştirmeleri ve gelişimlerini özgürce sağlayabilmeleri, toplumun yararlı ve sorumlu üyeleri olmaları”nı mümkün kılmak yolunda ülkelere görev yüklemek olduğunu söyleyebiliriz⁸⁷. Sözleşme yaşama hakkı, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü, özel yaşama saygı, kendisini ilgilendiren kararlara katılma hakkı gibi genel haklardan; ekonomik, cinsel - her tür sömürü ve istismardan, şiddetten korunma hakkı gibi korunma tedbiri gerektiren haklardan; nüfusa kayıt, isim, vatandaşlık, ana-babasını bilme gibi medeni statüsünü ilgilendiren haklardan; uygun yaşam koşullarına sahip olma, eğitim, sağlık, sosyal güvenlik hakkı gibi gelişim ve refah haklarından; özürlü, mülteci, kimsesiz, silahlı çatışmalardan etkilenen çocuklar gibi güç ve özel koşullardaki çocukların haklarından oluşmaktadır⁸⁸.

Görüldüğü gibi sözleşmede yetişkinlere tanınan temel haklar ve sosyal haklar büyük ölçüde tanınmış, bunların yanında çocuğun refahını ve gelişimini koruma altına alan haklar da yer bulmuştur⁸⁹. Bu metnin korumacı yaklaşım ile özgürlükçü yaklaşımdan birbirini tamamlar biçimde yararlanılarak oluşturulduğu genel kabul görür. Çocuğun özgürlüğünü yok etmeden de çocuğun korunmasının mümkün olabileceğini savunan bu yaklaşımı **Serozan**, çocuğun ağzından aktardığı şu sözlerle formüle etmektedir:

“beni sorumlu tutma; eğer sorumlu tutacaksan kadife eldivenle tut”

Serozan çocuğun özgür birey olarak kabul edilirken aynı zamanda korunmasına çocuğun cezai sorumluluğu açısından örnek veriyor. Bu iki yaklaşımın birbirini dışlamadan yorumlanması sayesinde cezai sorumluluk konusunda çocuğun yasa koyucuya ve uygulayıcıya “beni sorumlu tutma; eğer sorumlu tutacaksan kadife eldivenle tut” deme olanağına kavuştuğunu ifade eder⁹⁰.

Nitekim XX. yüzyılın ikinci yarısından başlayarak bu iki yaklaşımın birlikte katkısı doğrultusunda hukuk reformu, çocuğun hukuki statüsünde iki yönde değişime neden olmaktadır: Daha fazla yetişkin hakkının çocuklar için de genişletilmesi ve çocuğa özgü ihtiyaçların ve çıkarların hukuken yürütülebilen haklar olarak tanınması⁹¹.

⁸⁶ Rachel HODGKIN, Peter NEWELL, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El kitabı, UNICEF, 2000, s. 597.

⁸⁷ OZANSOY, Öznesini Arayan..., s. 55.

⁸⁸ CAMPBELL, Some Early History ..., s. 15.

⁸⁹ Çocuk hakları katalogunu dört grupta sınıflamak doktrinde genel kabul görür.1. Medeni haklar ve kişisel (koruyucu) haklar, 2. Ekonomik Haklar, 3. Sosyal Haklar, 4. Kültürel Haklar. Bu gruplarda sayılan hakların detaylı katalogu için bkz.: Ali Naim İNAN, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C.: 44, Sa.: 1, 1995, s.765- 778.

⁹⁰ Çocuk Hukukunda, çocuğun özgürlüğü yok edilmeden korunabileceği yolundaki görüşler için bkz., SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 6-8.

⁹¹ RODHAM, “Children Under Law”, Children’s Rights içinde, s.29.

Çocuk hukukunun *Magna Cartası* olarak adlandırılan bu metinde bir arada kullanılan iki yaklaşım, kuramsal açıdan yoğun tartışmalara ve farklı karma görüşlere kaynaklık etmeye devam etmektedir⁹². Örneğin öz-belirlenimci özgürleştirici yaklaşım, çocukların politik haklarını, seçme ve seçilme hakkının yaşa bağlı ayırimcılık yaratılmaması için, yaş sınırının düşürülmesi talebi çerçevesinde savunmaktadır⁹³.

Çocuk koruma hareketinin etkilerinin yanı sıra, çocuk emeğinin kötüye kullanılmasına devlet müdahalesinin gerçekleşmesini sağlayan koşulları 1848 işçi hareketlerinin kazanımları içerisinde de değerlendirebiliriz. Eğitim hakkı gibi sosyal hakların ilk olarak 1848 Fransız Anayasası ile yasal metinlere geçmesi, devlete sosyo-ekonomik sorunlar karşısında pasif kalmayarak bir takım faaliyetlerde bulunma ediminin yüklenmesi, bu yönüyle sosyal refah devletinin ilk ayak sesleri olarak kabul edilmektedir. Ancak tüm bu yasal düzenlemeler sonucunda çocukların yaşam koşullarının düzeldiğine dair somut veriye rastlanmamaktadır. Yaygın yoksulluk ve kötü koşullar içinde yaşayan çocukların işledikleri suçlar arasında hırsızlık suçunun arttığını bu konuda yapılmış araştırmalardan öğreniyoruz⁹⁴.

II- Çocuklara Özgü Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler-Uluslararası Ölçütler Işığında Türkiye'den Örnekler

Gerek Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS) gerekse Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Ceza Adaleti Yönetimi için Asgari Standart Kurallar (Pekin Kuralları), Özgürlüklerinden Yoksun Bırakılan Çocukların Korunması için BM Kuralları (Havana Kuralları) ve Çocuk Suçlarının Önlenmesi için BM İlkeleri (Riyad İlkeleri) gibi belgelerde çocuklara özgü bir ceza yargılamasının sistematik bir çocuk ceza adalet yapısı olabilmesi için gereken unsurlar belirtilmiştir. Bu belgelerin hukuki nitelikleri ve birbirleriyle olan ilişkilerine değinmekte fayda var. ÇHS taraf devletlerin imza atarak bağlayıcılığını kabul ettiği uluslararası bir anlaşmadır. Bu metne çocuk haklarının Magna Carta'sı denmesinin nedeni, çerçeve metin olarak diğer tüm düzenlemelere temel teşkil etmesidir. Pekin-Havana Kuralları, Riyad İlkeleri ise BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen tavsiye niteliğindeki kararlardır. Bu belgelerin tavsiye niteliğindeki kararlar olması hukuki açıdan bağlayıcılığı olmadığını gösterse de bu belgelerin önemi ÇHS'nin özü ve sözüne ilişkin somut kuralları formüle etmesinden kaynaklanmaktadır. ÇHS'nin çerçeve metin olarak

⁹² Korumacı ve özgürleştirici yaklaşımdan yola çıkarak geliştirilen karma görüşler için bkz. ADAMS, Çocuk Hukuku ve Çocukların, Gençlerin Hakları, Çocuk Hakları içinde, s.131 vd.

⁹³ Çocukların politik haklarının genişletilmesini demokratik haklar kuramı açısından gerekçelendirerek savunan görüşler için bkz: Jeremy ROCHE, "Children: Rights, Participation and Citizenship", Children's Rights içinde, s.269-287., FRANKLIN, Çocukların Politik Hakları, Çocuk Hakları içinde, s.36-67. Özgürleştirmeye karşı çıkan görüşler çocukların daha fazla yetişkin haklarıyla donatılmasını farklı gerekçelerle doğru bulmamaktalar. Haklar retorığının çocukların hayatlarını daha iyi kıldığını savunan Onora O' NEIL görüşlerini Children Rights and Children's Lives makalesinde ileri sürerken Laura M. PURDY, Why Children Should'nt have Equal Rights makalesinde siyaset felsefesi açısından eşitlik, demokrasinin doğası ve rasyonalite bağlamlarından çocukların yetişkinlerle aynı haklarla donatılmasına karşı çıkıyor. Onora O' NEILL, "Children Rights and Children's Lives", Children's Rights içinde, s.291-311, Laura M. PURDY, "Why Children Should'nt have Equal Rights", Children's Rights içinde, s. 329-349.

⁹⁴ Örneğin Hadi Tan, Fransız, İsviçre, İtalya, Macaristan ve Yunanistan'da yapılmış suç istatistikleri üzerinde gerçekleştirdiği incelemesinde, çocukların 14-18 yaş arasında çoğunlukla hırsızlık suçu işlediği sonucuna varmaktadır. Hadi TAN, Çocuk ve Ceza, Adliye Ceridesi, S.4, 1943, s.428-429.

ortaya koyduğu ilkeler ve ölçütler bu belgelerde vücut bulmakta yani nasıl anlaşılması gerektiği ortaya konmaktadır. Bu nedenle Çocuk Ceza Adalet Sistemi'ni bu belgelerin bir arada yorumunun inşa ettiğini söylemek yanlış olmaz.

Çocuklara özgü yasa, usul ve makamların varlığını temininden daha öncelikli olarak, çocuk ceza adalet politikası oluşturma hedefi bu belgelerde işaret edilmektedir. BM Çocuk Hakları Komitesinin (Komite) Ceza Adalet sistemindeki çocukların hakları üzerine hazırladığı yorumlarda kurum ve kanunların şekli varlığının yeterli sayılamayacağı, kanunlarla ihtilafa düşen çocuklarla ilgili olarak adli kovuşturma olmaksızın önlemlerin geliştirilmesi-uygulanması ve çocuğun özgürlüğünden yoksun bırakılmasının ancak en son başvurulacak bir önlem olması gibi ilkelerin özümsemesinin önemi özellikle vurgulanmaktadır.

Belgelerde kapsamlı bir politikanın temel öğelerinin çocuk suçluluğunun önlenmesi; adli kovuşturmaya başvurmaksızın ve yasal çerçevede müdahaleler; çocuk ceza adaletinde cezai sorumluluk için asgari ve azami yaş sınırları; adil yargılanma güvencesi ve mahkeme öncesi gözaltı ve mahkeme sonrası hapis dâhil özgürlükten yoksun bırakılmanın istisnai olarak uygulanması şeklinde sayıldığını görüyoruz. Ayrıca çocuk suçluluğunun artışının sözleşmeye taraf devletlerin suçu önlemeye ilişkin etkin politikalar üretmemesinden kaynaklanıyor olabileceği görüşünün de bu uluslararası belgelerde sık sık dile getirildiğini görüyoruz. Bu yorumlar çocuk ceza adalet sisteminin sadece suça karışan çocuklara ilişkin yaptırımlar, uygulamalar ve kurumlardan oluşan bir dizge değil aynı zamanda çocukların kanunlarla karşı karşıya gelmesini engellemeye yönelik önlemleri içeren kapsamlı bir politika olması gerektiğini vurgulamaktadır. Günümüz uluslararası çocuk hakları paradigmasının devletlere, çocukların kanunlarla ihtilafa düşmesini önleyecek tedbirler alma yükümlülüğü verdiğini açıkça görüyoruz. Burada Toplumsal Savunma Hareketinin önemli bir argümanının uluslararası haklar sözleşmelerine hâkim olduğunu görüyoruz. Nitekim çocuk ve haklarına ilişkin paradigmayı açıklamaya ayırdığımız önceki başlıkta görüşlerine yer verdiğimiz **Gramatica**'nın söylediği gibi toplum içinde bireyin suçlu olmasına yol açan nedenlerle savaşmak ve onları ortadan kaldırmak veya etkilerini azaltmak devletin görevidir. Bu yüzden devletin kanunla kurulmak istenen düzeni korumak yetkisine sahip bir güç değil, suç işleyeniyeniden topluma kazandırmakla yükümlü bir organ olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim Komitenin 2007/10 tarihli yorumunda taraf devletlerin kapsamlı bir çocuk ceza adalet politikasından yoksun olmasının çocukları kanunlarla karşı karşıya getiren temel etken olabildiğine dikkat çekilmekte ve bu eksikliğin taraf devletlerin kanunları ihlal eden çocuklara yönelik muameleye ilişkin yetersiz istatistikî veri sunmalarını açıkladığı görüşüne yer vermektedir⁹⁵. Kapsamlı çocuk adalet sistemini oluşturan başlıca unsurlar ilkeler, standartlar ve bunlara uygun oluşturulmuş yasalar ve kurumlardır. Bu yüzden ilk olarak, öncelikli olan ilkeleri inceleyelim.

⁹⁵ Committee on the Rights of the Child, Forty-fourth session, Geneva, 15 January-2 February 2007, GENERAL COMMENT No. 10 (2007), Children's rights in Juvenile Justice, P.: 1,2.

A) Çocuklara Özgü Yargılamanın Uluslararası İlkeleri: Ceza Adalet Sistemine Hâkim İlkeler

1) Ayrımcılık Yasağı (Madde 2)

Önceki başlıkta düşünsel temellerini tanıtırken çocuk hukukunun Magna Cartası olarak adlandırdığımız Çocuk Hakları Sözleşmesinin 2. maddesi hangi uygulamaların çocuğa karşı ayrımcılık olduğunu belirler:

“Madde 2:

1. Taraf Devletler, bu sözleşmede yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa, kendilerinin, ana babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin tanır ve taahhüt ederler.

2. Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, yasal vasilerinin veya ailesinin öteki üyelerinin durumları, faaliyetleri, açıklanan düşünceleri veya inançları nedeniyle her türlü ayırma veya cezaya tâbi tutulmasına karşı etkili biçimde korunması için gerekli tüm uygun önlemleri alırlar.”

Devletler bu sözleşmeye imza koymakla, kanunlarla ihtilafa düşen bütün çocuklara (Türkiye’deki yaygın kullanımıyla suçlu çocuklara) eşit davranılmasını güvence altına alan önlemler geliştirme yükümlülüğü altına girmiştir. Ayrımcılık yasağı ülkenin genel politikasındaki fiili ayrımcılıktan ayrı düşünülemez. Nitekim komite bu köprüyü kurarak sokak çocukları, ırksal, etnik, dine ve dile dayalı azınlıklara ait çocuklar, yerli halktan çocuklar, kız çocuklar, engelli çocuklar ve sık sık suç işleyen çocuklar gibi grupların kanunlarla sık sık karşı karşıya gelmesinin istikrarlı bir politikanın yokluğundan kaynaklanabileceğine dikkat çekmektedir. Ayrıca çocuk ceza yargılaması uygulamalarındaki bu gruplara yönelik fiili ayrımcılığa ve eşitsizliklere özellikle hassasiyet gösterilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

Ayrımcılık yasağı suçlu çocuklara eşit muamele edilmesini emreder. Mevzuatı bu doğrultuda yapılandırmanın yetmeyeceği açıktır. Ayrımcılık yasağını kâğıt üzerindeki bir ilkedden çıkararak, çocuk ceza adaleti yönetiminde görev alan profesyonellerin ayrımcılıkla mücadele eğitimi almasıdır. Türkiye de taraf devletlerden biri olarak ceza adalet sistemindeki tüm aktörlerin ayrımcılıkla mücadele eğitimi almalarından sorumludur. Son yıllarda nicelik açısından hızla artan bu eğitimlerin niteliği açısından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Gerek kolluk, gerek yargılama gerekse infaz aşamasında görev alan tüm ilgililerin eğitimi sistematik ve sürekli olmalıdır.

Oysa Türkiye’deki hizmet içi eğitimlerin sürekliliği sağlanamamakta, çoğu zaman mesleğe başlangıçta bir seminer niteliğindeki “brifing”lerle yetinilmektedir. Sadece kamu kurumlarının değil Baroların da verdiği eğitimin bu vb. birçok eksiklikle malul olduğunu

görüyoruz. Nitekim bu eğitimlerin yürürlükteki ulusal ve uluslararası yasal hükümler hakkındaki bilgiyle sınırlı olduğunu raporun girişinde belirtmiştik. Komitenin bu eğitimlerin “aynı zamanda çocuk suçlarının toplumsal ve diğer nedenlerini, [azınlık ve yerli halklardan çocuklara ve kız çocuklarına özel bir ilgi ile] çocuk gelişiminin psikolojik ve başka yönlerini, gençlerin kültürünü ve dünyadaki eğilimleri, grup çalışması dinamiklerini, ceza yasasını ihlal eden çocuklara uygulanan önlemleri, özellikle adli kovuşturmayla başvurmaksızın alınan önlemleri de içermesi” gerektiğini önemle vurgulaması da bu bağlama işaret etmektedir⁹⁶.

Eğitimlerdeki içerik ve anlama ilişkin bu yoksulluğun personel kalitesi üzerindeki neticelerinden biri olarak değerlendirebileceğimiz bir olguyu burada aktarmak istiyoruz: Diyarbakır - BiA Haber Merkezi'nin 18 Mayıs 2009 tarihli haberine göre, Diyarbakır Valiliği bünyesindeki İl İnsan Hakları Kurulunun önceden bildiren izin alarak Diyarbakır E Tipi Cezaevi'ndeki çocuklarla yaptığı görüşmelerin sonucundaki gözlemleri, siyasi koşullardaki çocuklara ayrımcılık yapıldığı yönünde. Üç kişilik heyet 3 Nisan'da çocuklarla ve cezaevi yönetimiyle görüşmelerinin sonucunda aşağıdaki tespitler ışığında çocuklara ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini bildiriyor. Heyet'in tespitlerine göre “siyasi tutuklu ve hükümlülere sıcak su kısa süreyle, yetersiz veriliyor. Adli koşullardaki çocuklar, sıcak suyun yeterli ve sürekli olduğunu anlatıyor. Kürtçe ve yasaklanmamış birçok yayın verilmiyor. Yasal yerel kanallar engelleniyor. Siyasi koşullardaki çocuklara, adliyeye geliş-gidişlerinde ring aracı içinde fiziki ve psikolojik şiddet uygulaması ciddi bir iddia. Çocuklara kelepçe kullanımı da ciddi ihlal”⁹⁷.

Çocuk haklarına ilişkin belgelerde “azınlık ve yerli halklardan çocuklara ve kız çocuklarına özel bir ilgi ile” ifadelerine sık rastlıyoruz. Özellikle suça karışan kız çocuklarının ceza adalet sistemine dâhil olmasıyla birlikte daha özenli ve kontrollü olunması gereği önemle vurgulanmaktadır. Express Dergisi'nin Adana Karataş Kadın Cezaevinde 4 ay tutuklu kalan 15 ve 17 yaşlarında iki kız çocuğuyla yaptığı söyleşide çocukların sözleri ve iddiaları kız çocuklarına uluslararası hukuk belgelerinin bu ilgisinin boşuna olmadığını düşündürüyor. Kız çocuklarının maruz kaldıklarını iddia ettikleri şiddet ve ayrımcılığın boyutları ürkütücü boyutlarda:

“O kadar çok dövdüler ki...”

ME - ‘Senin bakışlarına dayanamıyorum, bakışların çok etkileyici’ diyordu. O yüzden dövüyordu.

BE – Çok ayıp şeyler söylüyorlardı.

ME - ‘Sizi ormana götürüp, şöyle şöyle yapmalı. Bütün emniyet sizi şöyle şöyle yapsın. Siz Kürt çocuğusunuz. Anneniz babanız ancak

⁹⁶ Committee on the Rights of the Child, Forty-fourth session, Geneva, 15 January-2 February 2007, GENERAL COMMENT No. 10 (2007), Children’s rights in Juvenile Justice, P.: IV,97.

⁹⁷ Müdür İsmail Gül’ün sözleriyle, cezaevinde 23’ü “siyasi”, kalanı adli tutuklu ve hükümlü, toplam 117 çocuk var. <http://bianet.org/bianet/insan-haklari/114588-diyarbakir-cezaevinde-cocuklarin-durumu-vahim>

doğurmasını bilir sonra sokağa atar' diyordular. Kürt halkına etmedikleri laf kalmadı.

BE - Kemerle vuruyordular. Bir sürü küfür ediyordular. Cezaevinde bizi büyüklerin yanına koydular. O sırada da çok küfür ettiler, dövdüler.

BE - Abi diyorsun ya bana 'Niye düşman diyorsun?' diye. Eskiden düşmanı seviyordum ama artık sevmiyorum. Çünkü hayatımızı bitirmek istiyorlar.

ME - Bizi o kadar çok dövdüler, o kadar çok dövdüler, ama biz ne ağladık ne de güldük. O yüzden bizden nefret ettiler⁹⁸.

Ceza adalet sistemlerinin damgalayıcı etkisinin yol açtığı ayrımcılıkla mücadele etmek de sözleşmenin taraf devletlere yüklediği bir başka görevdir. Suç işledi damgasını ömür boyu taşıyan çocuğun eğitim veya emek piyasasına ulaşmak istediğinde uğradığı ayrımcılığa da devletler gözlerini kapatamaz.

"Bu tür ayrımcılığı önlemeye dönük önlemler alınması, kamuoyunda suç işlemiş çocukların yeniden toplumla bütünleştirilmeleri için uygun destek ve yardım alabilmelerine ve toplumda yapıcı bir rol edinmelerine olanak sağlayan kampanyaların yürütülmesi de önemlidir (ÇHS madde 49 (1))"⁹⁹.

Çocuklara yönelik ayrımcılığın bir diğer yönü yetişkinler yaptığında suç olmayan fiillerin çocuklar için suç sayılmasıdır. Daha önce yer verdiğimiz paternalizmin kalıntıları olarak ülkelerin hukuk sistemlerinde rastladığımız çocuklara özgü suç katalogu çocukların özgürlüklerini kısıtlayıcı işlevin yanı sıra çocukları kolluk ve adli makamlarla tanıştırmak için kriminal özne olma yolunda damgalamaktadır¹⁰⁰. ÇHS paternalizmin olumsuz etkilerini özbelleşimci yaklaşımla gidermeye çalışarak tercihini, çocuklar ve yetişkinlerin bu tür fiiller açısından ceza hukuku bağlamında eşit görülmesinden yana yapmaktadır. Çocuk Suçlarının Önlenmesi için BM İlkeleri'nin (Riyad İlkeleri) 56. maddesi ÇHS'nin bu yaklaşımını şu şekilde formüle etmektedir:

"Gençlerin damgalanmaları, kurban ve suçlu konumuna itilmelerini önlemek amacıyla, yasaların, yetişkin bir kimse tarafından işlendiğinde suç saymadığı ve cezalandırmadığı davranışların genç bir kimse tarafından sergilenmesi durumunu da suç saymamalı ve cezaya konu etmemelidir."

⁹⁸ Express Dergisi, Başbuğ'un "Açılımı" Kargalar Güllüyor, Ulusal Egemenlik Ve Çocuk Bayramı Atmacalar Parçalıyor Sayı.94 (Nisan, Mayıs), İstanbul, 2009.

⁹⁹ Committee on the Rights of the Child, Forty-fourth session, Geneva, 15 January-2 February 2007, GENERAL COMMENT No. 10 (2007), Children's rights in Juvenile Justice, P.: 1,7.

¹⁰⁰ Ceza Adalet Sistemlerinin damgalama yoluyla sonraki sapmalar üzerinde etkili olması tezinin sahadaki verilerle desteklendiği bir çalışma için bkz. ÜMIT, Mekandan İmkana..., s. 93-96, 193-202.

Ülkemizde sokak çocuklarının çoğu zaman bu türden bir damgalamanın kurbanı olması kaygı vericidir. Yanında yetişkin olmadan sokakta bulunan çocukların polis tarafından yakalanarak “idari çocuk” adı altında çocuk şubeye getirilmesi uygulaması ve buna ilişkin düzenlemeler bu hassasiyet ışığında gözden geçirilmeli ve idari tedbirlerle kolluk tedbirleri birbirinden ayrılmalıdır.

Ceza kanununda yetişkinler için suç sayılan fiillerden herhangi birini işlememiş bir çocuğun “serserilik veya (okul ve evden) kaçmak”¹⁰¹ gibi davranışlarına karşı verilecek tepkinin ceza adalet sistemi tarafından olmaması gerekliliği açıktır. Ancak çocuk haklarında refah “welfare” modeli olarak bilinen model gereği, bu tür davranışlar sergileyen çocuğa ve çocuğun ailesine ve/veya bakımından sorumlu kişilere etkin destek verilmesini içeren önleyici önlemlerle ve bu davranışların temelindeki nedenlere yönelik önlemlerle yaklaşılmalıdır. Çünkü Komitenin de haklı bir biçimde belirttiği üzere bu tür davranışlar çoğunlukla psikolojik ve sosyo-ekonomik sorunların sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁰².

2) Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi (Madde3)

Çocuklara karşı ayrımcılık yasağı, özbelirlenimci yaklaşımın çocuğa kazandırdığı bireyin dokunulmaz zırhına ilişkin bir yasaktır. Çocuğa zaten onun olanı verirken yetişkinlerden ayrı muameleye tabi tutulması gereken durumlar saklı tutulmaktadır. Çocuğa özgü farklı yaklaşımın kaynağı çocuğun yüksek yararı ilkesidir. Çocuk Ceza Adalet sisteminin yetişkinlerin ceza adalet sisteminden ayıran temel nokta Çocuk Ceza Adaleti yönetimi çerçevesinde alınan bütün kararlarda çocuğun yüksek yararının öncelikli gözetilmesidir. Çocuk Ceza Adalet sistemi çocuğun yüksek yararını gözetir çünkü çocuklar, fiziki ve psikolojik gelişimleri, duygusal ve eğitim gereksinimleri açısından yetişkinlerden farklıdır. Çocukların yetişkinlere göre daha az sorumlu tutulmalarının temelini de bu farklılıklar oluşturur. Yine bu farklılıklar ayrı bir çocuk ceza adaleti sisteminin ve çocuklara farklı davranılmasının da nedenini oluşturur. Çocuğun yüksek yararının korunması, örneğin suçlu çocuk söz konusu olduğunda ceza adaletinin geleneksel araçlarının (baskı kurma, cezalandırma) yerini rehabilitasyona ve onarıcı adalete bırakması anlamına gelir. ÇHS, 3. maddede ifade dilen çocuğun yüksek yararı ilkesini Birleşmiş Milletler Çocuk Ceza Adaleti Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgarî Standart Kuralları (Pekin Kuralları) Çocuk ceza adalet sisteminin amaçları arasında ilk sırada sayar:

“5. Madde: Çocuk ceza adaleti sisteminde daima çocuğun iyileştirilmesi ön plana alınmalıdır ve çocuk suçlulara gösterilecek tepki hem suçun hem de suçlunun içinde bulunduğu koşullarla orantılı olmalıdır.”

¹⁰¹ Bu davranışların bazı ülkelerin iç hukuk metinlerinde “statü suçları” olarak adlandırıldığını görüyoruz.

¹⁰² Committee on the Rights of the Child, Forty-fourth session, Geneva, 15 January-2 February 2007, GENERAL COMMENT No. 10 (2007), Children’s rights in Juvenile Justice, P.: 1,8.

Pozitivist Ceza Kuramı ve Toplumsal Savunma Hareketinin izlerini açıkça barındıran bu düzenlemede ceza adalet sisteminin sanığın kişiliğine baktığını görüyoruz. Çocuğun yüksek yararı yetişkinlerin çocuklara bağışladıkları bir merhamet ve yüce gönüllülük değildir. Suç işleyen çocuğa toplumun göstereceği tepki, yani hukukun uygulayacağı yaptırım çocuğun içinde bulunduğu koşullar ve suç ile orantılı olmalıdır ve nihai hedefi çocuğu cezalandırmak değil, onu rehabilite ederek topluma yeniden kazandırılmasını sağlamak olmalıdır.

3)Yaşama, Hayatta Kalma ve Gelişme Hakkı (Madde 6)

Sözleşmeye taraf devletlerin çocuk suçlarının önlenmesi için etkin ulusal politika ve programlar geliştirirken rehber edineceği hak 6. maddede ifade edilmiştir. Bu madde çocuğun gelişimi üzerinde olumsuz etkiye sahip olabilecek her tür uygulamadan kaçınmayı devletlere bir görev olarak yükler. İdam ve müebbet hapis cezaları da bu maddeyle uyumlu olarak ÇHS madde 37(a) ile kesinlikle yasaklanmıştır. Ancak özgürlüğünden yoksun bırakılmanın da çocuğun toplumun saygın ve uyumlu bir üyesi olarak gelişimi üzerinde son derece olumsuz etkiler yaptığı ve yeniden topluma bütünleştirilmesini ciddi biçimde engellediği bir gerçektir. Bu nedenle ÇHS madde 37(b) tutuklama, alıkoyma ve hapis dâhil özgürlükten yoksun bırakmanın, ancak en son başvurulacak bir önlem olarak düşünülmesi gereğini ve uygun olabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulması zorunluluğunu hüküm altına alır. Tutuklama ve süresine ilişkin Türkiye'deki düzenleme ve uygulamaları III. başlığımız olan "Türkiye'de Ceza Yargılamasında Çocuk Olmak" altında inceleyeceğiz.

4) Sözünün Dinlenmesi Hakkı (Madde 12)

Özbelirlenimci yaklaşımın çocuklar adına kazanımlarından bir diğeri sözünün dinlenmesi hakkıdır. 12. madde ile taraf devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, bu görüşlere gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar. Bu madde uyarınca çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini ifade etme hakkına saygı gösterilmeli ve çocuk ceza adaletinin her aşamasında bu hak hayata geçirilmelidir. Sözünün dinlenmesi hakkı, çocuğa kendini etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak dinlenilmesi fırsatının, çocuğa, sağlanması anlamına gelir. Sözünün dinlenmesi hakkı aynı zamanda hakkındaki suçlamalardan ve yürütülen adli işlemlerden haberdar olma ile de yakından ilgilidir. Ceza Adalet Sisteminin temel unsurları arasında inceleyeceğimiz adil yargılanma güvencesi altında yargılamaya etkin katılma hakkı (madde 40(2)(b)(iv)) ile birlikte değerlendirilmesi gereği açıktır.

5) Saygınlık (Madde 40(1))

Başta ÇHS olmak üzere, Pekin, Havana Kuralları, Riyad İlkeleri gibi uluslararası belgeler ve bu belgelere ilişkin BM yorum ve tavsiye kararları özbelirlenimci yaklaşımın etkisiyle çocuğun insanlık ailesinin saygın, eşit ve devredilemez doğuştan gelen haklara

sahip bir üyesi olduğu ön kabulüne dayanır. Saygınlık suça karışan çocuklara nasıl muamele edileceğini gösteren rehber ilke durumundadır. Bu ilkenin altını dolduran önermeleri şöyle sıralayabiliriz:

a) Çocuğun saygınlık ve değer duygusuyla tutarlı muamele

Yukarda değindiğimiz gibi doğuştan kazanılan saygınlık ve doğal haklara ÇHS'nin önsözünde açıkça göndermede bulunulmaktadır. Çocuğu aşağılama ve azarlamayı tedip hakkı içinde sayan paternalist yaklaşımın bu ilke ile sınırlandırıldığını söylemek yanlış olmaz. Çünkü İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinin birinci maddesinde de tanımlandığı üzere, bütün insanlar özgür, onurları ve hakları bakımından eşit doğmuştur. Suç işledi diye çocuğa kendini değersiz hissettiren her uygulama ve muamele ÇHS'nin özüne ve sözüne bu gerekçeyle aykırıdır.

b) Çocuğun insan haklarına ve başkalarının özgürlüklerine saygısını güçlendiren uygulamalar

Çocuk Ceza Adalet Sisteminin temel hedefi olan çocuğun rehabilite olması ve toplumla bütünleşmesiyle yakından ilgili olan bu ilke ÇHS 29 (1)(b) maddesinde ifade edilmiştir. Bu ilke çocuk ceza adaleti sistemi çerçevesinde çocuklara yönelik yaptırım ve muamelelerin insan hak ve özgürlüklerine saygıyı geliştirmeye dönük olması anlamına gelmektedir. Bu ilke, devletlere çocuğa yönelik uygulamalarında çok önemli bir misyon yüklemektedir. Çocuğun karşılaştığı uygulamaların adil yargılama güvencelerine tam riayetini şart koştuğu açıktır. Bu durumu Komite şöyle ifade eder:

“Çocuk ceza adaletinin, emniyet görevlileri, savcı, yargıç ve gözaltı görevlileri gibi başlıca aktörlerinin (ÇHS madde 40(2) ile tanınan adil yargılama vb.) söz konusu haklara tam olarak saygı göstermemeleri ve bunları uygulamamaları durumunda, çocuğun insan hakları ve başkalarının özgürlüğüne saygı göstermesi nasıl beklenebilir?”¹⁰³

c) Çocuğun yaşını, yeniden topluma kazandırılmasını ve toplumda yapıcı rol üstlenmesini gözeten uygulamalar

Çocuk Ceza Adalet sisteminin her aşamadaki uygulamalarda gözetmesi gereken temel yaklaşımın ifadesidir: Çocuğun yaşını, yeniden topluma kazandırılmasını ve toplumda yapıcı rol üstlenmesini gözeten uygulamalar ilkesi. Bu ilkenin rehberliği çocuğa uygulanacak yaptırımın amacını ve niteliğini de belirlemektedir. Çocuğu belli bir süre sadece kapalı kurumda tutmaktan ibaret olan bir yaptırımın bu amaca hizmet etmeyeceği açıktır¹⁰⁴. Türkiye’de çokça eleştirilmekle birlikte genel yaptırım türü olarak

¹⁰³ Committee on the Rights of the Child, Forty-fourth session, Geneva, 15 January-2 February 2007, GENERAL COMMENT No. 10 (2007), Children’s rights in Juvenile Justice, P.: III,13.

¹⁰⁴ Nitekim hapis dışı tedbirlerin de ceza adalet sistemine alternatif enstrümanlar olarak girmesi BM belgelerinde yerini almıştır. Bknz.: Hapis Dışı Önlemlerle İlgili Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Tokyo Kuralları)

başvurulan kapatmanın¹⁰⁵ çoğunlukla neye hizmet ettiğini Ece Temelkuran'ın 5 ay tutuklu kalmış bir çocukla yaptığı görüşmede çocuğun ifadesinden öğrenebiliriz:

“Taş devri bitti!

Koridorda birkaç gün önce tahliye olan D. ile konuşuyorum. Gözleri kıvrıkcık bir çocuk. Boylu. Taş atmaktan girmişti içeri. 16 yaşında. Beş ay kaldı ‘tarafsız koğuşta’. Tarafsız koğuş?

“Devlete göre tarafsız koğuş. Yani siyasi koğuş değil. Ama tarafsız diye bir şey yok tabii. Biz biliyoruz artık neyi ne için yaptığımızı.”

İçeride geçtiği siyasi eğitim sayesinde mağrur:

“İçeri girenlerden bazıları hiçbir şey bilmiyordu başlangıçta. PeKaKa diyorlardı mesela. Ama şimdi hepsi her şeyi biliyor. PeKeKe diyorlar, gerilla da diyorlar, her şeyi diyorlar artık.”

Neler yapılıyordu içeride?

“Son bir haftadır kendimizi geliştirmiştik. Roman okuyorduk sabahları. İdeolojik yasak zaten. Abiler verdi ideolojik kitap ama o da bize ağır geldi. ‘Kentın Öteki Yüzü’ programını dinlerdik radyoda. Siyasi koğuştan arkadaşların mektupları okunurdu. TRT Şeş vardı ama izlemiyorduk. Devlet bari Kürtçe ile kazanmasın diye.” Şimdi ne yapacak? “Parti görmüşler abilere söz verdim. Kendimi geliştireceğim. Okul, kitap... Hep bunlar.” Sonra dönüp gülüyor: “Taş devri bitti!”¹⁰⁶

d) Çocuğun saygınlığının gözetilmesi, yasaları ihlal eden çocuklara yönelik her tür şiddetin yasayla yasaklanması ve önlenmesini gerektirir.

Türkiye’de çocuk kolluğu, çocuk mahkemeleri ve çocuk infaz evlerinin kurulmasına ve uzmanlaşma ilkesine göre personel seçimine rağmen özellikle merkezden uzak bölgelerde çocuklara yönelik şiddet iddialarının önü kesilmemektedir. Çocuklara yönelik şiddet iddiaları sadece ÇHS açısından değil aynı zamanda İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme Madde 15’e de aykırılık ve ihlal niteliğindedir.

Çocukların kolluktan ve infaz koruma memurlarından şiddet gördükleri iddiasıyla sık sık yakındıklarına tanık oluyoruz¹⁰⁷. Çocuklar İçin Adalet Girişimi’nin 11–12 Mayıs 2009 tarihlerinde Adana Ziyareti sırasında çocuklarla yaptığı görüşmelerde de “sistemli

¹⁰⁵ İstatistiklerden çocuk Mahkemelerinin verdiği mahkûmiyet kararlarının niteliğine ilişkin dağılımının yıllara göre değişmesine rağmen tedbir kararlarının istisna, hapis ve para cezasının genel yaptırım türü olduğunu öğreniyoruz. http://www.adli-sicil.gov.tr/istatistik_2007/ist_tab.htm

¹⁰⁶ <http://www.haber7.com/haber/20090320/Diyarbakirda-tahliye.php> 20 Mart 2009.

¹⁰⁷ Bu şikâyetler cezaevi insan hakları izleme heyet raporlarında sıkça yer almakla birlikte saha çalışması yapan sosyologların araştırmalarında da karşılına çıktığını belirtelim. Çocukların karakolda dayak yediklerini anlattıkları grup görüşmeleri için bkz.: ÜMİT, Mekandan İmkana..., s. 198.

ve ciddi derecedeki şiddet” iddialarına dikkat çekiliyor. Görüşülen çocuklardan birinin şiddete ilişkin sözleri şöyle:

“... Orayı anlatmaya kalksam tüm dünya belki şey olur yani... İnsan hem psikolojik taraftan çöküyor hem de yani sinirleniyor yani, öyle bir yere düşmesin diye... dayak yiyorduk. ... İşte soyunmadığımız için. Baştan sona kadar soyuyorlar ya. Soyunmadığımız için dayak yiyorduk... hani derler ya bazı insanlar var... ne din tanır ne peygamber... Kulübedeki asker geldi hepimizi sıra dayağına... Bize dediler ki sınav çekin. Şınav. Biz çekmiyorduk, bize dayak atıyorlardı. Yapamıyorduk yine dayak atıyorlardı... işte askerlerden yine bir dayak yedik. Gardiyanların elinden geçtik. Ya gardiyanlar öyle bir şey yaptılar. Demir çekbaz vardı. Demir çek bazla vuruyorlardı. Ayaklarımıza, elimize... Vuruyordu böyle, suya katıyorduk. Vuruyordu, suyun içine katıyorduk. Mesela bir hafta orada kaldık. Bir hafta boyunca öyle dayak yedik. Ailem geldi hatta, görüşüme geldi. Ben böyle valla ayaklarım kıpırdıyamadım... Ayaklarımın altı şişmişti... morarmıştı... Buradan gardiyanlar tarafından, askerler tarafından dayak yedik.” (T. 17 yaşında, Adana)¹⁰⁸

Komite’ye, taraf devletler hakkında ulaşan raporların da polisle ilk temastan, mahkemeye çıkarılmadan önceki gözaltı ve tutukluluk dönemine ve çocukların kurumlarda kaldıkları sürece kadar, çocuk ceza adaletinin her aşamasında şiddetin söz konusu olduğunu gösterdiğini öğreniyoruz. Komite 2007/10 tarihli yorumunda, “taraf devletleri şiddeti önlemeye dönük etkin önlemler almaları, suçluların adalet önüne çıkarılması ve Ekim 2006’da BM Genel Kurulu’nun Çocuklara Karşı Şiddet hakkında BM Araştırması (A/61/299) konulu raporundaki tavsiyelere uymaları doğrultusunda acil olarak harekete geçmeye çağırılmaktadır”¹⁰⁹.

B) Çocuklara Özgü Yargılamanın Uluslararası Ölçütleri: Kapsamlı bir Çocuk Ceza Adalet Politikasının Temel Unsurları

Kapsamlı bir çocuk ceza adaleti politikasının içermesi gereken temel unsurlar yukarıda da saydığımız üzere: Çocuk suçluluğunun önlenmesine yönelik toplumsal politikalar; adli kovuşturmayla başvurmaksızın ve yasal çerçeve içinde müdahaleler (diversiyon); çocuk ceza adaletinde cezai sorumluluk için asgari ve azami yaş sınırları; adil yargılanma güvencesi; çocuk hâkimine tanınmış geniş takdir yetkisi; mahkeme öncesi gözaltı ve mahkeme sonrası hapis dâhil özgürlükten yoksun bırakılmanın istisnai ve başvurulacak başka tedbir kalmadığında ve kısa süreli olarak uygulanmasıdır.

¹⁰⁸ Çocuklar İçin Adalet Girişimi, Adil Yargılanma Süreci Kapsamında Çocukların Duruşması ve İlgili Kişi ve Kurumlarla Görüşmelere Dair Adana Ziyareti Raporu, s.4. (Rapora erişim İHOP’dan mümkündür. <http://www.ihop.org.tr/>)

¹⁰⁹ Committee on the Rights of the Child, Forty-fourth session, Geneva, 15 January-2 February 2007, GENERAL COMMENT No. 10 (2007), Children’s rights in Juvenile Justice, P.: III,14.

1)Çocuk Suçlarının Önlenmesi

ÇHS'ye hakim olan ilkelerden en önde geleni çocuğun yüksek yararı ve sözleşmenin en önemli hedefleri de çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve fiziksel becerilerinin eksiksiz ve uyumlu gelişimini sağlamaktır (ÇHS önsöz ve madde 6. ve 29). Yetişkinler, çocuğu yapıcı ve saygın bir rol edinebileceği özgür bir toplumda (ÇHS önsöz ve madde 29), insan hakları ve temel özgürlüklere saygılı (ÇHS madde 29 ve 40), sorumlu bir birey olarak yaşama hazırlama yükümlülüğü altındadır. ÇHS'nin bu ve diğer hükümlerinin ışığında, çocuğun içinde yaşadığı koşulların suç işleme potansiyeli taşıyan ciddi bir risk kaynağı oluşturduğu veya riski arttıracacağı durumların çocuğun yüksek yararına olmadığı açıktır. Çocukların yüksek yararına uygun bir yaşam standardına (ÇHS madde 27), erişilebilir en yüksek sağlık standardına ve bakım olanaklarına (ÇHS madde 24), eğitim imkânlarına (ÇHS madde 28 ve 29) ulaşma hakkı ile bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suiistimale (ÇHS madde 19), ekonomik veya sosyal sömürüye (ÇHS madde 32 ve 34) karşı korunması konusunda ana-babalardan daha fazla devletin sorumluluk taşınması bu koşulların ve imkânların makro niteliği göz önüne alındığında kolayca anlaşılır.

Komite çocuk suçlarını önlemeye yönelik sosyal politikalarından yoksun bir çocuk ceza adaleti yapılanmasının başarısızlığa uğrayacağını ısrarla vurgulayarak, taraf devletleri ulusal politikalarını, Çocuk Suçlarının Önlenmesi için BM İlkeleri (Riyad İlkeleri) ile bütünleştirmeye davet eder¹¹⁰. Görüldüğü üzere ana-babaların sorumluluklarını (ÇHS'nin 18. ve 27. maddeleri) yerine getirebilmesi için devletlerin gereken koşulları, imkânları sağlayarak ebeveynlere yardımcı olması gereği BM belgelerinde açıkça vurgulanmaktadır.

2) Diversion/Yargı Sistemi Dışına Yönlendirme

Ceza Kanununu ihlal ettiği iddia edilen çocuğun adli kovuşturmaya yönlendirilmesine alternatif Diversion, "kovuşturmadan ayrılma" adı verilen adli kovuşturmaya başvurmaksızın alınan önlemlerdir. Kanunu ihlal eden çocuğu çocuk ceza adaleti işlemlerinin dışında tutarak uzlaşma ve alternatif sosyal hizmetler gibi yollara yönlendirmenin (diversion), toplumla yeniden bütünleşmeyi ve toplumda yapıcı bir rol üstlenmeyi destekleyen uygulamalar olduğu Avrupa deneyiminde kabul görmektedir. Nitekim Komite çocuklarla ilgili olarak mahkemede adli kovuşturma yoluna başvurmaksızın önlem geliştirmenin ÇHS madde 40(1)'de ifade edilen ilkelerle uyumlu olacağını belirtmiş ve bu yaklaşımın damgalanmayı bertaraf etmeye ek olarak hem çocuk hem de kamu güvenliği açısından olumlu sonuç verdiğini ve maliyet açısından da etkin olduğu kanıtlandığını vurgulamıştır.

"Taraf Devletler yasaları ihlal eden çocuklarla ilgili olarak adli kovuşturmaya başvurmamayı çocuk ceza adalet sistemlerinin bir parçası haline getirmeli ve çocuğun insan haklarına ve yasal

¹¹⁰ Committee on the Rights of the Child, Forty-fourth session, Geneva, 15 January-2 February 2007, GENERAL COMMENT No. 10 (2007), Children's rights in Juvenile Justice, P.: III,17.

güvencelerine tam saygı göstererek bunların korunmasını temin etmelidirler (ÇHS madde 40(3)(b))¹¹¹.

a) Adli kovuşturmayla başvurmaksızın yapılan müdahaleler: Damgalamadan Kaçınma

“Kovuşturmadan ayrılma” yani diversion tedbirleri suça karışan çocuğa ceza adalet sistemi dışındaki tedbirlerle müdahale etme olanağı sağlaması açısından önemlidir. Böylece çocuğun yaptığı anti sosyal fiil tepkisiz bırakılmamış, ancak diğer taraftan da çocuk ceza adalet istemine girerek kriminal özne olmaktan kurtarılmıştır.

Çocukların adli kovuşturmayla tabi tutulmalarının iç ve dış damgalamaya sebep olduğu ve sonraki sapmaları belirlediği varsayımı birçok saha çalışmasıyla ispatlanmıştır. Kovuşturma dışına yönlendirme müdahalesinin önemini henüz Türkiye’de yeteri kadar anlaşılmamış olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle adli kovuşturmanın damgalama ve sonraki sapmalar üzerindeki etkisi üzerine doktrinde önemli yer tutan kuramsal ve ampirik çalışmaların temel savlarına ve bulgularına burada ana hatlarıyla değinmek istiyoruz.

Suçlu davranışa diğer insanların ve ceza adalet sisteminin verdiği tepkiye ve bu tepkinin sonuçlarına dikkat çeken Damgalama Kuramı, 1950’lerden sonra kuramsal gelenek içinde ortaya çıksa da kökenleri **George Herbert Mead** ve **Frank Tannenbaum**’un 1918 ve 1930’larda ileri sürdükleri görüşlere kadar dayanır. **Mead** kriminal damgalamanın ihtişamını “elinde kor ateşten bir kılıçla kapıda bekleyen ve insanları ait oldukları dünyalara göre ayıran bir meleğin” görüntüsüne benzetmiştir¹¹². **Tannenbaum** ise “fişleme” terimini kullanarak tanımladığı suçlulaştırma sürecinde, sapma davranışına adeta refakat eden damgalamanın insanları uyumsuzluk diyarının derinliklerine itebildiğini savunmuştur¹¹³.

Tannenbaum’un görüşlerini genişleterek, *Damgalama Kuramının* varsayımlarını formüle eden 1951 yılında “Sosyal Patoloji” isimli eseriyle **Edwin Lemert** oldu. **Lemert** sembolik etkileşim kavramından yararlanarak damgalama sürecini ilk sapma ve ikinci sapma olarak iki aşamada incelemektedir¹¹⁴. **Lemert**’e göre ilk sapmadan ikinci sapmaya doğru giden süreç şöyle gerçekleşmektedir: (1) Kişi (çocuk) basit bir sapma davranışına başvurur (komşunun arabasına taş atmak gibi). Bunu (2) resmi olmayan basit toplumsal yaptırım izler (komşu sinirlenir, kızar). (3) Çocuk ilk sapma niteliğinde eylemlere devam eder. (4) Daha kuvvetli ama hala resmi olmayan bir yaptırım uygulanır. (5) Yaptırımla karşılaşan çocuk bu yaptırımı uygulayanlara karşı kin ve düşmanlık duygularıyla yeni bir

¹¹¹ Committee on the Rights of the Child, Forty-fourth session, Geneva, 15 January-2 February 2007, GENERAL COMMENT No. 10 (2007), Children’s rights in Juvenile Justice, P.: III,25.

¹¹² George Herbert MEAD, The Psychology of Primitive Justice’den naklen, Stephen PFOHL, "The Classical Perspective: Deviance as Rational Hedonism," in Images of Deviance and Social Control, a Sociological History, 2nd Ed., 1994, s.347.

¹¹³ PFOHL, The Classical..., s. 347; Frank TANNENBAUM, Crime and the Community’den naklen Freda ADLER, Gerard O. W. MUELLER, William S. LAUFER, Criminology, USA, 1991., s. 180.

¹¹⁴ Edwin M. LEMERT, Social Pathology, McGraw- Hill, 1951, Crime Critical Concepts in Sociology Volume III, içinde, Ed. Philip BEAN, Volume I, NY, 2002, s.8-12.

sapma davranışı içine girer. (6) Bu davranış resmi yaptırımla karşılaşır. Çocuk, çocuk mahkemesinde “çocuk suçlu” olarak yargılanır. (7) Çocuk, mahallesinde ve kurallara uyan akranları arasında “kötü”, “suçlu” olarak damgalanır. (8) Damgalanmaya ve cezalandırılmaya tepki sapma davranışı pekiştirerek güçlendirir. (9) Çocuk sapma davranışa biçilen sosyal statüyü benimser ve bu role uyum sağlamaya çalışır; kendisini “suçlu” olarak görür ve sapma davranışı sergileyen gençleri bulur, onlara katılır¹¹⁵. Bu noktada çocuk ikinci sapmayı, suçlu kimliğini benimsemiş ve bilinçlenmiş olarak gerçekleştirmektedir. Artık hem çevrede hem de çocuğun kendine ilişkin düşüncelerinde suçlu damgası çocuğa yapışmış durumdadır ve böylece çocuk suç kariyerinde ilerlemeye başlar.

Lemert'in sapmanın sosyal etkileşim içinde onaylanmamış davranış olarak anlaşılması gerektiği yönündeki görüşleri, 1962'de **Howard Becker**'in editörlüğünü yaptığı “Ötekiler” (The Others) isimli çalışmada yankı buldu. Ötekiler isimli bu çalışmada, **Howard Becker**'in “Sapma ve Diğerlerinin Yanıtı” başlıklı çalışması ön plana çıkmaktadır¹¹⁶. **Becker**'e göre sapma, kişinin eyleminin niteliği olmaktan çok, diğerlerinin “suçluya” uyguladığı kural ve yaptırımın sonucudur. **Malinowski**'nin Trobriand Adası üzerine gerçekleştirdiği çalışmasında örnek verdiği toplulukça onaylanmayan davranışlar ve bunlara yönelen tepkiye referans veren **Becker**, bir davranışın sapma olup olmadığının başka insanların o davranışa verdiği tepki ile anlaşıldığını belirtmektedir¹¹⁷. “Sapma davranışını tanımlayan kuralları yapanlar kimlerdir?” sorusunun yanıtı **Becker**'e göre, yüksek sosyal konumları kendilerine topluluk üyelerinin uyması gereken kuralları koyma ve uygulama gücünü veren “manevi girişimciler”dir. Sapma davranışını tanımlayanlar ve kategorize edenlerin kim olduğunu sormak, **Giddens**'a göre aslında toplumdaki güç dengesine bakmayı gerektirir. **Giddens**, sapma kurallarının varlıkları tarafından yoksullar, erkekler tarafından kadınlar, yaşlılar tarafından gençler, etnik çoğunluklar tarafından azınlıklar için düzenlendiğini söylemektedir¹¹⁸.

Becker, çocuk suçluluğu çalışmalarında orta sınıftan çocukların gözaltına alındıklarında, genellikle, yargısal sürecin ilerleyen aşamalarına geçmeden serbest bırakıldıklarının, ancak gözaltına alınan alt sınıf çocuklarının orta sınıf çocuklarına göre daima daha ileri aşamalarda yargısal işlemlere konu olduklarının ortaya konduğunu belirtmiştir¹¹⁹. **Becker**'a göre bu farklılık her sapma davranışına verilen tepkinin aynı olmadığını ve davranışın öznesinin kimliğinin, diğerleri için taşıdığı anlama göre değişebileceğini göstermektedir. Sapmaya ilişkin kuralları koyanlar dışında kalanlara dışardakiler (outsiders) adını veren **Becker**, sistemin kural koyanların kuralı ihlal edenlere tuzak kurdukları bir sürece dönüşebildiğini ileri sürmektedir. **Becker**, bu bağlamda, yanlışlıkla damgalamanın da mümkün olabileceğine dikkat çekmekte ve bu durumda da

¹¹⁵ LEMERT, Social Pathology, s. 10.

¹¹⁶ Howard S. BECKER, Deviance and The Responses of The Others, Outsiders, 1963, Crime Critical Concepts in Sociology Volume III içinde, s. 2-8.

¹¹⁷ BECKER, Deviance and The Responses, s. 4-5.

¹¹⁸ Anthony GIDDENS, Sosyoloji, Ankara, 2000,, s. 189.

¹¹⁹ BECKER, Deviance and The Responses, s. 6.

damgalamanın ikinci ve sonraki sapmaları tetikleyici sonuçlara sebep olacağını ifade etmektedir¹²⁰.

Damgalama Kuramının, suçu ve suçlu davranışını kuşatan sürece ve ceza adalet sistemine ilişkin orta sınıf varsayımlarını sorgulayan bir kuram olarak, kriminoloji üzerinde büyük etkisi olmuş ve aynı çıkış noktasından hareket eden birçok görüş bu kuramda ifade bulmuştur¹²¹. Kuramın varsayımlarının farklı metodolojileri izleyen birçok ampirik çalışmaya konu olduğunu ve çok sayıda çalışmanın bulgularının bu varsayımları desteklediğini görüyoruz. Örneğin **Platt**, damgalama sürecinin çocuk suçluluğunun ortaya çıkmasında önemli rol oynadığını çalışmalarıyla ortaya koymuştur¹²². Ampirik çalışmaların, özellikle damgalamanın, bir sonraki sapmaya neden olup olmadığı, kişinin kendilik algısını düşürüp düşürmediği üzerinde yoğunlaştığını ve birçok çalışmanın kuramın varsayımlarını destekler sonuçlara ulaştığını görüyoruz¹²³.

Damgalamanın olumsuz etkilerini ortadan kaldırıp çocukların topluma bütünleşmesini sağlama idealine uygun olarak geliştirilen bazı programlar ceza adaleti sisteminin dışında, örneğin okullarda veya diğer toplumsal yapılar içinde yer alarak toplumun, bazı suçlara, eğitime ve rehabilitasyona dayalı bir tepki vermesini sağlar ve bu fiillerin soruşturma ve kovuşturma konusu yapılmasını önler. Avrupa'daki birçok uygulamada okullarda yürütülen programlarda, soruşturma veya kovuşturma konusu olabilecekken, çocukların işlediği bazı suçlar, çocuk arbuluculuğu veya uzlaşma gibi yöntemlere havale edilmektedir. Özellikle sosyo ekonomik sorunların kökeninde yattığı kabul edilen suçlarda bu yola her geçen gün daha sık başvurulmaktadır¹²⁴.

Ancak Avrupa deneyiminde özellikle vurgulanan bir nokta bu tür alternatif yöntemlerin hukuk sisteminin güvencelerinden yoksun olabileme ihtimalidir. Birçok Avrupa ülkesi kamu hizmeti zorunluluğu, sosyal hizmet uzmanları veya gözetim görevlilerinin gözetmenliği ve rehberliği, aile konferansları ve mağdurların zararının tazminini de içeren (uzlaşma gibi) onarıcı adalet biçimleri geliştirmekte ve uygulamaktadır. Komite ÇHS'nin 40. maddesine gönderme yapmakta ve insan hakları ve yasal korunmaya tam saygı söz konusu olduğu sürece bu tür uygulamaları desteklediğini belirtmektedir. Alternatif yöntemlerde suçlu olduğu yargısal güvencelerden yoksun bir

¹²⁰ BECKER, Deviance and The Responses, s. 6-7, ADLER-MUELLER-LAUFER, Criminology, s.181, PFOHL, The Classical..., s. 351-352.

¹²¹ PFOHL, The Classical..., s. 351-359.

¹²² ADLER-MUELLER-LAUFER, Criminology, s.184.

¹²³ Donald J. SHOEMAKER, Theories of Delinquency an Examination o f Explanations of Delinquent Behaviour, NY.1990, s. 214-223. Bu kuramın varsayımlarını biz de "Mekandan İmkana Çocuk Suçluluğunun Habitusu Ceza Ehliyeti İlişkisi" başlıklı çalışmamızda çocuk polisi, çocuk mahkemeleri, çocuk cezaevi ve islahevlerinde gerçekleştirdiğimiz saha çalışmasında sınadık. Araştırma sonucunda ortaya çıkan bulular damgalama kuramının varsayımlarını büyük ölçüde destekler nitelikteydi. Bkz. Üçüncü Bölüm, I- Mekan ve İmkân: Gerçeklik ve Tahayyül, E- "Çinçinden Subay, Polis Çıkış mı ki Ben Olayım: Damgalama, s.193-202.

¹²⁴ Onarıcı Adalet Yaklaşımı çerçevesinde bu yöntemlerin açıklandığı bir çalışma için bknz.: Mustafa Özbek, Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Onarıcı Adalet Programları ve Çocuk Arbuluculuğu, Prof.Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 449-466.

yöntemle iddia olunan bir çocuğun haklarından mahrum bırakılması olasılığı komitenin de ısrarla üzerinde durduğu bir risktir ve buna karşı tedbirler komitenin ilgili yorum ve tavsiye kararlarında sıralanmaktadır¹²⁵.

b) Adli kovuşturma çerçevesindeki müdahaleler

Çocuklara özgü kovuşturma, soruşturma ve yargılamaya yön veren ilkelerin başında adil yargılama ilkeleri gelir. Adli kovuşturma ve yargılama kapsamındaki müdahalelerin nihai amacının çocukla ilgili sosyal ve/veya eğitsel önlemler kullanarak çocuğu topluma yeniden kazandırmak olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle özellikle yargılama öncesi alıkoyma sırasında özgürlüğünden yoksun bırakma uygulamasını devletler kesin olarak sınırlamalı ve bunu ancak en son başvurulacak yol olduğunda uygulamalıdır. Daha önce de değindiğimiz ÇHS 37, b maddesi devletleri soruşturma aşamasında özgürlükten yoksun bırakmayı, en son başvurulacak önlem olarak ve mümkün olan en kısa süre için uygulama yükümlülüğü altına sokmaktadır. Ayrıca devletlerin rehberlik ve gözetim, denetim altında tutma, toplumun denetimi veya günlük rapor merkezleri gibi olanakları azami ve etkin biçimde uygulayabilen ve özgürlükten yoksun tutma uygulamasını en erken zamanda sonlandırabilecek iyi eğitilmiş denetim personeline sahip olması ve ideal yapıyı kurması gerekmektedir.

Komite, toplumsal tecridin çocuğun olumsuz biçimde kamuoyuna tanıtılmasına ve damgalanmasına neden olduğunu ve çocuğun toplumla yeniden bütünleşmesini ve ait olduğu topluluğa tam katılımını zedeleyebilme potansiyelini hatırlatıp ÇHS 40 (1) maddenin devletlere yüklediği misyon uyarınca devletlerin kanunu ihlal eden bir çocuğa toplumla yeniden bütünleşmesini temin edecek yönde müdahale edilebilmesi için bütün eylemlerin çocuğun toplumun eksiksiz ve yapıcı bir üyesi haline gelmesini destekler nitelikte olmasını sağlaması gerektiğini vurgulamaktadır. Çocuğun toplumsal tecritten ve olumsuz biçimde kamuoyuna tanıtılarak damgalanmaktan korunmasına Pekin Kuralları 8. maddede de değinilmiştir. Bu düzenleme şöyledir:

“Her aşamada çocuğun afişe olması yahut damgalanması gibi zararlara yol açabilecek durumların ortadan kaldırılması için gizliliğe azamî özen gösterilmelidir. İlke olarak, çocuk suçlunun kimliğine ilişkin hiçbir bilginin yayınlanmasına izin verilmemelidir”.

Toplumsal tecrit ve çocuğun olumsuz biçimde kamuoyuna tanıtılması yasağı konusunda devlet görevlilerinin ve medyanın Türkiye’de gereken özeni göstermediğine sık sık tanık oluyoruz. Nitekim böyle bir örneğe değinmenin faydalı olacağına inanıyoruz. 2005 Mart ayında Mersin’de yapılan bir miting de üç çocuğun bayrağı sürükleyen görüntüleri “Türk bayrağını yaktılar” haberiyle gazetelere ve televizyonlara taşınmış uzun süre gündemi işgal etmişti. Çocuklara açılan davalar, bayrağı kurtaran polise verilen ödül hep bu video görüntüleri ve fotoğraflar eşliğinde kamuoyuna sunulmuştu. Bayrağa saygı mitingleri, linç girişimleri bu haberleri izlemişti. Yaygın medyada devlet görevlilerinin kinama mesajları ve devlet görevlilerinin katılımıyla gerçekleşen bayrağa saygı mitingleri

¹²⁵ Bknz: Committee on the Rights of the Child, Forty-fourth session, Geneva, 15 January-2 February 2007, GENERAL COMMENT No. 10 (2007), Children’s rights in Juvenile Justice, P.: III,24,25,26,27.

haberlerinin geniş yer bulunduğunu görüyoruz¹²⁶. Videolara ve fotoğraflara hala internet ortamında ulaşılabilen haberlerde, bayrağı yerde sürükleyen çocukların 10 saniyelik görüntülerinde çocuklar açıkça seçilmektedir. Davaları şu an hala devam eden çocuklara bayrağı verirken görüntülenen takım elbiseli kişinin bayrağa saygı mitinglerinden birini düzenleyen kişilerden olduğu iddiası şimdilerde bir başka yargılamanın dosyalarında ileri sürülen bir iddia¹²⁷. Bu toz duman bulutu arasında yaygın medya, (oldukça yaygın bir biçimde) çocuklara toplumsal tecrit uygulamak ve çocukların olumsuz biçimde kamuoyuna tanıtılması konusunda birbirleriyle yarışmıştır. O dönemde yapılan haberlerden çok azının çocuk haklarını ihlal etmeden haber verme görevini yerine getirdiğini görüyoruz¹²⁸.

Tutukluluk kararının verilmesi, süresi ve tutukluluk koşullarıyla ilgili Türkiye'deki düzenlemeler ve uygulamaları III) Türkiye' de Çocuk Ceza Yargılamasında Çocuk Olmak, C) Çocukların Tutuklanması başlığı altında inceleyeceğiz.

3) Yasayı ihlal eden çocuklar ve yaş

Çocuk Ceza Ehliyetinin kuramsal kökenleri ve Türkiye'deki düzenlemenin incelenmesini III) Türkiye'de Ceza Yargılamasında Çocuk Olmak, D) Çocukların Ceza Ehliyeti başlıkları altına bırakarak bu başlık altında konuyla ilgili uluslararası ilkelere yer veriyoruz.

a) Cezai sorumluluk için asgari yaş sınırı

ÇHS 40/3. madde devletlerin (a fıkrasında belirtilenlerin yanı sıra) asgari bir yaş belirlemeleri ve bu yaşın altındaki çocukların ceza yasasını ihlal ehliyetlerinin bulunmadığını varsaymaları yükümlülüğünü düzenlemektedir. Buna göre asgari yaş sınırının altındayken suç işleyen çocuklar, ceza hukuku prosedürlerine tabi tutulamazlar. Bu çocuklar için, yüksek yararları gereği, özel koruma önlemleri alınabilir.

Ayrıca Pekin Kuralları 4. maddede BM, duygusal, zihinsel ve entelektüel olgunlukla ilgili olguları hatırlatarak asgari yaş sınırı başlangıcının çok düşük tutulmamasını devletlere tavsiye etmektedir. Komite ise bu konuda önemli bir noktaya işaret ederek haklı kaygılarını dile getirmektedir:

“Komite çocuğun, asgari yaş sınırından küçük yaşta olmasına rağmen, ciddi bir suçla itham edildiği veya cezai açıdan sorumlu

¹²⁶ Bknz.: Bayrağını kapatan miting alanına koştu <http://arsiv.sabah.com.tr/2005/03/26/gnd108.html>; Bayrak Yakmaya Sert Tepki: <http://webarsiv.hurriyet.com.tr/2005/03/22/617112.asp>

¹²⁷ <http://bianet.org/bianet/bianet/108787-ergenekonda-bayrak-yakma-provokasyonsa-cocuklar-nicin-hala-sanik>

¹²⁸ Bunlardan biri için bknz.: “İyi Gazetecilik: Tepkiyi Yansıtan Ama Kışkırtıcı da Olmayan...” <http://yenisafak.com.tr/arsiv/2005/mart/24/kronikmedya.html>

tutulacak ölçüde olgun olarak değerlendirildiği istisna uygulamalarına ilişkin kaygı duyduğunu belirtir”¹²⁹.

b) Çocuk ceza adaleti açısından üst yaş sınırı

Ceza Kanununu ihlal etmekle itham edilen veya ihlal ettiği bilinen, fiili işlediği iddia edildiği anda 18 yaşının altında olan herkes ÇHS madde 40’tan kaynaklanan haklar gereği çocuk ceza adaleti kurallarına tabidir.

Bu ilkenin en önemli sonucu 18 yaş altındaki çocukları istisnai uygulama adı altında yetişkinler için tasarlanmış kurum ve usullere tabi tutulması konusundaki yasaktır. Özellikle 16–17 yaşlarındaki çocuklara yetişkin suçlular gibi muamele edilmesinin yolunu açan istisna düzenlemelerini komite kaygı ile karşıladığını; diğer yandan çocuk ceza adaleti kural ve düzenlemelerinin uygulamasını, genel kural veya istisna yoluyla 18 yaş ve üzeri kişileri (genellikle 21 yaşına kadar) de kapsayacak şekilde genişleten devletlerin bu tutumunu ise takdirle karşıladığını belirtmektedir.

4) Geniş Takdir Yetkisi

Pekin Kuralları 6. madde çocuk yargılamasında hâkim-savcıya tanınan geniş takdir yetkisini düzenlemektedir. Düzenlemeye göre çocuk suçluların çeşitli özel ihtiyaçlarından kaynaklanan bu geniş takdir yetkisi çocuğun yüksek yararı doğrultusunda yargılamanın her aşamasında, özellikle inceleme, soruşturma, muhakeme ve tedbirlerin uygulanması sırasında kullanılmalıdır. Takdir yetkisi sayesinde karar mercilerinin her olaya özgü, doğru karar vermelerinin sağlanması sağlanır.

Bu maddede denetim ve dengelerden ayrıca meslekten olmak ve sorumluluk taşımak koşullarından söz edilerek takdir yetkisinin sınırları ve kullanımına ışık tutulmuştur. 6. madde, kadronun kalitesinden ve uzmanlaşmış personelden söz ederek çocuk yargılamasında uzmanlaşma ilkesine değinmekte ve çocuğun yüksek yararına uygun ve hakkaniyetli karar verilmesini sağlama hedefine yönelmektedir.

Takdir yetkisi ÇHS madde 40(4)’de ÇHS madde 37(b)’de sayılan alternatif önlem listesinden en uygun olanının somut olaya uygulanması konusunda önem taşımaktadır. Komite kanunların, mahkeme/yargıç veya başkaca bir bağımsız ve tarafsız yetkili adli makama, kurumsal bakım ve özgürlükten yoksun bırakma dışında olası geniş alternatifler sunması gereğinin altını çizmektedir.

5) Adil yargılama güvencesi

ÇHS madde 40(2), ceza kanununu ihlal etmekle itham edilen veya ihlal ettiği bilinen çocukların adil muamele görmelerini ve adil yargılanmalarını temin eden

¹²⁹ Bknz: Committee on the Rights of the Child, Forty-fourth session, Geneva, 15 January-2 February 2007, GENERAL COMMENT No. 10 (2007), Children’s rights in Juvenile Justice, P.: III, 34. Komite yorumunda çocuğun kaç yaşında olduğu veya asgari yaş sınırının altında mı üstünde mi olduğu belirlenemediği durumlarda, çocuğun cezai açıdan sorumlu tutulmaması gerektiğini belirtmektedir.

güvenceler ve haklar listesi içermektedir. Bu güvencelerin çoğu, aynı zamanda International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR - Medeni ve Siyasi Haklara dair Uluslararası Sözleşme) madde 14’de düzenlenmiştir. Ancak söz konusu güvencelerin çocuklar açısından uygulanmasının özel boyutlar arz ettiği ve çocuk hakları paradigmasına hâkim ilkeler ışığında yorumlanması gereği gözden kaçırılmamalıdır. Burada adil yargılanma güvencesinin alt bileşeni konumundaki hakları ve düzenledikleri maddeyi belirtmekle yetineceğiz. Adil Yargılanma güvencesinin ayrıntılı izahı başlı başına bir çalışma başlığı olup gerek bu çalışmanın hacmi gerekse özgülendiği konu açısından kısaca değinilmesi daha uygun olacaktır.

Adil Yargılanma güvencesi altında ÇHS şu hakları ve ilkeleri saymaktadır:

- A) Çocuk ceza adaletinde geriye dönük uygulama olmaması (madde 40(2)(a))
- B) Masumiyet karinesi (madde 40(2)(b)(i))
- C) Sözüünün dinlenilmesi hakkı (madde 12)
- D) Yargılanmaya etkin katılma hakkı (madde 40(2)(b)(iv)).
- E) Suçlamalar hakkında ivedi ve dolaysız bilgi verilmesi (madde 40(2)(b)(ii))
- F) Yasal ve diğer uygun yardımlar (madde 40(2)(b)(ii))
- G) Gecikmeksizin ve ana-babaların katkısıyla karar alınması (madde 40(2)(b)(iii))
- H) Zorunlu kendi aleyhine tanıklığın olmaması (madde 40(2)(b)(iv))
- i) Tanıkların varlığı ve soruşturulması (madde 40(2)(b)(iv))
- J) İtiraz/temyiz hakkı (madde 40(2)(b)(v))
- K) Ücretsiz çevirmen yardımı (madde 40(2)(vi))
- L) Özel yaşama tam saygı (madde 16 ve 40(2)(b)(vii))

Komitenin adil yargılanma güvencelerinin uygun ve etkin biçimde uygulanmasının temel koşulunun, çocuk ceza adaleti yönetimindeki kadro kalitesine bağlı olduğunu ve polis memurları, savcılar, çocuğun yasal ve diğer temsilcileri, yargıçlar, gözetim görevlileri, sosyal hizmet uzmanları ve diğer personelin eğitiminin öneminin altını tekrar tekrar çizdiğini görüyoruz.

“Bu profesyonel görevliler bir çocuğun ve özellikle bir ergenin fiziksel, psikolojik, zihinsel ve sosyal gelişimi ile engelli çocuklar, mülteci çocuklar, sokak çocukları, sığınma hakkı talep eden çocuklar, ırksal, etnik, dinsel, dilsel veya başka azınlıklardan çocuklar gibi korunmasız çocukların özel gereksinimleri konusunda eğitilmiş olmalıdırlar”¹³⁰.

III. TÜRKİYE’DE CEZA YARGILAMASINDA ÇOCUK OLMAK

Türk Ceza Mevzuatı’nda suça karışan çocukların yetişkinlerden farklı olarak ele alınmasını öngören usul ve maddi hukuk kuralları mevcuttur. Bir çocuğun ceza

¹³⁰Bknz: Committee on the Rights of the Child, Forty-fourth session, Geneva, 15 January-2 February 2007, GENERAL COMMENT No. 10 (2007), Children’s rights in Juvenile Justice, P.: III, D, 40.

yargılaması sürecine girmesi halinde 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) özel kanun olarak uygulanacak, bu kanunun düzenlemediği hususlarda TCK ve CMK ve ilgili mevzuatın öngördüğü genel kurallar geçerli olacaktır.

Türkiye’de çocuk yargılamasında uygulama ve mevzuattaki sorunlara geçmeden önce Çocuk Koruma Kanunu’nun hükümlerine kısaca değinmek yerinde olacaktır.

A) Çocuk Koruma Kanunu

15 Temmuz 2005 tarihinde yürürlüğe giren Çocuk Koruma Kanunu’nun 1. maddesi kanunun amacını “korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunmasına, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir” şeklinde belirtmektedir.

Çocuk tanımı kanunun 3. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, ÇKK tanımında çocuk, “daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişi”dir. Kanun burada, “korunma ihtiyacı olan çocuk” ve “suça sürüklenen çocuk” şeklinde ikili bir ayrıma gitmektedir. Korunma ihtiyacı olan çocuk, “bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğu”; suça sürüklenen çocuk ise “kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu” ifade etmektedir. Bu ayrımda ifade edilen iki kavram aynı zamanda 2. maddede kanunun uygulama kapsamına giren iki çocuk tipini ifade etmektedir.

Kanun 4. maddesinde uygulamada çocuk haklarının korunmasına ilişkin olarak öngörülen temel ilkeleri saymaktadır. Maddede bu ilkeler;

“a) Çocuğun yaşama, gelişme, korunma ve katılım haklarının güvence altına alınması,

b) Çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi,

c) Çocuk ve ailesinin herhangi bir nedenle ayrımcılığa tabi tutulmaması,

d) Çocuk ve ailesi bilgilendirilmek suretiyle karar sürecine katılımlarının sağlanması,

e) Çocuğun, ailesinin, ilgililerin, kamu kurumlarının ve sivil toplum kuruluşlarının işbirliği içinde çalışmaları,

f) İnsan haklarına dayalı, adil, etkili ve süratli bir usul izlenmesi,

g) Soruşturma ve kovuşturma sürecinde çocuğun durumuna uygun özel ihtimam gösterilmesi,

h) Kararların alınmasında ve uygulanmasında, çocuğun yaşına ve gelişimine uygun eğitimini ve öğrenimini, kişiliğini ve toplumsal sorumluluğunu geliştirmesinin desteklenmesi,

i) Çocuklar hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirler ile hapis cezasına en son çare olarak başvurulması,

j) Tedbir kararı verilirken kurumda bakım ve kurumda tutmanın son çare olarak görülmesi, kararların verilmesinde ve uygulanmasında toplumsal sorumluluğun paylaşılmasının sağlanması,

k) Çocukların bakılıp gözetildiği, tedbir kararlarının uygulandığı kurumlarda yetişkinlerden ayrı tutulmaları,

l) Çocuklar hakkında yürütülen işlemlerde, yargılama ve kararların yerine getirilmesinde kimliğinin başkaları tarafından belirlenememesine yönelik önlemler alınması”

şeklinde yer almıştır. Kanunun saydığı bu ilkelerin, önceki başlıklarda açıkladığımız uluslararası belge ve sözleşmelerle günümüze kadar gelen ilkelerden esinlenerek ve bunlara uygun olarak düzenlendiği görülmektedir.

Diğer yandan kanun bu kısımda çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirleri düzenlemektedir. 5. maddeye göre bu tedbirler, “koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir”. Devamı maddelerde de söz konusu tedbirlere ilişkin yetki, uygulama vb. konular düzenlenmektedir. İkinci kısım, çocuk şüpheli ve sanıkların yargılanmasında geçerli olan soruşturma ve kovuşturma süreçlerini düzenlemektedir.

15. madde suça sürüklenen çocuklarla ilgili soruşturmalarda, çocuk bürolarında görevli Cumhuriyet Savcılarının yetkili olacağını belirtmektedir. 16. madde, gözaltı sürecine ilişkin olarak, gözaltına alınan çocukların kolluğun çocuk biriminde tutulacağını fakat kolluğun çocuk biriminin bulunmadığı yerlerde çocukların, gözaltına alınan yetişkinlerden ayrı bir yerde tutulacağını düzenlemektedir. Aynı yaklaşım 17. maddede de görülmekte, yetişkinlerle birlikte suç işleyen çocukların ayrı yargılanacağı öngörülmekte fakat bu maddenin 3. bendinde “davaların birlikte yürütülmesinin zorunlu görülmesi halinde, genel mahkemelerde, yargılamanın her aşamasında, mahkemelerin uygun bulması şartıyla birleştirme kararı verilebilir” denilmekle bir istisnaya yer verilmiştir. Bu istisnanın gerçekleşmesi halinde, birleştirilen davalar genel mahkemelerde görülecektir.

Bunun yanı sıra 18. maddede çocuklara kelepçe vb. aletlerin takılmasının yasaklanması ve bunun istisnaları ile 19. maddede kamu davasının açılmasının ertelenmesi süresinin çocuklar için 3 yıl oluşu gibi hususlar da bu kısımda yer almaktadır. 20. madde ise adli kontrol konusunda düzenleme getirmiştir. Adli kontrol tedbiri olarak CMK 109. maddede düzenlenen durumların yanında 20. madde çocuklar için birtakım

başka biçimler öngörmektedir. Bunlar, “belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak, belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek, belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamak” olarak sayılmıştır. Fakat bu tedbirlerden sonuç alınamaması, sonuç alınamayacağına anlaşılması veya tedbirlere uyulmaması durumunda tutuklama kararı verilebileceği de aynı maddede belirtilmiştir.

Tutuklama yasağı konusunda ÇKK’ da yer alan tek hüküm ise 21. maddedir. 21. madde, “onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez” diyerek tutuklama konusunda çocuklar için bir istisnayı öngörmüştür.

22. madde duruşma usulüne ilişkin olarak bazı düzenlemeler getirmiş olup çocuk veya çocuğun velisi, vasisi, mahkemece görevlendirilmiş sosyal çalışma görevlisi, çocuğun bakımını üstlenen aile ve kurumda bakılıyorsa kurumun temsilcisinin duruşmada hazır bulunabileceğini, çocuğun sorgusu veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurulabileceğini, yararı gerektirdiği takdirde çocuğun duruşma salonundan çıkarılabileceği veya sorgusu yapılmış çocuğun duruşmada hazır bulundurulmasına da gerek görülmeyebileceği belirtilmiştir. 23. madde hükmün açıklanmasının geriye bırakılması ile ilgilidir ve denetim süresini CMK’ dan farklı olarak 3 yıl olarak düzenlemiştir.

Uzlaşma konusunda ise çocuklarla ilgili herhangi bir ayırıcı düzenleme olmamakla birlikte, 24. maddede CMK’nın uzlaşmayla ilgili düzenlemelerinin kanun kapsamındaki çocuklar için de uygulanacağı belirtilmiştir.

2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 2005 yılında yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte, günümüzde Çocuk Mahkemelerine ilişkin hükümler ÇKK’nın 3. kısmında yer almaktadır.

Mahkemelerin kuruluşuyla ilgili 25. madde “bu mahkemeler her il merkezinde kurulur. Ayrıca, bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak kurulabilir” demektedir. Buna göre adli teşkilatın bulunduğu her yerleşim birimi yerine kanun il merkezleri ve iş yoğunluğunun gerektirdiği belli ilçe merkezlerini çocuk mahkemelerinin kurulmasının zorunlu olduğu yerler olarak belirlemiştir. Çocuk mahkemeleri asliye ve sulh ceza mahkemelerinin görevlerine giren davalarda, çocuk ağır ceza mahkemeleri ise ağır ceza mahkemelerinin görevlerine giren davalarda görevlidir. 26. maddenin son bendi yukarıda da belirtilen 17. maddedeki durumlar dışında çocuklar hakkındaki kamu davalarının bu mahkemelerde görüleceğini belirtmektedir.

Çocuk mahkemelerinin yanı sıra Cumhuriyet Savcılığı Çocuk Bürolarının kuruluşu ve görevleri ile kolluk çocuk birimlerine ve mahkemelerde görevlendirilecek sosyal çalışmacılara ve ayrıca çocuğun denetim altına alınmasına ilişkin hükümler de kanun kapsamında yer almaktadır.

Bununla birlikte, Çocuk Koruma Kanunu'nda yer alan boşluklardan doğan ya da bazı başka kanun hükümlerinden ve hatta kanun metinlerinin yanlış yorumlanmasından kaynaklanan bir dizi uygulama ise ÇKK ile çerçevesi çizilmiş çocuklara özgü bir yargılama sisteminde, bu alanda kabul edilmiş evrensel ilkelerle ve Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası belgelerle çatışma yaratmaktadır. Çocuk yargılamasının, deyim yerindeyse, kara deliklerini oluşturan bu uygulamaları konuyla ilgili uluslar arası belgeler ışığında, aşağıda inceliyoruz.

A) YETİŞKİNLER İÇİN TASARLANMIŞ MAHKEMELER-KOLLUK VE USULE TABİ TUTULAN ÇOCUKLAR

Çocuklara Özgü Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler ve Uluslararası Ölçütler Işığında Türkiye'den Örnekler başlığında ayrıntılarıyla ortaya koyduğumuz üzere çocuk yargılamasına ilişkin, uluslararası hukuk düzeninde, uluslararası sözleşmeler ve kurallar ile uyumlu çocuklara özgü yargılama rejiminin kurulması öngörülmüştür. Kısaca hatırlatmamız gerekirse ÇHS'nin 3. maddesinde düzenlenen çocuklara ilişkin yargısal faaliyetlerde "çocuğun yüksek yararı" ilkesi gereği ceza adalet sisteminde izlenecek hedef çocuğun cezalandırılmasından ziyade çocuğun iyileştirilmesidir. Bunun sonucu olarak ceza sisteminin suça karışmış çocuğa vereceği tepki de işlenen suçun yanında çocuğun kişisel durumuyla da orantılı olmak zorundadır.

Ayrıca masumiyet karinesi, suçlamanın bildirilmesi, konuşmama hakkı, avukatla temsil edilme hakkı, veli veya vasinin hazır bulunması hakkı, tanıklarla yüzleştirme ve tanıklara çapraz sorgu hakkı, daha üst makama temyiz hakkı ve temel usulî güvenceler 7. maddenin yargılamanın her aşamasında çocuklar için öngördüğü haklardır.

ÇHS'nin getirdiği ilkeleri somutlaştıran Pekin Kurallarında çocuklara özgü bir yargılama sisteminin unsurları ortaya konmaktadır. Bu unsurların başlıcaları çocuk hukukunda uzmanlaşmış bir polis teşkilatı, hâkim- savcı ve sosyal hizmetler personeli; soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında çocuğun üstün yararının göz önünde tutulması, çocuklar için alternatif yargı yolları, tutuklamanın istisnai ve kısa süreli olması şeklinde sayılabilir.

Yetişkinlerden ayrı olarak çocuklara özgü bir ceza adalet sisteminin öngörülmesinin sebepleri, "Çocuklara Özgü Bir Yargılama Sistemine Neden İhtiyaç vardır?", "Çocuklara Özgü Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler ve Ölçütler Işığında Türkiye'den Örnekler" başlığı altında ayrıntılı bir biçimde açıklandığı üzere çocuğun yetişkin toplumundaki kendine özgü konumu ve ihtiyaçlarıdır.

Bütün bunlara ek olarak, uluslararası belgelerin çocuklara özgü bir yargılama sistemi konusunda herhangi bir istisnaya yer vermediklerine dikkat çekilmelidir. İstisnai bir uygulama içermeyen bir çocuk adalet sisteminin kurulması bu açıdan, her devlet için bir yükümlülük olarak kabul edilmelidir.

1) Türk Hukuku'nda Çocuk Ceza Adalet Sistemi: İstisnaların Gölgesinde Kalmış Çocuklara Özgü Yargılama

Çocuk Koruma Kanunu 15. maddeye göre çocuklar hakkında yürütülecek soruşturmalarda Cumhuriyet Savcılıkları bünyesindeki Çocuk Büroları, 26. maddeye göre kovuşturmalarda ise Çocuk Mahkemeleri görevlidir. Ancak, 26. maddenin son bendi “çocuklar hakkında açılan kamu davaları, kanunun 17. maddesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla bu kanunla kurulan mahkemelerde görülür” demekle çocuk mahkemelerinin görevi konusunda bir istisnaya işaret etmektedir.

17. madde yetişkinlerle çocukların iştirak halinde bir suça karışması durumunda görev konusuna açıklık getirmekte, böyle bir durumda çocuklar hakkındaki soruşturma ve kovuşturmanın ayrı yürütüleceğini öngörmektedir. Ancak 17. maddenin son bendi “davaların birlikte yürütülmesinin zorunlu görülmesi halinde, genel mahkemelerde, yargılamanın her aşamasında, mahkemelerin uygun bulması şartıyla birleştirme kararı verilebilir. Bu takdirde birleştirilen davalar genel mahkemelerde görülür” şeklindeki istisnayı getirmekle bu kuraldan ayrılmaktadır. Buna göre “zorunlu görülmesi halinde” yetişkin ve çocuk hakkında ayrı ayrı açılmış davalar birleştirilebilecek ve bu davada genel mahkeme görevli olacaktır.

Burada belirtilen zorunluluğun ne olabileceği konusunda yasa sessiz kalmaktadır. Bu durumun da hâkime geniş bir takdir yetkisi tanıdığı açıktır. Zorunluluk halinin ne olduğuna ilişkin sabit kriterlerin olmaması, bugün mahkemeler tarafından sıklıkla ve kolayca birleştirme kararlarının verilebilmesi sonucunu doğurmaktadır. Uygulamada Çocuk Hâkimlerinin birleştirme kararı vererek genelde ellerindeki dosyayı suça karışan yetişkin sanığın mahkemesine göndermeyi tercih ettiğini görüyoruz. Bu birleştirme kararı ile çocuk bir anda mahkeme nezdinde yetişkin statüsüne geçirilmekte ve çocuk yargılamansın zırhından mahrum kalmaktadır. Türkiye'nin de imza koyarak bağlayıcılığını kabul ettiği çocuk hukukunun evrensel kuralları, herhangi bir zorunluluk halinde dahi çocuklara özgü adalet sistemi için bir istisna öngörmemektedir. Kanunun bu hükmünün uluslararası hukuka aykırılığı açıktır.

Maalesef bu istisnai durumun çocukların suça karıştığı davalarda sıkça uygulandığını görmekteyiz. Davaların genel mahkemelerde birleştirilmesi hakkında görülecek zorunluluğun ne olduğu belli olmamakla birlikte, uluslararası belgelerle getirilmiş bir kurala, hukuka aykırı bir şekilde getirilmiş bu istisnai kuralın, ne yazık ki, çocuk mahkemelerin iş yükünü hafifletmek üzere de uygulamada sıkça kullanıldığı gözlemi alanda çalışan kişilerce paylaşılan yaygın bir kanı.

2) Terörle Mücadele Kanunu'nda Yer Alan İstisnalar

Suçta sürüklenmiş çocukların çocuk mahkemelerinde yargılanacağı kuralının bir istisnası da 3713 s. Terörle Mücadele Kanunu'nda yer almaktadır. Kanunun 9. maddesine göre,

“Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili davalara, 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 250. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ağır ceza mahkemelerinde bakılır. Bu suçlardan dolayı onbeş yaşın üzerindeki çocuklar hakkında açılan davalar da bu mahkemelerde görülür.”

Buna göre terörle mücadele kapsamında bir suç söz konusu olduğunda on beş yaşın üzerindeki çocuklar da çocuk ağır ceza mahkemesi yerine CMK 250. madde kapsamında belli tip suçlara ilişkin davalara bakmakla görevlendirilmiş ağır ceza mahkemelerinde yargılanacaktır.

Terörle Mücadele Kanunu’nun 15 yaş üstündeki çocuklarla ilgili getirdiği istisnalar sadece bu maddeyle sınırlı değildir. Kanunun 13. maddesine göre;

“Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 231’inci maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez; verilen hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilemez ve ertelenemez. Ancak bu hükümler onbeş yaşını tamamlamamış çocuklar hakkında uygulanmaz.”

Madde, terörle mücadele kapsamında bir suça karışmış 15–18 yaşları arasındaki çocuklar için ceza verilmesi yerine hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezalarının yerine alternatif yaptırımların uygulanması ve cezanın ertelenmesi gibi seçenekleri devre dışı bırakmaktadır. 12–15 yaş grubu çocuklar açısından ise bu seçenekler geçerliliklerini devam ettirmektedir.

Bu maddenin ve yukarıda belirttiğimiz ÇKK’daki istisna hükmünün çocuklara özgü adalet sisteminin standartları ve uluslararası çocuk hukukunun ilkelerine aykırılığı ortadadır. Bu düzenleme, çocuk hukukunun suça sürüklenmiş çocuklarla ilgili olarak cezalandırmadan ziyade çocuğun iyileştirilmesini, kazanılmasını amaçlayan ilkeleriyle de ters düşmektedir.

Erteleme ve paraya çevirme gibi hapis cezasından sapma niteliğindeki alternatif yaptırımlar, suçlunun kişiliğini dikkate alan Modern Ceza Hukukunun vazgeçilmez enstrümanlarıdır. Bu, cezanın bireyselleştirilmesi ilkesinin doğal bir sonucudur ve modern ceza hukuklarındaki son eğilim yargıcın ceza tayininde ve alternatif yaptırımlardaki takdir yetkisinin artırılmasıdır.

Pekin Kuralları’nın 5. maddesinde yer alan çocuklara özgü bir adalet sisteminin amaçlarını ortaya koyan hükmü hatırlatmakta fayda var:

“Çocuk ceza adaleti sisteminde daima çocuğun iyileştirilmesi ön plana alınmalıdır ve çocuk suçlulara gösterilecek tepki hem suçun hem de suçlunun içinde bulunduğu koşullarla orantılı olmalıdır.”

Açıkça görülüyor ki, amaç, cezalandırma değil çocuğun iyileştirilmesidir. Bu çocukların genel mahkemelerde yargılanmalarını gerektiren durumlarda bile yargılamanın amacını ortaya koyan bir düzenlemedir. Yine bu maddeden anlaşılmaktadır

ki, çocuk tarafından işlenen suçta verilecek tepki, suçla olduğu kadar çocuğun içinde bulunduğu koşullarla da (aile durumu, çocuğun sosyal koşulları ve diğer kişisel koşullar) orantılı olmak zorundadır.

Bu noktada Pekin Kuralları'nın iki maddesini hatırlamak faydalı olacaktır. 6. madde, bu amaca yönelik olarak yargılamada yetkili kimselerin geniş bir takdir yetkisine sahip olmaları gerektiğinden bahsederken, 17. madde çocukları yargılarken ve hüküm verilirken dikkate alınacak ilkeleri şöyle göstermektedir:

“Yargılama yapan makama aşağıda yazılı ilkeler kılavuzluk etmelidir:

(a) Verilecek ceza sadece suçun ağırlığı ve işleniş tarzıyla değil, çocuğun içinde bulunduğu koşullar ve ihtiyaçları ve hem de toplumun gereksinimleri ile de oranlı olmalıdır.

(b) Çocuğun kişisel özgürlüğüne getirilecek kısıtlamalar çok dikkatli bir incelemeden sonra konulmalı ve bu kısıtlamaların mümkün olduğu kadar az olmasına özen gösterilmelidir.

(c) Özgürlükten yoksun bırakma, suçun başka bir kişiye yönelik ciddi bir saldırı niteliğinde bulunması veya çocuğun ciddi suç işlemeyi itiyat haline getirmiş olması halleri dışında verilmemelidir.

(d) Çocuğun ıslah edilmesi ilkesi çocuklara ilişkin davalarda yol gösterici ilke olmalıdır.

Çocuklar hakkında idam cezası verilemez.

Çocuklar hiçbir halde fiziksel bir cezaya maruz bırakılmamalıdır.

Yetkili makamın her zaman için yargılamaya ara verme yetkisi olmalıdır.”

Görüldüğü gibi 17. madde çocuğa ceza verilecek olması durumunda, çocuğun kişisel koşullarıyla toplumun gereksinimleri arasında bir denge kurulmasını öngörmektedir. Buna göre çocuğun cezalandırılmasında bir yarar söz konusu olabilir, ancak bu durumda (d) bendinde belirtildiği gibi çocuğun ıslah edilmesi, geleceğinin göz önünde tutulması da gereklidir. Verilecek ceza sonucunda çocuğun özgürlüğüne kısıtlama getirilecekse, bu kısıtlama titiz bir inceleme sonucu getirilmeli ve ancak başka bir kişiye yönelik ciddi bir saldırının varlığı ya da çocuğun suç işlemeyi alışkanlık haline getirmiş olması, kamu güvenliği için başka bir yolun bulunmaması durumunda uygulamaya konmalıdır. Bu kural, BM 6. Kongresi'nde bu konuda alınan karara koşul olarak, mümkün olduğu kadar ayrıntılı düzenlemelerin ulusal mevzuatlarda yer almasını ve şartlı salıverme, hükmün açıklanmasının ertelenmesi gibi alternatif önlemlerin özgürlüğü kısıtlayıcı cezalardan önce düşünülmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

18. madde ise cezalandırma yerine dikkate alınacak bu alternatif önlemlere açıklık getirmiştir. Buna göre;

“Yargılayan makamın sadece mevzuata bağlı kalmasını sağlayabilmek ve gerekli esnekliğe sahip kılınabilmesi amacıyla dava sonucunda verilebilecek alternatif yaptırımlar üretilmelidir. Sözü edilen yaptırımlar birbiri ile kombine de edilmelidir. Anılan yaptırımlar aşağıdakileri de kapsamalıdır:

(a) Bakım, rehberlik ve gözetim düzenlemesi;

(b) Şartlı salıverme;

(c) Sosyal hizmet yaptırma kararı;

(d) Para cezaları ve zararların tazmini;

(e) Vasıtalı ıslah ve öteki ıslah önlemleri;

(f) Çeşitli terapi gruplarına katılım ve benzeri etkinliklere ilişkin düzenlemeler;

(g) Koruyucu aile yanına, toplumsal merkezlere veya başka bir eğitim merkezine yerleştirme;

(h) Yukarıdakilere benzer düzenlemeler.

Hiç bir çocuk, davasındaki koşullar gerektirmedikçe ebeveyninin gözetiminden kısmen ya da tamamen ayrılmamalıdır.”

Yaptırımlar uygulanırken çocukların topluma tekrar kazandırılmalarına dönük tedbirlerin de mutlaka göz önünde tutulacağı belirtilmektedir. Pekin Kuralları, bu maddenin devamında suça karışmış çocukların ıslahına yönelik kurum dışı yöntemleri temel bir kural olarak ortaya koymaktadır. Buna göre 19. madde;

“Çocuğun bir kuruma kapatılması daima en son çare olmalı ve buna gerekli olan en kısa sürede son verilmelidir”, demektedir.

Çocuklara dönük ceza verilmesi gereken hallerde, alternatif yaptırımların öncelikle göz önünde tutulacağı ve bir kuruma kapatılarak özgürlüğün kısıtlanması durumunun ancak son çare olarak hayata geçirilebileceği bu madde kapsamından anlaşılmaktadır. Bu madde kurumsal ıslahı son çare olmasının yanında en kısa sürede sonlandırılması açısından da sınırlamaktadır.

Bütün bunlar göz önünde tutulduğunda 15–18 yaş grubu çocuklar için alternatif yaptırımlara Terörle Mücadele Kanunu 13. maddeyle getirilen istisnaların uluslararası hukuka aykırılığı ortaya çıkmaktadır. Bu durum, yukarıda da bahsedildiği gibi, modern ceza hukukunda günümüzde alternatif yaptırımların uygulanmasını öncelikli olarak öngören yaklaşım ile suça karışmış çocuklara cezayı ancak son çare olarak öngören

uluslararası hukuk kurallarına da ters düşmektedir. Türkiye’de çocukların çok uzun süre (bazen 7 ay) tutuklu kalması uluslararası hukuka açıkça aykırılık teşkil etmektedir¹³¹.

Nitekim AİHM’de son dönemde verdiği ve Türkiye’yi tazminata mahkûm ettiği bir kararında bu konuya vurgu yapmıştır. Mahkeme, 15 yaşındayken yasadışı örgüte üye olmak suçlamasıyla DGM’de yargılanarak mahkûm olan, tutukluğunda yetişkinlerle birlikte tutulan, işkence ve kötü muamele gördüğünü ileri süren bir gencin başvurusunu değerlendirmiştir. AİHM kararında, konuyla ilgili uluslararası belgeleri incelemiş, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin bir çocuğun tutuklanmasını ya da cezalandırılmasını son çare olarak öngören 37. maddesine, suça sürüklenmiş çocuklar için temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını, yansız ve yetkili bir mahkeme önünde yargılanmalarını öngören 40. maddeye, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi’nin Türkiye hakkında 2001 yılında yayımladığı gözlem raporunda belirttiği, çocuk mahkemelerinin Türkiye’de yeterince yaygınlaşmadığı, tutuklamaya halen son çare olarak başvurulmadığını tespit ettiği ve bu nedenlerle komite tarafından Türkiye’de çocuk adalet sisteminin uluslararası standartlarla uyumlaştırılması yönündeki tavsiyeleri gibi hususlara ve ilgili diğer belgelere atıf yapmaktadır¹³². Bu belgelere uyma zorunluluğuna dikkat çeken AİHM, 18 yaşından küçük bir kişinin DGM’de yargılanması, 5 yıl boyunca yetişkinlerle birlikte tutulması, idamla yargılanması, işkence ve kötü muamele görmesi sonucunda ruhsal sağlığının bozulması gibi durumları göz önünde bulundurarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. maddesinin (*“hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz”*), 5/3. ve 5/4. maddelerinin (*“(…) yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Saliverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir”* ve *“yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.”*) ve 6/1. maddesinin (*“Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.”*) ihlal edildiğini ortaya koyarak Türkiye’nin başvurucuya tazminat ödemesine karar vermiştir¹³³. Bu karar, çocuklara özgü adalet sistemine ulusal mevzuatta getirilmiş istisnaların uluslararası belgeler karşısındaki hukuksuzluğunu ortaya koyan güncel bir örnek olması açısından önemlidir. Benzer olaylarda bu yönde çıkabilecek diğer kararlar için de emsal olma potansiyeli taşımaktadır.

¹³¹ “Hiçbir Çocuk 7 Ay Tutuklu Yargılanamaz” başlıklı haber için bkz.: <http://bianet.org/bianet/dunya/103141-hic-bir-cocuk-yedi-ay-tutuklu-yargilanamaz>

¹³² Güveç v. Turkey, 70337/01, 20.01.2009, pr. no. 58-64

¹³³ Güveç v. Turkey, 70337/01, 20.01.2009, pr. no. 58-64

B) ÇOCUKLARIN TUTUKLANMASI

Bir koruma tedbiri olarak tutuklama, serbest olan bir kişinin hâkim kararıyla özgürlüğünün kısıtlanmasını ya da muvakkaten yakalanmış olan bir kişinin önüne çıkarıldığı hâkim tarafından verilen kararlarla özgürlüğünün kısıtlanmasını ifade eder¹³⁴. Çocukların tutuklanması ile ilgili Türkiye'deki mevzuat ve uygulamayı Tutuklamada Mevzuattan ve Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar ve Tutuklamada Görevli Mercii başlıklarına ayırarak inceleyeceğiz.

1) Tutuklamada Mevzuattan ve Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar

Anayasa'nın 19. maddesine göre herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir. Yine aynı maddeye göre, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesi tutuklama nedenlerini düzenlemektedir. Buna göre kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgularla birlikte şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların varlığı ya da şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme veya tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturması gibi tutuklama nedenleri mevcutsa tutuklama kararı verilebilir. Ayrıca, TCK' da düzenlenen soykırım ve insanlığa karşı suçlar, kasten öldürme, silahla işlenmiş kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama, işkence, cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102), çocukların cinsel istismarı, hırsızlık (madde 141, 142) ve yağma (madde 148, 149), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220), devletin güvenliğine karşı suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308), anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315), Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları, Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu, Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74'üncü maddelerinde tanımlanan suçlar, Orman Kanununun 110. maddesinin dört ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları gibi suçların işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı durumunda tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

101. maddeye göre tutuklamaya, soruşturma evresinde cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re'sen mahkemece karar

¹³⁴ Erol CİHAN, Feridun YENİSEY, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 1998, 284

verilir. Bu istemlerde mutlaka gerekçe gösterilir ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer verilir.

Bu noktada, suça sürüklenmiş çocukların tutuklamasıyla ilgili olarak uluslararası sözleşmeler ve ulusal mevzuat hükümleri devreye girmektedir. ÇHS, 37. maddesi suça sürüklenen çocuklara uygulanacak hürriyeti kısıtlayıcı yaptırımlarla ilgilidir ve şu şekildedir:

“a) Hiçbir çocuk, işkence veya diğer zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve cezaya tabi tutulmayacaktır. Onsekiz yaşından küçük olanlara, işledikleri suçlar nedeniyle idam cezası verilemeyeceği gibi salıverilme koşulu bulunmayan ömür boyu hapis cezası da verilmeyecektir.

b) Hiçbir çocuk yasadışı ya da keyfi biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılmayacaktır. Bir çocuğun tutuklanıp alıkonulması veya hapsi yasa gereği olacak ve ancak en son başvurulacak bir önlem olarak düşünülüp, uygun olabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulacaktır.

c) Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuğa insanlı biçimde ve insan kişiliğinin özünde bulunan saygınlık ve kendi yaşındaki kişilerin gereksinimleri göz önünde tutularak davranılacaktır. Özgürlüğünden yoksun olan her çocuk, kendi yüksek yararı aksini gerektirmedikçe, özellikle yetişkinlerden ayrı tutulacak ve olağanüstü durumlar dışında ailesi ile yazışma ve görüşme yoluyla ilişki kurma hakkına sahip olacaktır. (...)

Görüldüğü üzere, BM Sözleşmesi suça sürüklenmiş çocukların hürriyeti kısıtlayıcı yaptırımlara çarptırılmasıyla ilgili birtakım kurallar öngörmektedir. Bu tür yaptırımlarda kanunilik ilkesi ön plana çıkarılmakta, bunun yanında tutuklamanın ancak başvurulacak en son önlem olarak uygulanabileceği ve uygulanması durumunda da mümkün olan en kısa süreyle sınırlanması öngörülmektedir. Söz konusu madde, ayrıca çocuklara yetişkinlerden ayrı koşullarda bu yaptırımların uygulanması gerektiğinin de altını çizmekte, insan haklarının genel prensiplerinin gerektirdiklerinin yanında çocuğa kendi yaşının gerektirdiği şekilde bir muameleyi şart koşturmaktadır. Yine özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir çocuğun, bu süreçte yetişkinlerden ayrı tutulması da maddenin öngördükleri arasındadır.

Pekin Kuralları 13. maddenin de tutuklama konusunda uluslararası belgelerdeki kriterleri bir anlamda topladığı, alternatif tedbirlere öncelik verilmesi ve bunların mümkün olmadığı durumlarda son çare olarak tutuklama tedbirine başvurulması gerektiğini yinelediğini görmekteyiz.

Çocukların tutukluluğuna ilişkin BM Sözleşmesi’nde gösterilen yaklaşımın benzeri Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları’nda (Havana Kuralları) da karşımıza çıkmaktadır. Havana Kuralları’nın 17. maddesi şu şekildedir:

“Gözaltında olan veya muhakeme devam ederken tutuklu bulunan (‘yargılanmamış’) çocuklar masum sayılır ve buna göre muamele görürler. Çocukları

tutuklamaktan mümkün olduğu kadar kaçınılır ve istisnaî hallerle sınırlı olarak tutuklama kararı verilir. Bu suretle alternatif tedbirlerin uygulanması için her türlü çaba gösterilir. Her nasılsa tutuklama kararı verilmiş ise, soruşturma organları ve çocuk mahkemeleri, tutma süresini mümkün olan en kısa süreye indirmek için, bu işlemlerin süratle yapılmasına öncelik verirler. Tutuklu çocuklar, hükümlü çocuklardan ayrı yerlerde tutulur.”.

Görüldüğü gibi Havana Kuralları da masumiyet karinesini vurgulamakta, bu karineyi çocukluğun kendine özgü koşullarıyla birlikte değerlendirerek bir sonuç öngörmektedir. Buna göre suça sürüklenmiş bir çocuğun tutuklanması ancak istisnai hallerde söz konusu olabilecektir

Bu sözleşmelerde çocukların tutuklanmasına dair kabul edilmiş prensiplerin ulusal mevzuatta Çocuk Koruma Kanunu'nun 4. maddesinde belirtilen temel ilkeler bölümünde yer aldığını görmekteyiz. ÇKK 4/i maddesine göre de tutuklama ve hapis cezaları çocuklara son çare uygulanacaktır.

“Son çare” olarak tutuklamadan veya hapis cezasından neyin kastedildiği kanunda açık değildir. Uluslararası çerçeve sözleşmelerin ulusal mevzuattaki görünümü olan bu ifadenin yasada ya da yüksek yargı içtihatlarında, evrensel çocuk haklarına uygun biçimde tanımlanmasının uygun olacağı kanaatindeyiz. Buna göre yukarıda belirtilen Pekin Kuralları'nın 13. maddesinde ifade edildiği gibi yakın gözetim, yoğun bakım veya bir aile yanına yahut eğitim kurumuna yerleştirme gibi alternatif tedbirlere öncelik verilmeli, bunların sonuç vermemesi durumunda tutuklama tedbirine başvurulmalıdır.

Tutuklama tedbirine başvurulmasının kaçınılmaz olduğu hallerde ise çocuklar için özgürlüğü kısıtlayıcı tedbir eğitim amaçlı olmalıdır.

AİHS 5. madde birinci fıkranın (d) bendinde, “Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere usulüne uygun olarak tutulması” şeklindeki düzenlemede; “*bir küçüğün (reşit olmayan kişi) gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması*” ya da “*yetkili merci önüne çıkarılmak için usulüne uygun olarak tutulmasına*” müsaade edilmektedir.

Bu düzenlemeye göre çocuğun özgürlüğünün kısıtlanabilmesinin önkoşulu eğitimidir. Yani mahkemeye göre, küçüğe uygulanacak özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirin “*izlenen amaca uygun*” nitelikte olması gerekir. Çocuk ancak ve ancak “gözetim altında eğitim” önlemi uygulayan kuruma kapatılabilecektir. *Bouamar/Belçika 29 Şubat 1988* davasında suç işlediği iddia olunan çocuk, bir yıldan daha az bir sürede çeşitli suç isnatlarıyla 9 kez yetişkinler cezaevine konulmuş, 15 günü geçmeyen sürelerle, toplam 119 gün hapsedilmiştir. Belçika mevzuatına göre, çocuğun bir gençlik islahevine yerleştirilmesi mümkün değilse, yetişkinler için yapılmış bir cezaevine konulabildiğini ve Belçika hükümetinin, çocuğun eğitilmesi amacıyla gözetim altında haklı olarak tutulduğu görüşünü savunduğunu dava içeriğinden öğreniyoruz. Ancak AİHM, çocuğun yetişmiş

uzman personeli bulunmayan bir cezaevinde diğerlerinden tecrit edilmiş bir şekilde ve hiçbir eğitim programı uygulanmadan tutulmasını, sözleşmeye aykırı bulmuştur.

Diğer yandan tutuklama konusunda sorunlu bir diğer husus, tutuklulukta geçirilecek süreye ilişkindir. Bu konuda ÇKK'da veya CMK'da çocuklara özgü bir hüküm mevcut değildir. Bu noktada CMK'daki tutuklamaya ilişkin genel hükümler uygulanmaktadır. Tutuklulukta geçirilecek süreyi düzenleyen CMK 102. maddenin 5560 sayılı kanunun 18. maddesi ile değiştirilen hali, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresini en çok bir yıl olarak öngörmekte, ancak bu sürenin, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabileceğini belirtmektedir. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde ise, tutukluluk süresi en çok iki yıl olup bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir ve uzatma süresi toplam üç yılı geçemez.

Önemle belirtmek gerekir ki, tutuklulukta geçirilecek süre konusunda çocuklara özgü bir hükmün bulunmamasını kanunun önemli bir eksikliği ve uluslararası sözleşmelere ciddi bir aykırılık olarak görmekteyiz. Bu düzenlemenin uluslararası sözleşmelerle kabul edilmiş temel prensiplere aykırılık teşkil eden bazı noktalarının altını önemle çizmek gerekir. Öncelikle, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 12. maddesi "Ceza Muhakemesi Kanununun 102. maddesi, aynı Kanunun 250. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yazılı suçlar ile ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından, 31 Aralık 2010 tarihinde yürürlüğe girer. Bu süre zarfında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 110'uncu maddesinin uygulanmasına devam olunur"¹³⁵, demektir. Bu durum tutuklulukta geçirilecek süre için bir azami limit getirerek, bu konuda bir güvence teşkil eden 102. maddeye bir istisna koymaktadır. Maddede belirtilen kanunun 250. maddesinin (c) bendi şu şekildedir: "(Türk Ceza Kanununda yer alan) İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç)".

Burada kanunun belirttiği suçlar, TCK' da, Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar, Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar, Milli Savunmaya Karşı Suçlar ve Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk başlıklı bölümler altında düzenlenmiş olan suçlardır. Bunlardan 305. maddedeki Temel milli yararlar karşı faaliyetlerde bulunmak için yarar sağlama, 318. maddedeki halkı askerlikten soğutma, 319. maddedeki askerleri itaatsizliğe teşvik, 323. maddedeki savaşta yalan haber yayma, 324. maddedeki seferberlikle ilgili görevin ihmali, 325. maddedeki düşmandan unvan ve benzeri payeler kabulü ve 332. maddede bulunan askeri yasak bölgelere girme suçları kapsam dışında bırakılmıştır.

Burada belirtilen suçlar için 31 Aralık 2010'a kadar uygulanacak olan süre 1412 sayılı (eski) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 110. maddesinde belirtilen süredir.

¹³⁵ Maddenin ilk halinde 102. maddenin 250(c) için 1 Nisan 2008 tarihi öngörülmekteydi. 26.02.2008 kabul tarihli, 01.03.2008 tarih ve 26803 sayılı R.G'de yayımlanan 5739 sayılı Kanunun 6. maddesi ile bu tarih değiştirilmiş, 31 Aralık 2010 şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

110. maddeye göre “hazırlık soruşturmasında tutukluluk süresi azami altı aydır. Kamu davasının açılması halinde bu süre hazırlık soruşturmasında tutuklukta geçen süre dâhil iki yılı geçemez.

Soruşturmanın veya yargılamanın özel zorluğu veya geniş kapsamlı olması sebebiyle yukarıda belirtilen sürelerin sonunda kamu davası açılmamış veya hüküm tesis edilememiş ise, soruşturma konusu fiilin kanunda belirtilen cezasının alt sınırı yedi seneye kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda tutuklama kararı kaldırılır. Yedi sene ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezaları gerektiren suçlarda tutuklama sebebine, delillerin durumuna ve sanığın şahsi hallerine göre tutukluluk halinin devamına veya sona erdirilmesine veya uygun görülecek nakdi kefaleti vermesi şartıyla sanığın tahliyesine karar verilebilir.

Bu maddenin son paragrafına göre özel durumlar nedeniyle birinci paragrafta belirtilen süreler içinde dava açılmamış ise, yedi sene ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezaları gerektiren suçlarda tutuklama sebebine, delillerin durumuna ve sanığın şahsi hallerine göre tutukluluk halinin devamına karar verilebilmektedir. Dikkat çekici nokta tutukluluk halinin devamı için bir sürenin öngörülmemiş olmasıdır. Bu da tutukluluğun süresiz devamına yol açabilecek bir düzenlemedir. Önceki CMUK döneminde var olan bu durum, yapılan düzenlemelerle 31 Aralık 2010’a kadar devam ettirilmiş bulunmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, söz konusu CMUK hükmü, Pekin Kuralları’nın 20. maddesinde yer alan “her dava, başından itibaren hiçbir gecikmeye mahal vermeksizin hızla yürütülmelidir” hükmüne ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 5/3’te yer alan “(...) yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır” şeklindeki hükümlerle ve yine AİHS m. 6’da yer alan “herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir” şeklindeki hükümlerle bağdaşmamaktadır. Burada yargılanma için belirtilen makul sürenin, CMUK m. 110’da soruşturmadaki veya yargılamadaki özel zorluk veya geniş kapsam gerekçeleriyle kamu davasının açılmamış olması veya hüküm tesis edilememiş olması durumlarıyla tezatlık oluşturacağı açıktır.

AİHM’de bu gerçeğe uygun olarak verdiği kararlarında bu durumu irdelenmiştir. Bu bağlamda mahkeme, 1984 yılında tutuklanıp 1991 yılında serbest bırakılan bir başvurunun tutukluluk süresinin bu kadar uzun olmasına sebep olan durumun, ulusal mahkeme tarafından yürütülen yargılama sürecinde ortaya çıkan aksaklıklar (gerekli bir raporun bir türlü temin edilememesi vb.) nedeniyle tutuklu kalınan sürenin makul bir süreyi aşacak şekilde uzaması halinde AİHS 5/3 ve 6. maddelerinin ihlal edilmiş olacağına ve devletin sorumluluğunun doğacağına hükmettiği görülmektedir. Söz konusu kararda AİHM, “Sözleşme’nin 6. Maddesinin 1. fıkrası, aleyhinde ceza davası açılan herkese söz konusu suçlama ile ilgili olarak makul bir süre içinde nihai kararın verilme hakkını

sağlamaktadır (...). Mahkemelerin bu şartı yerine getirmesini sağlayacak hukuk sistemlerinin düzenlenmesi akit devletlerin sorumluluğundadır (...)" demektedir¹³⁶.

Bir dava kapsamında 23 ay boyunca tutuklu kalan davacının başvurusuna ilişkin, mahkeme şu tespitlerde bulunmuştur:

"Mahkemeye göre; "delillerin durumu"ndan, suçluluk yönünde ciddi emarelerin bulunduğu gözükür ve genel olarak bu şartlar tutukluluk kararının verilmesine makul bir sebep teşkil edebilirse de, bu durum tek başına, tutukluluk halinin bu kadar uzun bir süre boyunca devamını haklı çıkarmamaktadır (...).

*Sonuç olarak, mahkeme, başvuru sahibinin tutukluluk halinin belirtilen süre boyunca devam etmesinin Sözleşmenin 5/3. maddesinin bir ihlalini oluşturduğuna karar vermişti."*¹³⁷.

Her ne kadar yeni CMK bu durumu öngörmemiş olsa da, CMUK m. 110'un geçerliliğinin devam etmesi eski kanun dönemindeki hukuk devleti ilkesine aykırılıkların devam ettiği anlamına gelmektedir. Modern hukukun günümüz yorumunda ve ayrıca tutuklamanın bir koruma tedbiri olarak geçicilik özelliği göz önünde tutulduğunda, süresiz tutukluluk gibi bir durumun kabul edilmesi mümkün değildir. Bu açıdan CMUK m. 110'un, tüm ceza usul normları yeni bir kanunla tekrar düzenlendiği halde, 2010 yılı sonuna kadar geçerliliğinin korunmasının açıklamasını hukuk devleti ve hukukun evrensel ilkeleri çerçevesinde açıklamak mümkün görünmemektedir. Bu durum ceza hukuku doktrininde de eleştiri konusu yapılmakta, hatta süresi belirsiz bir özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirin adının ancak "eziyet" olabileceği belirtilmektedir¹³⁸.

Öte yandan tutuklama konusunda uygulamadan kaynaklanan bazı sorunlu noktaların altını çizmek gerekmektedir. Bu noktada göze çarpan ilk husus tutuklama kararlarının gerekçesiz oluşlarına ilişkindir. CMK madde 100/2'ye göre, tutuklama kararları gerekçeli olmalıdır, kanunun tutuklama için öngördüğü bütün şartlar gerekçelendirilmiş olarak kararda yazılmak zorundadır. Bu zorunluluğun Anayasa'daki karşılığı da 141. maddedeki "bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır" hükmüdür. Ayrıca, gerekçesiz bir karar, AİHS madde 6'da ve Anayasa madde 36'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkında da aykırıdır.

Ayrıca, tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda da tutuklama şartlarının aranacağı öngörüldüğünden, bu kararların da gerekçe içermek zorunda olduğu açıktır¹³⁹.

¹³⁶ Mansur/Türkiye, (14/1994/461/542) 8 Haziran 1995, pr. 68.

¹³⁷ N.M/Türkiye, 35065/97, 25.10.2005, pr.36-37

¹³⁸Metin FEYZİOĞLU, Tutuklamaya Dair Uygulamada Görülen Bazı Sorunlar, Tespitler, Değerlendirmeler, <http://www.feyzioglu.av.tr>, 28 Ocak 2009.

¹³⁹ FEYZİOĞLU, Tutuklamaya Dair Uygulamada...

Türkiye’de tutuklama kararlarının gerekçe kısımlarında görülen “şüphelinin veya sanığın kaçma ihtimalinin varlığı”, “şüphelinin veya sanığın delilleri karartma ihtimalinin varlığı” gibi ifadeler tutuklama gerekçesi olamayacağı gibi, gerekçenin, kanunda tutuklama şartı olarak belirtilen bu durumlara dair şüphenin hangi somut durumlar olduğunun gösterilmesi şeklinde yazılması gerekmektedir. Bu açıdan, tutuklama gerekçesi olarak örneğin, “şüphelinin kaçma ihtimalinin varlığı”, “delil durumu” gibi bir ifade tutuklama gerekçesi olarak kabul edilemez, ancak bu ihtimalin varlığını doğrulayan somut olaylar gerekçe olarak kabul edilebilir¹⁴⁰.

Nitekim AİHM’nin bir kararında, “‘delil durumu’ ifadesi suça ilişkin ciddi göstergelerin mevcut olduğu ve devam ettiği şeklinde anlaşılmaktadır. Genel olarak ilgili etkenler olmasına rağmen, mevcut davada bunlar şikâyet konusu tutukluluğun devamını haklı çıkarmamaktadır”¹⁴¹ demekle, bu durumun hukuka aykırılığını ortaya koymuştur.

AİHM’nin de Türk hukukundaki bu aksaklığı kararlarında sıkça ortaya koyduğu görülmektedir. Mahkeme Türkiye’yi tazminata mahkûm ettiği bir kararında, “*mevcut davada, dosyada yer alan unsurlardan, Devlet Güvenlik Mahkemesinin düzenli olarak her duruşma sonunda, basmakalıp olmasa da neredeyse hep aynı ifadeyi kullanarak, isnat edilen suçun niteliğine, delillerin durumuna ve dosyanın kapsamına atıfta bulunarak başvuru sahibinin tutukluluk halinin devamına karar verdiği görülmektedir. İki kararında ise Devlet Güvenlik Mahkemesi herhangi bir gerekçeye yer vermemiştir (...)*”¹⁴² diyerek sözünü ettiğimiz noktaların yargısal karşılığını oluşturmuştur.

AİHM, başka bir kararında artık yerleşik bir içtihat haline geldiği üzere,

“Tutuklu şahsın bir suç işlemiş olmasına ilişkin makul şüphenin devamı, sürdürülen gözaltı halinin geçerliliği için bir zorunlu koşuldur, ancak belli bir sürenin aşılması durumunda bu yeterli olmamaktadır; bu durumda mahkeme, adli merciler tarafından öne sürülen gerekçelerin özgürlüğün kısıtlamasını haklı nedene dayandırıp dayandırmadığını incelemelidir (...). İlgili gerekçelerin “geçerli “ ve yeterli olması durumunda mahkeme ayrıca ilgili ulusal mercilerin soruşturmanın yürütülmesi aşamasında “özel bir ihtimam” gösterip göstermediğini araştırmalıdır”¹⁴³, diyerek yukarıda tutuklama gerekçesinin gözden geçirilmesi ile ilgili belirtilen hususların uygulamadaki sorunlu noktalarına dikkat çekmiştir.

Yine bir başka sorunlu nokta CMK m. 100/3’te (yukarıda belirtildiği üzere) sayılan suçların işlendiğine dair kuvvetli şüphenin söz konusu olması durumunda verilen tutuklama kararlarıdır. CMK m. 100/3 belli bazı suç tiplerini sayarak, bu suçların işlenmiş olduğuna dair kuvvetli şüphenin varlığı durumunda önceki fıkralardaki koşulların aranmayacağını ve tutuklama kararının verilebileceğini öngörmektedir. Uygulamada bu suçlardan birinin işlendiğine dair bir şüphlele hâkim önüne gelen bir şüphelinin kuvvetli

¹⁴⁰ FEYZİOĞLU, Tutuklamaya Dair Uygulamada...

¹⁴¹ Mansur/Türkiye, pr. 56

¹⁴² N.M/Türkiye, pr. 35

¹⁴³ Yağcı ve Sargın/Türkiye (6/1994/453/533-534) 8 Haziran 1995, pr. 50

suç şüphesi olgusu göz ardı edilerek tutuklanabildiği görülmektedir. Şunun altını önemle çizmek gerekmektedir ki, CMK m. 100/3'ün saydığı suçların işlendiğine dair bir şüphenin oluşması durumunda tutuklama kararının verilebileceğini öngörmemektedir. Burada sayılan suçların işlenmiş olabileceğine dair kuvvetli bir şüphenin varlığı gerekmektedir. Dolayısıyla hâkim, sadece bu suçlardan birinin isnat edilmiş olması nedeniyle tutuklama kararı vermemelidir. Suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe gerekçelendirilerek karara geçirilmelidir.

Söz konusu durum birçok AİHM kararında da ortaya konmuştur. Örnek olarak, *“mahkeme, bir sanığın kaçmasına ilişkin tehlikenin sadece söz konusu cezanın ağırlığı bazında değerlendirilmeyeceğine işaret etmektedir. Bu aynı zamanda, bir kaçma tehlikesinin mevcudiyetini teyit eden veya kaçma ihtimalinin yargılanmak üzere tutuklu tutulmayı haklı çıkarmayacak derecede düşük olduğunu ortaya koyan başka ilgili etkenlere göre değerlendirilmelidir (...).*

Söz konusu davada, birinci mahkemenin tutukluluk halini teyit eden emirlerinde, kaçmaya ilişkin bir tehlikenin neden olduğuna ilişkin herhangi bir açıklama yapılmaksızın, basmakalıp denmese de, hemen her zaman aynı kelimeler kullanılmıştır”¹⁴⁴ demekte ve bu konudaki hukuka aykırı uygulamayı kayıtlarına geçirmiş bulunmaktadır.

Suçta karışmış çocukların tutuklanmasıyla ilgili olarak artık evrensel bir ilke olan, tutuklamaya son çare olarak başvurulması konusunda yargısal algıda henüz ilkelerin dahi yerleşmiş olmayışına dikkat çekmemiz gerekiyor. Tutuklamanın son çare oluşuyla ilgili olarak kayda değer bir yargı kararına ulaşmak mümkün olmadığı gibi, bu konuda hâkimlere ışık tutacak herhangi bir çalışmanın da yapılmadığını ve uygulamada buna ilişkin ciddi bir boşluğun varlığını kabul etmek gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen bütün bu hususların temel insan haklarına ve çocuk haklarına dair uluslararası sözleşmelere aykırılığı açıktır. İş yükünün fazlalığı, hâkim yetersizliği vb. gerekçeler, bu tür hukuka aykırı uygulamaların oluşumuna gerekçe olarak gösterilemez.

2) Tutuklamada Görevli Mercii

Çocuklara özgü yargı sistemine istisnalar getirmenin yarattığı sorunlu bir başka nokta da çocukların tutuklanması durumunda tutuklama kararını hangi organın vereceği sorunu oluşturmaktadır. Çocuk Koruma Kanunu şüpheli çocuklar hakkında tutuklama kararını hangi mercinin vereceği konusunu düzenlememiştir. Bu boşluk uygulamada tartışmalı bir durumun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Yargıtay 2007 yılında verdiği bir kararla, çocuklar hakkında tutuklama kararının çocuk mahkemelerinin değil sulh ceza mahkemelerinin vereceğini hüküm altına almıştır. 3. Ceza Dairesi kararda şöyle demektedir:

“Çocuk Koruma Kanunu'nun 42. maddesine göre, bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır hükmü nazara

¹⁴⁴ Mansur/Türkiye, pr. 55

alındığında, suça sürüklenen çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarına çocuk hâkimi tarafından karar verileceği belirtildiği halde, adli kontrol ve tutuklama kararına hangi merciin karar vereceği belirtilmediğinden, anılan madde gereği çocuk hakkında tutuklama kararını Sulh Ceza Hâkiminin vermesi gerekir¹⁴⁵.

Böyle bir kararın yerindeliği tartışmalıdır. Kanaatimizce, suça sürüklenen çocuklar hakkında yürütülecek soruşturmalarda çocuk savcısının, kovuşturmalarda da genel ceza mahkemelerinin yerine çocuk mahkemelerinin görevli olacağı kanunda bu kadar açıkken, ÇKK hükümleri ile çocuklar hakkında yetişkinlerden ayrı bir yargılama sistemi benimsenmişken, amaçsal bir yorum ile tutuklama kararını verecek olan merciin çocuk mahkemesi olarak gösterilmesi doğru olurdu. Öte yandan ve daha önemlisi, uluslararası sözleşmeler ile getirilmiş normların söz konusu olduğu bir konuda ÇKK 42. maddenin, yani “bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Ceza Muhakemesi Kanunu, (...) hükümleri uygulanır” hükmünün göz önünde tutulması hukuka uygun bir durum olmayacaktır. Anayasa’nın 90. maddesinin son bendine 2004 yılında eklenen cümle çok açıktır: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.” Buradaki antlaşma ifadesi, geniş bir anlamda, sözleşmeleri, onlara bağlı diğer uluslararası belgeleri de kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır. Buna göre, çocuk yargılamasında çocuklara özgü bir yargı sisteminin uygulamasını istisnasız olarak öngören uluslararası çocuk hakları sisteminin çocukların tutuklanmasında, bu alana özgülenmemiş bir merci tarafından karar verilmesine olanak tanımadığı açıktır.

Bu noktada uygulamada başka sorunlar da göze çarpmaktadır. ÇKK 15. maddeye göre çocuklar hakkındaki soruşturmalarda çocuğun ifadesinin alınması da bizzat çocuk bürosunda görevli cumhuriyet savcısı tarafından yapılmaktadır. Çocuk savcıları bu alanda uzmanlaşmış, ÇKK 32. maddede de öngörüldüğü üzere, adaylık dönemlerinde Adalet Bakanlığınca belirlenen esaslara uygun çocuk hukuku, sosyal hizmet, çocuk gelişimi ve psikolojisi gibi konularda eğitim alan kimselerdir.

Ancak cumhuriyet savcılıklarının çocuk bürolarının her yerleşim yerinde kurulmamış olması başlıca problemlilik noktadır. Bu yerlerde çalışan cumhuriyet savcılarında ÇKK 32. maddeye uygun olarak formasyon verilmesi önemlidir.

Ayrıca uygulamada, çocuk bürosu bulunan bazı yerleşim yerlerinde de, hafta sonu ve tatil günlerinde adliyelerde çocuk bürosunda görevli nöbetçi savcıların bulundurulmadığı görülmektedir. Böyle bir durumda, ÇKK 30/2. maddedeki “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, bu görevler çocuk bürosunda görevli olmayan Cumhuriyet savcıları tarafından da yerine getirilebilir” hükmü uyarınca, ifade alma ve diğer işlemler diğer savcılar tarafından yerine getirilebilmektedir. Örneğin, bir cumartesi günü gözaltına alınan bir çocuk, 24 saatlik gözaltı süresi kuralı en geç pazar günü savcılığa çıkarılmak zorundadır ve ifadesini almak üzere çocuk bürosunda görevli bir savcı hazır değilse, işlem başka savcılar tarafından yapılmaktadır. Bu uygulamanın sakıncası

¹⁴⁵ Yargıtay 3. CD, E: 2007/4265, K: 2007/3641, T: 19.04.2007

ortadadır. Çocuk ceza hukukuna vakıf olmayan bir savcı tarafından soruşturmanın yürütülmesi, bu alana özgü amaçlara ve kurallara aykırı sonuçlar ortaya çıkarabilmekte, deyim yerindeyse çocuklara özgü adalet sistemini tatil günlerinde askıya alabilmektedir. Bu noktada ortaya çıkabilecek sorunları aşabilmenin tek yolu hafta sonlarında ve tatil günlerinde de her zaman çocuk bürosunda görevli savcılarının adliyelerde bulundurulmasıdır.

Son olarak, bütünlüklü bir çocuk ceza adalet sisteminin gerçekleştirilmesi için vurgulanması gereken bir diğer sorun Yargıtay'da çocuk hukuku üzerine ihtisaslaşmış, yalnızca bu alandan gelen dosyaları incelemekle görevli bir dairenin bulunmayışıdır. Bu eksiklik yukarıda belirtilen sorunlara çanak tuttuğu gibi, Yargıtay'ın mevcut iş yükünden doğan sıkıntılar uygulamada başka sorunların da doğmasına yol açmaktadır. Aşağıdaki alıntı, bu noktaya dikkat çekmesi açısından önemlidir:

“Suç odaklı yaklaşımın sonucu olarak, çocuk yargılamalarının uzun sürmesi ve Yargıtay'da çocuk dosyalarının yıllarca beklemesi suçu bile kesinleşmemiş çocukların yıllarca kapalı kurumlarda kalmasına sebep olmaktadır. Çocukların, çocuk yargılamasının amacına uygun olarak oluşturulmuş “Eğitim Evleri”nden yararlanması mümkün olamamaktadır. Eğitim Evlerinde şu anda çocuktan çok personel bulunmakta, kapalı kurumlarda ise dosyasının sonuçlanmasını bekleyen binlerce çocuk serbest kalmayı ya da eğitim evine gitmeyi beklemektedir. Bu durum BM Çocuk Haklarına dair Sözleşme'nin 37. Maddesi'ne doğrudan aykırıdır. BM Çocuk Hakları Komitesi bu konuda 2007 tarihli genel yorumunda (10 no'lu Genel Yorum Madde.50) “cürümün işlendiği zaman ile karar arasındaki süre” ile ilgili ÇHS Madde 37'ye gönderme yapmakta ve şöyle demektedir: “Özgürlüğünden yoksun bırakma fiilinin ciddiyetini ifade etmek açısından ‘ivedi’ standardı, ‘fazla gecikmesizin’ ifadesinden daha güçlü olan ‘gecikmesizin’ standardından daha güçlüdür”¹⁴⁶.

Yargıtay'da böyle bir dairenin kurulması halinde, çocuk hukukunda geçerli olan evrensel yaklaşımların yüksek yargı kararlarına daha fazla yansıtacağını, yukarıda belirtilen çocuklara özgü adalet sistemine istisna getiren normların ve uygulamaların aşılması yönünde önemli adımlar atılabileceğini ummaktayız.

C) Çocukların Ceza Ehliyeti

Kapsamlı bir çocuk ceza adaletinin en sağlam ve en tutarlı olması gereken hukuki müesseselerinden biri de çocukların ceza ehliyetine ilişkin düzenlemeler ve uygulamalardır. Ceza adalet sisteminin çocuğu ne zaman, hangi suç için ve ne kadar sorumlu tutacağı konusunda kararlı ve istikrarlı olması çocuk ceza adalet sisteminin hedefleri açısından çok önemlidir. Ceza ehliyeti kavramı hukuk düşüncesinin gelişimi sonucunda ortaya çıkmış, ceza adaletini sağlamak konusunda önemli bir enstrümandır. Ceza ehliyetinin varlığının karine olarak var sayıldığı bir yaşı tespit etmek ve ceza kanunlarına o yaşı yazmak meseleyi çözmemektedir. Çünkü asgari ceza ehliyeti yaşı, bu yaşa kadar ceza ehliyetinin kesinlikle olmadığı kabulü anlamına gelmekte, bu yaşın

¹⁴⁶ Gündem Çocuk: Türkiye Çocuk Politikası 2008, http://www.gundemcocuk.org/index.php?option=com_content&task=view&id=963&Itemid=28

üstündekiler için ise araştırma sonucunda karar verileceğini hükme bağlamaktadır. Bu araştırmanın niteliği, bileşenleri ve amacı üzerinde Türkiye’de bu konuda çalışan farklı disiplinler arasında bir anlaşma olmadığı gibi uygulamada da birlik sağlanamamıştır. Yanlış bilgi ve uygulamadan kaynaklanan bu boşluğun bedelini çocuklar ödemekte ve araştırma yapılması gereken yaş aralığındaki çocukların % 100’e yakın bir oranda ceza ehliyetine sahip olduğu gibi ceza hukuku doktrini açısından kabul edilemez bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ceza ehliyeti kavramının doğru anlaşılabilmesi için ceza hukukunun yüzlerce yıllık mirası bilinmeli en azından isnat yeteneği, kusurluluk gibi bazı kavramlarla tanış olunmalıdır.

1) Ceza Ehliyetinin Varlığı Çocuğun Yüzüne Bakınca Anlaşılacak Bir Şey Midir? Yeni Başlayanlar için Ceza Hukuku Bilgisi

Ceza Hukuku iradi fiillerle ilgilenir. Ceza Hukukunda failin cezalandırılabilmesi için kanuni tipe uygun ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmiş olması şartının yanı sıra, failin kusurlu bir şekilde hareket etme ehliyetine sahip olması (isnat yeteneği) ve somut olayda kusurlu bir şekilde hareket etmiş olması (kusurluluk) şartı aranır¹⁴⁷. Bu ifadeden anlaşılacağı üzere “kusurluluk” suçun bir unsurunu oluştururken isnat yeteneği failde aranması gereken bir unsurdur¹⁴⁸. Buna göre isnat yeteneği kusurluluğun ön şartı olmayıp ancak kusurlulukla yakından ilgili bir kavramdır. Isnat yeteneğinin bulunmaması suç teşkil eden fiili suç olmaktan çıkarmamakta ancak etkisini failin ceza sorumluluğu üzerinde göstermektedir¹⁴⁹.

İsnat yeteneği “bir fiilin bir kimsenin üstüne atılabilmesi, ona yüklenebilmesi için, failde bulunması gereken niteliklerin bütünü” olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁰. Isnat yeteneğinin tanımı Türk Ceza Kanununda yapılmamıştır. Kaynak İtalyan Ceza Kanununda (85/2) ise “anlamak ve istemek yeteneği” olarak tanımlandığını görüyoruz. Buna göre isnat yeteneği yapılan hareketin anlamını kavrayabilme ve bu hareketi isteme yeteneği şeklinde anlaşılmalıdır¹⁵¹.

Anlama ve isteme yeteneği olarak anlaşılan isnat yeteneğinin ceza ehliyeti ile ilişkisini 1970 tarihli Yargıtay kararının şu şekilde kurduğunu görüyoruz:

¹⁴⁷ Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt:II, Dokuzuncu Baskı, İstanbul, 1986, s. 157-158.

¹⁴⁸ Bu konuda doktrinde tartışmalar bulunmakla birlikte, kusurlu davranabilme (isnat) yeteneğinin bulunmamasının fiili suç olmaktan çıkarmayacağı düşüncesinden hareketle isnat yeteneğini failde bulunması gereken bir nitelik olarak gören, dolayısıyla ceza ehliyeti ile ilişkilendiren görüşün şu ifadesine katılıyoruz: “...isnat yeteneği, failin bir niteliğini, bireyin bir olmak biçimini, başka bir deyişle kişinin bir durumunu ifade etmektedir.” HAFIZOĞULLARI, Ceza Hukuku Ders Notları, s. 8, Doktrindeki tartışmanın ayrıntıları için bkz. İzzet ÖZGENÇ, Cumhuriyet ŞAHİN, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2001, s.60-90.

¹⁴⁹ Faruk EREM, Ahmet DANIŞMAN, Mehmet Emin ARTUK, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 1997, s.494-497.DÖNMEZER- ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s.159.

¹⁵⁰ DÖNMEZER-ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s.159.

¹⁵¹ HAFIZOĞULLARI, Ceza Hukuku Ders Notları, s.8.

“1) Cezai Mesuliyetin temel şartları A) Maddi isnadiyet B) Manevi isnadiyet C) Kusurluluktur.

2) İşlenmiş olan cürümden dolayı bir kimsenin cezalandırılabilmesi için bu cürümün bu kimseye maddi bakımdan isnat edilmesi lazımdır. A) Maddi isnadiyet cürüm ile fail olduğu iddia olunan kimse arasında maddi ilişkiyi gerektirir. Bu, cürüm ile fail arasında, maddi sebebiyet bağlantısıdır. Bundan dolayı maddi isnadiyet, cezai mesuliyetin ilk temel şartıdır. B) Cezai mesuliyetin ikinci şartı manevi isnadiyettir. Manevi isnadiyet failin bir fiili suç olduğunu bilerek ve isteyerek işlemesidir. Bu itibarla manevi isnadiyetin unsurları şuur ve iradedir. C) Kusurluluk: Failin kanuna aykırı bir iradeye sahip olmasıdır. Cezai mesuliyet ancak bu temel şartların bir arada ve aynı zamanda mevcudiyeti halinde kabul olunabilir¹⁵².

Yargıtay, manevi isnadiyet başlığı altında sınıfladığı isnat yeteneğini, “fiili suç olduğunu bilerek ve isteyerek işleme” şeklinde tanımlamaktadır. Fiilin suç olduğunu bilmeyi isnat yeteneğinin unsuru olarak kabul eden bu görüşün “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle eleştirildiğini görüyoruz¹⁵³. Mahkemenin tanımında dikkati çeken diğer nokta, isnat yeteneğinin unsurlarının şuur ve irade olarak belirlenmesidir. Şuur ve irade gibi kişide duruma göre değişebilir içerikli unsurlara dayanarak açıklanan isnat yeteneğini, azaltan veya ortadan kaldıran bazı haller ceza hukukunda öngörülmektedir.

Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Ceza Sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler sayılmakta “yaş küçüklüğü” de bu başlık altında düzenlenmektedir. Yaş küçüklüğü olarak ifade edilen çocukluğun farklı dönemlerinde isnat yeteneğinin tam olarak aranmaması gerektiği düşüncesi “anlayabilme ve isteyebilme gücünün ancak zamanla ve yaşın ilerlemesiyle kemale erdiği, çeşitli saiklere karşı gelebilme yeteneğinin ruhi bir olgunluğu gerekli kıldığı hususunda deneye dayanan gözleme” bağlanmaktadır¹⁵⁴. Belli bir yaşa kadar bulunmadığı kabul edilen bu yeteneğin ceza hukukçuları arasında, “ruhi olgunluk”, “ahlaki olgunluk”, “ahlaki değer bilinci” gibi ifadelerle adlandırıldığını görüyoruz¹⁵⁵. Çocukluğun belli bir dönemine kadar bulunmadığı kabul edilen ruhi olgunluğun- ahlaki değer bilincinin belirli bir yaş sınırına kadar da yeterli seviyeye ulaşmadığı varsayılmaktadır. Ceza Kanunları çocuklarda isnat yeteneğinin bulunmadığı bir yaş sınırı belirleyerek henüz bu yaşa ulaşmamış bir çocuğun ceza sorumluluğunun bulunmadığını kabul etmektedir. Buna göre fiili suç teşkil etse de belirlenen yaşa kadar çocuğun ceza ehliyetinin bulunmadığı kabul edilmektedir.

Çocuğun ceza ehliyetine hangi yaştan itibaren sahip olabileceği konusunda uluslararası bir standart yoktur¹⁵⁶. Bu konudaki düzenleme farklılıklarının gerekçesi

¹⁵² Y.1.CD. 24.1.1970- 1969-1360/268, RKD 1970, III/2, s.15.

¹⁵³ DÖNMEZER- ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s.166,dn.23.

¹⁵⁴ Manzini, Antolisei’den naklen DÖNMEZER-ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s.173.

¹⁵⁵ EREM-DANIŞMAN-ARTUK, Ceza Hukuku... ,s.495.

¹⁵⁶ Unicef , Birleşmiş milletler Çocuklara Yardım Fonu, “Çocuk Ceza Adaleti Sistemi” dergisi, 2000, s.4

olarak her topluma özgü, farklı sosyal değerler olarak gösterilmektedir¹⁵⁷. Uluslararası hukuktaki düzenlemelere bakıldığında, ülkelerin çocukların ceza sorumluluk yaşına ilişkin düzenlemeleri hakkında uluslararası metinlerin bir çerçeve çizdiğini görüyoruz. Örneğin Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 40. madde, 3. paragrafında, “Taraflar Devletler, hakkında ceza yasasını ihlal ettiği iddiası ileri sürülen, bununla itham edilen ya da ihlal ettiği kabul olunan çocuk bakımından, yalnızca ona uygulanabilir yasaların, usullerin, onunla ilgili makam ve kuruluşların oluşturulmasını teşvik edecek ve özellikle şu konularda çaba göstereceklerdir:

a) Ceza yasasını ihlal konusunda asgari bir yaş sınırı belirleyerek, bu yaş sınırının altındaki çocuğun ceza ehliyetinin olmadığı kabulü; ...”

Bu yaş sınırının belirlenmesi konusunda ise ilkeleri, Pekin Kuralları'nın 4. maddesi koymaktadır:

“Küçükler bakımından ceza sorumluluğu yaşı kavramını tanıyan hukuk sistemlerinde, anılan bu yaşın başlangıcı, (küçüklerin) duygusal, zihinsel ve entelektüel erginlik durumları akılda tutularak, çok düşük bir yaş düzeyinde tespit edilmeyecektir. Ceza sorumluluğu bakımından asgari yaş, tarihe ve kültüre bağlı olarak, geniş ölçüde farklılık arz etmektedir. Modern yaklaşım, bir çocuğun ceza sorumluluğunun ahlaki ve psikolojik unsurlarına uygun davranıp davranmayacağını; yani, bir çocuğun kendi bireysel muhakeme ve kavrayışı yoluyla, esas itibarıyla anti-sosyal nitelikteki davranışından sorumlu tutulup tutulamayacağını göz önünde bulundurulması şeklinde olacaktır”¹⁵⁸.

Birleşmiş Milletlere üye ülkeler ceza sorumluluğunun başlayacağı yaş sınırlarını bu uluslararası belgelerdeki ilkeler ışığında belirlemekle yükümlüdür.

TCK m. 31/1'e göre fiili işlediği sırada 12 yaşını doldurmamış çocukların cezai sorumluluğu yoktur. 12 yaşını doldurmamış olan çocuğun anlama ve isteme yetenekleri henüz gelişmemiş olduğu için kusurluluğundan söz edilemeyeceğinin kabul edildiği madde gerekçesine göre bu durumda çocuğu ceza kovuşturmasına ve cezai yaptırıma tabi tutmak çocuğun psikolojisi açısından olumsuz sonuçlar doğuracağı gibi cezanın toplumsal işlevine de aykırılık teşkil edecektir.

TCK m. 31/2 ise 12-15 yaş arasındaki çocukların ceza sorumluluğunun bulunup bulunmamasını çocuğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarına ilişkin algısına ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişimine bağlamıştır. Buna göre, 12 yaşını doldurmuş ama 15 yaşını bitirmemiş olan çocuk işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamıyorsa ve davranışlarını yönlendirme yeteneği yeterince gelişmemişse 12 yaşını doldurmamış çocukların şartlarına tabi kılınmaktadır, cezai sorumluluğunun olamayacağı kabul edilmektedir. Bu grup için böyle bir ayrıma gidilmesinin nedeni kanunun gerekçesinde şöyle açıklanmıştır: “Çocukluktan gençliğe geçiş sürecinde bulunan oniki

¹⁵⁷ DÖNMEZER-ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s.163.

¹⁵⁸ Pekin kurallarında değinilen “anti- sosyal davranış” kavramının anlamı için bkz. Toplumsal Savunma Hareketinin ilkelerini aktardığımız “4) Ceza Hukuku Suçlunun Kişiliğine Bakıyor: Suça Karışmış Çocuğa Özgü Statü” başlığı.

yaşını doldurmuş ve fakat henüz onbeş yaşını tamamlamamış kişiler, genellikle işlediği fiilin bir haksızlık oluşturduğunun bilincinde olmakla beraber, bazı durumlarda fiili işlemekten kendini alıkoyamamakta ve bazı davranışlar açısından iradesine yeterince hâkim olamamaktadır. Bu nedenle, suç oluşturan bir fiili işlediği sırada oniki yaşını bitirmiş olup da henüz onbeş yaşını bitirmemiş olan kişilerin, işlediği suç açısından davranışlarını yönlendirebilme yeteneğine sahip olduğunun belirlenmesi hâlinde, ceza sorumluluğunun olduğu kabul edilmiştir¹⁵⁹.

Gerekçede çocuğun işlediği fiile ilişkin haksızlığın bilincinde olmasının ceza sorumluluğunun bulunduğu kanaat getirmeye yeterli olmadığı belirtilmektedir. Bu durumda çocuğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarına ilişkin algılama yeteneğinin gelişmiş olmasının yanı sıra çocuğun bu algıya uygun bir biçimde davranışlarını yönlendirebilme ve alıkoyabilme yeteneğine sahip olması da aranacaktır. Gerekçeye göre, suç teşkil eden fiili işlediği sırada 12–15 yaşları arasındaki çocuğun ceza sorumluluğunun olup olmadığı, çocuğun içinde bulunduğu aile koşulları, sosyal ve ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumu hakkında uzman kişilerce hazırlanacak rapor dikkate alınarak çocuk hâkimi tarafından tespit edilir. Hâkim çocuğun isnat yeteneği, yani ceza sorumluluğu olmadığına kanaat getirirse çocuk hakkında ceza tertibine yer olmadığına karar verir ve koruyucu, eğitici ve yeniden topluma kazandırıcı nitelikte güvenlik tedbirlerine hükmeder. Hâkim çocuğun ceza sorumluluğunun bulunduğunu kabul ederse çocuğun işlediği sabit bulunan fiilin cezasını 2. fıkradaki indirim hadlerini uygulayarak belirleyecektir. Bu düzenleme 12–15 yaş grubu çocuklar için ceza sorumluluğu olduğu kabul edilen ancak henüz yetişkinlerdeki seviyeye ulaşmamış bir tür “azalmış isnat yeteneği”nin varlığını kabul etmektedir. Dolayısıyla 12–15 yaş aralığının, ceza sorumluluğunun araştırmaya tabi olduğu ve ceza sorumluluğunun varlığına kanaat getirildiği takdirde ise hafifletilmiş sorumluluğun öngörüldüğü bir grup olduğunu söyleyebiliriz. Bu hüküm ÇKK 35. maddedeki düzenleme tarafından da desteklenmektedir. ÇKK m. 35’e göre, “*Bu kanun kapsamındaki çocuklar hakkında mahkemeler, çocuk hâkimleri veya Cumhuriyet savcılarınca gerektiğinde çocuğun bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren inceleme yaptırılır. Sosyal inceleme raporu, çocuğun, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin mahkeme tarafından takdirinde göz önünde bulundurulur.*”

Maddenin 3. fıkrası ise 15–18 yaş arasında üçüncü bir grup belirlemektedir. Bu grupta artık ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığı araştırılmamakta ancak bu yaş aralığındaki çocukların “azalmış kusur yeteneğine-isnat yeteneğine” sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu üçüncü ayırımın nedeni ise gerekçede şöyle açıklanmaktadır:

“Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş ve fakat henüz onsekiz yaşını tamamlamamış gençler, normal koşullarda, gerçekleştirdikleri davranışların hukukî anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine sahip olmakla birlikte; bu kişilerin, davranışlarını yönlendirme yetenekleri yeterince gelişmemiş olabilmektedir. Bu nedenle, suç yoluna girmiş olan gençlerin, işledikleri suçlar bağlamında irade yeteneğinin zayıf

¹⁵⁹Adalet Bakanlığı Yeni Türk Ceza Adaleti Sistemi Tanıtım Sitesi, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>.

olduğu normatif olarak kabul edilmiştir. Azalmış kusur yeteneğine sahip bulunan gençler hakkında kural olarak indirilmiş cezaya hükmedilir.”

Üçünü fıkra düzenlenen üçüncü grubun ikinci gruba göre ceza sorumluluğu daha ağırdır. Gerçekten üçüncü gruba öngörülen ceza indirim oranları ikinci fıkra düzenlenen indirim oranlarına göre daha azdır.

Uygulamadaki sorun yaratan durum ise, yeni TCK ve ÇKK'nun çocuğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin mahkeme tarafından tespit edileceğine dair getirdiği düzenlemenin oldukça açık olmasına rağmen uygulamanın, mülga 765 sayılı eski TCK ve 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda yer alan düzenlemelerden oluşan karma bir sisteme göre devam etmesidir. Uygulama ve yürürlükteki düzenlemeler arasındaki farklılığı anlayabilmek için 12–15 yaş arasındaki çocuklarda ceza ehliyeti araştırmasına ilişkin günümüzdeki uygulamayı şekillendiren bu mülga yasaların ilgili maddelerine kısaca değinmek yararlı olacaktır.

2) Türkiye'ye Özgü Bir Terminoloji “Farik Mümeyyiz Muayenesi”

Uygulamada isnat yeteneğine ilişkin yapılan araştırmaya “farik mümeyyiz muayenesi” dendiğini görüyoruz¹⁶⁰. “Farik mümeyyiz” ifadesi Haziran 2005’de yürürlükten kalkan 765 sayılı TCK’nin 54. maddesinde:

“Fiili işlediği zaman on bir yaşını bitirmiş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlar, farik ve mümeyyiz olmadıkları surette haklarında hiçbir ceza tertip olunamaz. Eğer çocuk işlediği fiilin bir suç olduğunu fark ve temyiz ile hareket etmiş ise suçunun cezası aşağıdaki şekillerde indirilir”, şeklinde geçmektedir.

Bu maddedeki “farik ve mümeyyiz” ifadesi 1889 İtalyan Ceza Kanunundaki (discernimento) temyiz kudreti kavramına karşılık gelmek üzere kullanılmıştır¹⁶¹. Discernimento kelimesinin anlamı Türkçede tek bir kelime ile karşılanabilirken bu iki kelimenin arka arkaya kullanımının nedenlerini araştırmak gerekir. Hemen belirtelim ki, farik ve mümeyyiz kelimeleri aynı anlama gelmektedir (ayırarak, fark eden”, “iyiyi kötüden ayırabilen”, “iyiyi, kötüyü, doğru ve yanlış ayırarak, seçen”). Bu iki kelimenin yan yana yinelenmesinin kaynağı mehz kanundan (yani İtalyancadan) 1909 yılında yapılan bir çeviride karşımıza çıkmaktadır: “*Sağiri merkum fiil ve amelinin sonucu bir cürüm olacağını farkı temyiz ile hareket etmiş olduğu takdirde...*”¹⁶² 765 sayılı Ceza Kanununun

¹⁶⁰ Gürol CANTÜRK, Çocuk Suçluluğunda Adli Psikiyatrik Değerlendirme, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, C.: 14, S.; Ankara, s.31-34.

¹⁶¹ ONUR, Suçlu Çocuklara..., s.142.

¹⁶² Adliye Nezareti, CK. layihası, İstanbul 1327 m.54’den naklen EREM-DANIŞMAN-ARTUK, Ceza Hukuku..., s. 501.

yürürlükte olduğu süre içinde bu eş anlamlı iki kelimededen oluşan yanlış ifade ceza hukukçuları tarafından eleştirilmiş, içeriği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür¹⁶³.

Buna göre, bir kısım hukukçu tarafından, “fiilin bir suç olduğunu fark ve temyiz ile hareket etmiş” ifadesinin fiilin suç olduğunu bilmek anlamına geldiği tercih edilmiş ve bu durumun çeviri hatasından kaynaklanmadığını yasa koyucunun bilinçli bir tercihi olduğunu ileri sürülmüştür. Bu görüş taraftarları, yasa koyucunun “fiilin bir suç olduğunu fark ve temyiz ile hareket etmiş” ifadesi ile “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesine çocuklar açısından bir istisna yaratmak ve bu istisna ile çocuklara ek koruma getirmek niyetinde olduğunu savunmuşlardır¹⁶⁴.

Bu görüşe karşı çıkan bazı hukukçular ise, bu ifadenin 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun (ÇMK) 20/1. maddesi ile yani “bu kanunda gösterilen ceza ve tedbirlerin uygulanmasından önce küçüğün işlediği suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yönünden bedeni, akli ve ruhi durumu mütehasıs kimselere tespit ettirilir” şeklindeki hükümlerle birlikte yorumlanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

Bu maddenin ekseninde getirilen yorumla temyiz kudretinin “işlediği suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabilme” olarak anlaşılması gerektiğini savunan görüşe göre temyiz kudretinin “fiilin suç olduğunu bilmek” olarak tanımlanması temyiz kudretinin hukuki anlamını yitirmesine neden olacaktır. Bu nedenle fiilin hukuki nitelik ve anlamını kavrayabilme şeklinde tanımlanması temyiz kudreti kavramının hukuki anlamına daha uygundur¹⁶⁵. Öte yandan bazı ceza hukukçuları “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlamak” ifadesinin de temyiz kudreti kavramına uymadığını belirtmektedirler. Bu görüşe göre, “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilmek” aslında kanunu bilmek anlamına gelmektedir; kanunu bilmemenin mazeret sayılmadığı bir ceza kanununda bu ciddi bir çelişkidir¹⁶⁶.

İsnat edilebilirliğin esasını insani bir sorumluluğa, yani kişinin davranışlarının sosyal değerini idrak edebilmesine ve gerektiği gibi davranmasını engelleyecek psikik anormalliklerinin bulunmamasına dayandırdığımızda sorun büyük ölçüde ortadan kalkmaktadır¹⁶⁷. Bu görüşe biz de katılmaktayız; “fiilin anlam ve sonuçları” ifadesinin altında yatan esas anlamın, “fiilin sosyal değeri” olduğu kanaatindeyiz. Fiilin hukuki anlamını ve sonucunu anlamak, aslında fiilin suç olduğunu bilmekten başka bir anlama gelmemektedir. Kişinin bir fiilin suç olduğunu bilmesi, o fiile hukukun yüklediği anlamı ve bağladığı sonucu bilmesi demektir. Bu maddeyi, kanun koyucunun çocuğa ek güvence

¹⁶³ Kayıhan İÇEL; Füsün SOKULLU-AKINCI; İzzet; ÖZGENÇ, Adem SÖZÜER; Fatih S. MAHMUTOĞLU; Yener ÜNVER, *Suç Teorisi*, 2. Baskı, İstanbul, 2000 s. 211.

¹⁶⁴ EREM-DANIŞMAN-ARTUK, *Ceza Hukuku...*, s.501-502, ÖNDER, *Ceza Hukuku...*, s. 271, ONUR, *Suçlu Çocuklara...*,s.142-143

¹⁶⁵ DÖNMEZER-ERMAN, *Nazari ve Tatbiki...*, s. 165-166, İÇEL vd., *Suç Genel...*, s.211,

¹⁶⁶ Nevzat TOROSLU, Yüksel ERSOY, *Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar*, Ed.: Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004, s.12

¹⁶⁷ Nevzat TOROSLU, *Ceza Hukuku*, Ankara, 2005, s. 247

tanımak için kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesinin istisnası olarak gören, yukarıda değindiğimiz görüşe katılmıyoruz. Kanun koyucunun ceza hukukunun temel ilkelerinden biriyle (kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi) çelişen bir düzenlemeye kastî olarak yer verdiğini kabul edemeyeceğimize göre, ceza hukuku geleneği içinde büyük ölçüde üzerinde anlaşıldığı gibi, isnat yeteneğinin fiilin sosyal değerini kavrayabilmek ve buna göre davranabilmek yeteneği olarak anlaşılması gerektiğini düşünüyoruz. Bu görüş, uluslararası belgelerde çocuğun ceza ehliyeti ile ilgili düzenlemelerde yer verilen “anti-sosyal davranış” kavramıyla da uyumludur. Özellikle söz konusu uluslararası belgeler ve “ceza hukukunun bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesi ışığında fiilin hukuki anlamını ve sonucunu ayırarak ayrı anlamlar yüklemenin mümkün olmadığını ve bu çıkarımın çocuk hukukunun temel ilkelerine aykırılık oluşturacağı kanaatindeyiz. İster fiilin hukuki anlamı ve sonucu şeklinde ifade edilsin isterse fiilin sosyal değeri densin bu kavramların kökeninin Toplumsal Savunma Hareketi ve “antisocial” kavramıyla olan bağlarını koparmadan düşünülmesi gerekir¹⁶⁸.

Nitekim mehzaz 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nun da temyiz kudreti yerine anlama ve isteme yeteneğini ölçüt olarak getirdiğini görüyoruz. Kanun 14–18 yaş arasındaki çocuk sanıkların anlama ve isteme yeteneğine sahip olup olmadıklarını yargıcın her suç için ayrı ayrı araştırmasını öngörmektedir. Yargıç bu araştırma sırasında çocuğun zihinsel gelişiminin normal olup olmadığını tespit ettirmek zorundadır; ancak bunun yanında, çocuğun “eylemin sosyal değerini kavrama” biçiminde tanımlanabilen anlama yeteneğinin yeterli seviyede gelişip gelişmediğini ve heyecansal, duygusal ve güdüsel etkenleri kontrol etmeye yetecek duygusal gelişime ulaşmış olup olmadığını denetlemek durumundadır. Yargıcın yaptığı bu isnat yeteneği araştırması sonucunda ulaştığı kanaatini ve gerekçesini hükümde göstermesi gerekmektedir¹⁶⁹.

Mehaz Kanundaki bu değişikliğin ülkemizdeki etkilerini Ceza Kanunu ve Çocuk Mahkemeleri Kanunu (ÇMK) Öntasarı metinlerinde görüyoruz. Örneğin 1989 tarihli Ceza Kanununu Öntasarı metninde (m.101/1) “eylemin haksızlık niteliğini anlaması ve buna göre hareket edebilmesi” kabiliyetinden söz ederken 1992 tarihli Çocuk Mahkemesi Kanununu Tasarısı (m. 23 ve gerekçesi) İtalya’daki değişikliği izleyerek anlama yeteneğini “fiilin toplumsal değerini ve sonuçlarını kavrama”; isteme yeteneğini ise “bu değerlendirmelerine uygun davranabilme” yeteneği olarak tanımlamaktadır. 1997 tarihli Ceza Kanunu Öntasarı metninde ise “çocuğun eyleminin haksız niteliğini anlayıp anlayamadığını ve buna göre hareket edebilmesi için gereken ahlaki ve ruhi olgunluğa sahip olup olmadığının” tayininden söz ettiğini görüyoruz (m.103 ve gerekçesi)¹⁷⁰.

Farik mümeyyiz ifadesinin içeriğinin bu tartışmalar ışığında biçimlenerek nihayetinde kanun metninden çıkarıldığını görüyoruz. Ancak hiçbir kanun metninde

¹⁶⁸ Toplumsal Savunma Hareketi ve suç işlemiş çocuğa özgü statüye katkıları için bkz.:“ 4) Ceza Hukuku Suçlunun Kişiliğine Bakıyor: Suça Karışmış Çocuğa Özgü Statü” başlığı

¹⁶⁹ ONUR, Suçlu Çocuklara..., s.144, DÖNMEZER-ERMAN, Nazari ve Tatbiki, s.177, dn.61.

¹⁷⁰ T.C. Adalet Bakanlığı Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (1997) Yayın İşleri Daire Başkanlığı Özel Seri : 3 , 103.Madde, s.52, 103. Madde gerekçesi, s. 203.

rastlamadığımız bu ifade uygulamada ceza ehliyeti araştırmasının temel kavramı olmaya devam etmektedir.

Bu durum halen hatalı bir uygulamanın sürdürülmesine neden olmaktadır. Mülga ÇMK'nın yukarıda değindiğimiz 20. Maddesindeki “işlediği suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yönünden bedeni, akli ve ruhi durumu mütehassis kimselere tespit ettirilir” ifadesi uyarınca isnat yeteneğine ilişkin araştırma hala adli tıp hekimleri tarafından yapılmaktadır. Bu araştırma ÇMK'nın getirdiği “mütehassis kimselere tespit ettirilir” düzenlemesinden önce bu araştırmanın yargıçlar tarafından yapılmakta, isnat yeteneğine ilişkin araştırmanın bir hukuki araştırma olduğu Yargıtay kararlarında yer almaktaydı¹⁷¹. ÇMK'nın getirdiği “mütehassis kişilere tespit ettirilir” düzenlemesinin ardından yargıçların isnat yeteneğinin tespiti konusunda uzman hekim raporuyla bağlı olduğu görüşünün yargı kararlarında ağırlık kazandığını görüyoruz. Böylece doktrinde hukuki bir kavram olduğu üzerinde uzlaşılmasına rağmen¹⁷² anlama ve isteme yeteneğinin tayini adli tıp hekimlerine bırakılmıştır. Bu uygulamaya göre suça karıştığı iddiasıyla emniyete getirilen 12–15 yaş (765 sayılı eski Ceza Kanunu uyarınca 11–15 yaş) arasındaki çocuklar “Adli Tabipliğe” götürülerek hekimlere muayene ettirilmekte ve hekim tarafından “farik mümeyyiz raporu” düzenlenmektedir.

İsnat yeteneği araştırması genelde şu kavramlar üzerinden yapılmaktadır:

“Herhangi bir zekâ geriliği veya çocukluk dönemi psikiyatrik sendrom arazi tespit edilmediği, olay tarihinde doğum tarihi itibari ile 13 yaşının içinde olduğu, söz konusu olayda da herhangi bir psikopatolojik öge bulunmadığı tıbbi kanaatine varıldığı cihetle;’nın 04.08.2003 tarihinde işlediği iddia olunan hırsızlık suçunun farik mümeyyizi olduğunu bildirir rapordur”

“Sağlık Bakanlığı tarafından adli hekimler için hazırlanan ders materyalinde verilen örnek ise şu şekildedir: “.....’nın kimlik belgesinin incelenmesi sonucu.... yaşının içinde bulunduğu, yapılan muayenesinde çocukluk dönemi psikiyatrik sendrom bulgusu, zekâ geriliği saptanmadığı,tarihinde işlediği bildirilen..... suçunun savunma ve tartışmasını yapabildiği saptanmış olup, tarihinde işlediği iddia edilen..... suçunun farik ve mümeyyizi olduğunu bildirir rapordur”¹⁷³.

Rapor örneklerinde görüldüğü gibi ceza hukukundaki anlama ve isteme yeteneği- isnat yeteneği ve ceza ehliyetine ilişkin kavramlar adli hekimlerin incelemelerinde yer almamakta; muayene psikiyatrik bir inceleme olarak, dolayısıyla farklı kavramlaştırmalar üzerinden gerçekleştirilmektedir.

¹⁷¹ Y.1.CD.13.06.1972, E/K:2616/2943, Y.1.CD. 13.06.1972, E:1971/2616,K:1972/2923.

¹⁷² EREM-DANIŞMAN-ARTUK, Ceza Hukuku..., s. 502, DÖNMEZER-ERMAN, Nazari ve Tatbiki..., s. 176, ÖNDER, Ceza Hukuku..., s. 270.

¹⁷³ Ümit Naci GÜNDOĞMUŞ, Adli Tıp Birinci Basamak Hekimleri İçin, 2.Baskı, Ankara, 1997,s 17.

Sonuç olarak, aşığıda alıntı yapılan rapordan da anlaşılacağı üzere, Adli Psikiyatri dalındaki uzmanların “farik mümeyyiz” ifadesinden çıkardıkları anlamın ceza hukuku bağlamından oldukça uzaklaştığını görüyoruz.

“Bir çocukta zekâ geriliği ya da çocukluk devresi herhangi bir psikiyatrik sendrom belirtisi yoksa yani çocuğun akli başında ise o çocuk mümeyyizdir. Farik olmada ise birbirine çok yakın ve aynı doğrultuda oluşmuş olaylar, davranışlar, duyuşlar, duygular, heyecanlar, değer ölçüleri arasındaki ince ayırımı yapabilme ve bunlar arasında içinde bulunduğu koşullar altında doğru olanını, suç mahiyetinde olmayanını, toplumca makbul olanını ayırt edebilme, seçebilme ve uygulayabilme yeteneği söz konusudur”¹⁷⁴.

Bu paragrafta aslında aynı anlama gelen iki kelimeye farklı anlamlar yüklendiğini görüyoruz. Mümeyyiz olmak psikiyatrik sendrom belirtisi bulunmamaya bağlanırken farik olmak “toplumca makbul olanı ayırt edebilme, seçebilme ve uygulayabilme” şeklinde formüle edilmektedir. Mümeyyizliği psikiyatrik sendrom belirtisinin bulunup bulunmamasına dayanarak açıklarken psikiyatristler Medeni Kanunda temyiz kudretini düzenleyen madde bağlamından hareket etmektedirler.

“Yani bu iki kelime arasında, lügat açısından, belirgin fark yoktur. Ne var ki Türk Medeni Kanunu’nda (herhangi bir akli arıza içinde bulunmayan her kişi Mümeyyizdir) denilmekle, hukuk açısından, bu iki kelime arasında bir nüansın varlığının kabulü gerekmektedir”¹⁷⁵.

Medeni Kanununun 13. maddesinde, yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir (mümeyyizdir) denilmektedir. Temyiz kudretine medeni hakları kullanma (fiil) ehliyetinin bir önkoşulu olarak kanunda tanım getirilmiştir. Buradaki ayırt etme gücü ile yaş küçüklüğü arasında kurulan ilişki fiil ehliyeti açısından görecelidir; marketten sakız almak konusunda mümeyyiz sayılan 6 yaşındaki bir çocuk bisiklet kiralamak konusunda mümeyyiz sayılmayabilir¹⁷⁶. Bu açıdan yukarıdaki yaklaşımda, akıl sağlığı yerinde olan her kişi mümeyyizdir öyleyse çocukların akıl sağlığı yerindeyse mümeyyizdir denirken aslında bu görecelilik ve 13. madde içeriğindeki “yaş küçüklüğü” ibaresi göz ardı edilmektedir. Bu noktada özel hukuktaki ehliyete ilişkin kavramlarla ceza hukukundaki ehliyete ilişkin kavramların farklı bağlamlara sahip olmalarından doğan farklılığın da dikkate alınmadığı görülmektedir.

¹⁷⁴ CANTÜRK, Çocuk Suçluluğunda..., s. 33.

¹⁷⁵ Kriton DİNÇMEN, TCK. 54.maddesinin Karşısında (farik mümeyyiz olma) Kavramının Adli Psikiyatri Açısından İrdelenmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10.Yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu,s.247. Aynı şekilde Hamit HANCI, Adli Tıp ve Adli Bilimler isimli kitabında, “Farik olmanın kelime karşılığı, ayırt etme, görme, seçme yeteneğinde değildir. Mümeyyizlik ise, kişinin aklının başında olmasıdır.” demektedir. Hamit HANCI, Adli Tıp ve Adli Bilimler, Ankara, 2002, s.255.

¹⁷⁶ SEROZAN, Çocuk Hukuku ..., s.92.

Bunun sonucu olarak da, yukarıda yer verdiğimiz temyiz kudretinin Ceza hukukundaki içeriğine ilişkin tartışmaların sonucunda ulaşılan tanımların adli psikiyatrinin ceza ehliyetine ilişkin araştırmasına temel teşkil etmesi gerekirken bu yapılamadığı için isnat yeteneğinin tayini “mental sağlık ve seviye” tespitiyle sınırlı kalmaktadır. Bu hususu 1993 yılında Adli Tıp Kurumu IV. İhtisas Kurulu Başkanlığı görevini yürüten Doç.Dr. **Kriton Dinçmen** şöyle ifade etmektedir:

Bu durum adli tıp alanında çalışan uzmanlarca da dile getirilmektedir:

“Maalesef, çoğu kez, üstün-körü bir psikiyatrik muayene sonunda çocukta belirgin bir çocukluk devresi psikiyatrik sendrom arazi veya zekâ geriliği bulgusuna rastlanmadığında, (suçunun farik ve mümeyyiz olduğu) şeklinde bir karara varıldığını görmekteyiz”¹⁷⁷.

Türkiye’de uygulamada isnat yeteneği araştırmasının mental sağlık ve seviye muayenesi ile sınırlı kalması, aslında adli psikiyatrinin isnat yeteneği ve tayinine ilişkin kavramlara yer verdiği eserlerde ileri sürülen görüşlerle uyum içindedir. Nitekim **Kriton Dinçmen** 1984 yılında yayınladığı Adli Psikiyatri kitabında:

“Burada akademik bakımdan, bir hususiyete değinmemiz doğru olur. Kanuni açıdan genelde, herhangi bir zekâ geriliği veya çocukluk devresi psikiyatrik sendromlardan birine ait bulgu göstermeyen ve 11 yaşını (765 sayılı Ceza Kanunu uyarınca sorumsuzluk yaşı) bitirmiş bir çocuk, işlemiş olduğu suçun nevi ve işlenişinde psikopatolojik bir hususiyet olmadığı takdirde, suçun farik ve mümeyyizi olarak kabul edilir. Yani, bu hususta, 11 yaş, her suç için geçerli genel bir limit olarak kabul edilmiş bulunmaktadır.”

diyerek muayenelerin çerçevesini çizmektedir. Bu çerçevede her ne kadar “şartlı ceza ehliyeti” bir yaş grubu için ceza kanunu tarafından düzenlenmişse de bu düzenlemenin aslında gerçek hayatta uygulama alanı bulmadığı, zekâ geriliği ve çocukluk devresi psikiyatrik sendromlarına rastlanmayan her çocuğun ceza ehliyetinin bulunduğu dair rapor düzenlenebileceği belirtilmektedir. Nitekim “farik mümeyyiz muayenelerinin” sonuçlarına ilişkin yapılan çalışmalara baktığımızda “farik mümeyyizdir” raporu verilerek ceza kovuşturmasına konu olan çocukların oranının çok yüksek olduğunu görüyoruz.

İbrahim Tunalı ve **Özer Kendi**’nin 1980–85 yılları arasında Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı’na “farik mümeyyizlik muayenesi” için getirilmiş 311 çocuktan 263’üne (% 84,57) “farik mümeyyiz oldukları” yolunda rapor verildiğini araştırmalarında ortaya koymuşlardır¹⁷⁸. **Mazlum Çöpür** ve arkadaşları tarafından yapılan çalışmada, 1991–1992 yılları içinde İstanbul Adli Tıp Kurumu’na gönderilen 228 çocuğun % 89,0’unun işledikleri suçların farik ve mümeyyizi olduğuna, % 11,0’nin ise farik ve

¹⁷⁷ DİNÇMEN, Adli Psikiyatri..., s. 248

¹⁷⁸ İbrahim TUNALI- Özer KENDİ, Fark ve Temyiz Kudreti ile İlgili Bir Araştırma, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:78, Eylül- Ekim, F:12,1987, s. 177-189.

mümeyyizi olmadıklarına karar verildiği tespit edilmiştir. Farik ve mümeyyiz olmadıklarına karar verilenlerin % 75,0'inde ise, mental retardasyon ve psikotik bir hastalık saptanmış olması hekimler tarafından “farik mümeyyiz muayenesinin” mental muayeneyle sınırlı anlaşıldığını ortaya koymaktadır¹⁷⁹. Nitekim adli hekimlerin yaptıkları incelemede zekâ geriliğine ilişkin denetlemenin muayenenin esasını oluşturması gereği adli tıp kitaplarında vurgulandığını görüyoruz:

“Farik mümeyyizlik muayenesinde çocuğun işlediği fiilin niteliğini ve bir suç olduğunu, yapılması ile başkalarının zarar göreceğini ve kendisine ceza verileceğini bilecek derecede zekâ gelişimine ulaşmış olmadığını araştırılır”¹⁸⁰.

Aslında hekimlerin muayenesi, anlama ve isteme yeteneğine elverişli zekâ gelişimini tayin etmekle sınırlı kalmaktadır. Algnın veya yeteneğin sorgulanmasına geçmeyen muayene bu yetiler için çocuğun yeterli zekâyâ sahip olup olmadığını ve akıl sağlığının yerinde olup olmadığını denetlemektedir. Zihinsel gelişiminde zekâ geriliğine ve psikopatolojik sendroma rastlanmayan her çocuğun ceza ehliyetine sahip olduğu kabul edilmektedir. Son yıllarda yapılan “farik mümeyyiz incelemelerinde” % 100'e yakın “farik mümeyyizdir” raporu verildiğini bu konudaki çalışmalardan öğreniyoruz. Örneğin, **Yaşar Bilge** ve arkadaşları tarafından 1989–1994 yılları arasında Ankara Çocuk Mahkemesinde haklarında dava açılan 4283 çocuk üzerinde yapılan çalışmada farik mümeyyizdir raporu alan çocukların oranı % 96,2 olarak belirlenmiştir¹⁸¹. Elazığ'da 1991–1998 yılları arasında “farik mümeyyiz raporu” verilen çocukların oranının % 97,6¹⁸², 1987–1993 yılları arasında Antalya'da % 98,8¹⁸³, 1991–1993 yıllarında İzmir'de % 99,8¹⁸⁴, Sivas'ta % 97, Samsun'da % 100¹⁸⁵, 1996–2001 yılları arasında Kocaeli'de % 94,7¹⁸⁶, 1988–1992 yılları arasında Bursa'da

¹⁷⁹ Mazlum ÇÖPÜR- Şeyma SARAÇ- Birgül TÜZÜN- İmdat ELMAS, 12-15 Yaşları Arasındaki Çocuklarda Suç ve Farik Mümeyyizlik, İst. Tıp Fak. Mecmuası 61:1, 1998.

¹⁸⁰ HANCI, Adli Tıp ve Adli Bilimler, s.255.

¹⁸¹ Yaşar BİLGE, İ.Hamit HANCI, Özer KENDİ, Z. BEYDAĞ TIRAŞ, Mala Yönelik Suçlar Açısından Çocuk Suçluluğu, İzmir Barosu Dergisi, S.:2, Y.:2001.

¹⁸² Hikmet Ergin DÜLGER- İ.Hamit HANCI , Süheyla ERTÜRK, H. COŞKUNSAL, 1998-1991 Yılları Arasında Suç İşledikleri İddiasıyla Elazığ'da Farik Mümeyyizlik Muayenesi için Gönderilen Çocukların Demografik Özellikleri. Adli Tıp Dergisi, 1992; 8 : 131-136.

¹⁸³ Y.Mustafa KARAGÖZ, Mehmet ATILGAN, Antalya'da 1987-1993Yıllarında Farik-i Mümeyyizlik Muayenesi Yapılan 1408 Olgunun Retrospektif Değerlendirilmesi. 1. Ulusal Adli Tıp Kongresi, İstanbul 1994.

¹⁸⁴ Cezmi YAVUZ, İ.Hamit HANCI, Ali ÇAKMAK, Yücel ARISOY, B. EGE., 1991-1993 Yılları Arasında İzmir'de Çocuk Suçluluğu. 1.Adli Bilimler Kongresi, Kongre Kitabı 151-154. Adana 1994.

¹⁸⁵ A. TURLA, Ö. BÖKE, Y. BAŞAR, K. USLU, Samsun'da Farik ve Mümeyyizlik Muayenelerinin Sosyodemografik Özellikleri. Adli Tıp Dergisi 2002; 16/1.

¹⁸⁶ Ü.N. GÜNDOĞMUŞ, B. ÇOLAK, H. BOZ, Ü. BIÇER, 1996-2001 Yıllarında Kocaeli'nde Yapılan Farik-i Mümeyyizlik Muayenelerinin Değerlendirilmesi. Adli Tıp Dergisi 2003;17(2):1-7.

% 99,2¹⁸⁷ olduğunu yapılan araştırmalar ortaya koymuştur.

% 100'e yakın "farik mümeyyizdir" raporu verildiğini ortaya koyan bu çalışmalar karşısında sonuç olarak, bu düzenlemenin yasanın amacına hizmet ettiğinden bahsetmek mümkün grnmemektedir¹⁸⁸. Mevcut yasal düzenleme, önceki düzenlemenin getirdiği uygulamadan istenen sonucun elde edilememesi nedeniyle yasa koyucu adli hekim muayenesi yerine ocuk Mahkemesi Kanunundan önce olduğu gibi yargıca bilirkişi ve uzman görüşlerinden yararlanarak isnat yeteneğini tayin hakkını tanımıştır. Ancak, ne yazık ki uygulamanın mevcut düzenlemeyi es geçip sakıncaları ortada olan eski uygulamayı devam ettirdiği görülmektedir. Bu durum ocuk hukukunun ve kendine özgü bir ocuk adalet sisteminin uluslararası belgelerle ortaya konmuş olan evrensel amaçları ile bağdaşmamaktadır.

3) Sosyal İnceleme Raporu Olmadan ocuk Hakkında Nasıl Karar Verilir? Yetişkin Yerine Konarak

Yukarıda yer verdiğimiz Adli Tıp araştırmalarının ortaya koyduğu yüzdelere bakılırsa, çocukların ceza ehliyeti araştırmasına ilişkin uygulamalar, ceza ehliyet yaşını fiilen 12 yaşta sabitlemekte, yasa koyucunun 12–15 yaş arası için öngördüğü düzenlemede amaçladığı geçişkenlik ve esneklik sağlanamamaktadır. Uygulamada, ocuklarda ceza ehliyeti araştırmasının işlevsiz kaldığını söyleyebiliriz. Bunun en önemli nedeninin, hukuki ve sosyolojik bir kavram olan isnat yeteneğinin araştırılması görevinin hekimlere bırakılması olduğunu düşünüyoruz. ocukta herhangi bir zekâ geriliği ya da çocukluk dönemi psikiyatrik sendromu bulunup bulunmadığı hususunun ve yaş tespitinin tıbbi muayene sonucu elde edilen bulguların işığında verilen kararlar olduğuna şüphe yoktur.

Ancak fiilin sosyal değerini anlama ve davranışlarını buna göre yönlendirebilme yeteneği, tıbbi muayeneyle ortaya çıkarılacak herhangi bir bulgudan daha fazlasıdır. Bu nedenle amacına uygun biçimde düzenlenmiş bir ceza ehliyeti araştırması için, hekimler ve sosyal çalışmacıların hukukçuların ihtiyaç duydukları verileri sağladığı, hukukçuların bu verileri dikkate alarak gereken araştırmayı yaptığı bir yapı önerilebilir. Böyle bir yapı içerisinde, çocuğun yaşadığı ortama ilişkin verilere dayalı öznel duruma uygun bir araştırma yöntemi oluşturulabilir. Bu verilerin en önemli bileşenini hâkime sosyal inceleme raporlarının sunacağına şüphe yoktur.

Pekin Kuralları Sosyal İnceleme Raporlarının ocuk yargılaması açısından nasıl vazgeçilmez bir unsur olduğunu 16. madde şöyle vurguluyor:

"Yargılayan makam tarafından önemsiz ve tali derecedeki suçlar dışındaki bütün vakalarda çocuğun suçu işlemeden önceki yaşam

¹⁸⁷ A OLTU, Hamit HANCI, B. EGE, S. DEMİRCAN, 1988-1992 Yılları Arasında Bursa'da Farik ve Mümeyyizlik Muayenesine Gönderilen ocukların Demografik zellikleri, 7. Ulusal Adli Tıp Günleri, 1-5 Kasım Antalya, (1993) s. 51-8.

¹⁸⁸Bu husus adli psikiyatri uzmanlarının yaptıkları araştırmalarda da vurgulanmaktadır. TUNALI-KENDİ, Fark ve Temyiz ..., s. 189, ÇÖPÜR vd., 12-15 Yaşları ..., s. 4.

koşulları ve suçun hangi ortam içinde işlendiği konusunda hükümden önce yeterli araştırma yapılmalıdır. “

Sosyal inceleme sayesinde yetkili makam çocuğun içinde yaşadığı ortamın koşulları, sosyo-ekonomik durumu, eğitim kurumlarıyla ilişkisi ve deneyimi, aile yapısı ve ilişkileri gibi konularda bilgi sahibi olmaktadır. Bu bilgilere ulaşmanın çocuk hâkimi açısından iki önemli sonucu vardır. Birinci sonucu, çocuk 12–15 yaş aralığındaysa çocuk hâkimine, çocuğun işlediği iddia olunan fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunup bulunmadığını tespit ederken yol gösterecek temel metin olmasıdır (ÇKK 35). Çocuk hakkında sosyal inceleme raporu ile ortaya konan bilgiler hâkime çocuğun ahlaki, sosyal ve dolayısıyla hukuki yargılarının gelişimi konusunda bilgi verecektir. Hâkim her suç tipi için ayrı bir değerlendirme yapacağı için o fiilin çocuğun algı ve anlam dünyasındaki karşılığını bulup çocuğun bu algı doğrultusunda davranışlarını yönlendirebilme irade ve yeteneğine sahip olup olmadığını anlayacaktır.

Çocuğun fiilin hukuki anlam ve sonucuna ilişkin algısı üzerinde yaşadığı ortam belirleyicidir. **Jean Piaget**, çocukta ahlakî ve hukukî hükümlerin kaynağını araştırdığı çalışmasında “çocuk tamamıyla muhitine bağlıdır” demektedir. **Piaget**, çocuklar üzerinde gerçekleştirdiği geniş kapsamlı ve yıllara yayılan çalışmalarının sonucunda, bireyin yalnız başına “şuuruna ermeyi” elde edemeyeceğini, ahlakî ve hukukî muhakemenin toplumsal bir ürün olduğunu belirtmektedir. Çocuğun çevresindekilerle ilişki kurmaya başlamasıyla beraber, ahlakî ve hukukî hükümlerin belirlemekte olduğunu tespit eden **Piaget**, bu hükümlerin çocuğu çevreleyen “muhit” tarafından biçimlendirildiğini de böylece ortaya koymaktadır¹⁸⁹. Birçok ülkede yapılan sayısız saha çalışmalarıyla desteklenmiş bu varsayımı biz de Türkiye’de çocuk polisi, çocuk mahkemeleri, çocuk cezaevi ve ıslahevinde yaptığımız saha çalışmasıyla sınadık. Çalışmamızın ulaştığı sonuçlar da **Piaget**’nin bu tespitlerini destekler niteliktedir. Çocuklarla yaptığımız görüşmeler göstermektedir ki habitus¹⁹⁰ (toplumsal ortam), kentte suça karışmış çocuklarda fiilin sosyal değerine ilişkin algının oluşumu, suçun öğrenilmesi ve doğallaşması süreçleri üzerinde belirleyici rol oynamaktadır¹⁹¹.

Bir hukuk sisteminin suç teşkil eden fiilin anlam ve sonuçlarının çocuğun dünyasındaki karşılığını araştırmaktan vazgeçtiğinde ne gibi sonuçlarla karşılaşacağımızı, son zamanlarda 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununa muhalefetten yargılanan çocuklar hakkında düzenlenen iddianamelerde yetişkin yargılamalarından ithal edilmiş hukuki argümantasyonlar gözler önüne sermektedir.

¹⁸⁹ Jean PİAGET, Çocukta Ahlakî ve Hukukî Hükümlerin Kaynağı, (Çev.: Amet Halil) İş Mecmuası, C.:9, Umumi Sayı: 34, Nisan 1943, s. 84-95; Çocukta Hüküm ve Muhakeme, (çev.: Sabri Esat Siyavuşgil), İstanbul, 1939, s.103-153; Çocukta Dil ve Düşünme, İstanbul, (çev.: Sabri Esat Siyavuşgil) 1938, s.103-129; Çocuğun Gözüyle Dünya, (çev.: İsmail Yerguz) Ankara, 2005, s. 181-216.

¹⁹⁰ Habitus, bireysel olanın, hatta öznel olanın dahi toplumsal, kolektif olduğunu ortaya koyan toplumsal bir kategoridir. Mekanın duygusu olarak da tanımlanabilecek habitus kavramı için bkz.: Pierre BOURDIEU- Loic J.D. WACQUANT, Düşünsel Bir Antropoloji için Cevaplar, İstanbul, 2003, s. 111,116.

¹⁹¹ ÜMİT, Mekandan İmkana...,

Bilindiği üzere Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesinin terör örgütünün amacı doğrultusunda ve örgütün eylem çağrısı üzerine; korsan gösterilere katılmak, örgüte ait amblem, işaret ve terör örgütü liderinin posterini taşımak veya taşıyan grubun arasında ya da önünde yer almak, polise saldırması için grubu yönlendirmek ya da bizzat polise saldırmak, operasyonda öldürülen örgüt mensuplarının cenazelerini örgütçe yapılan çağrıya uyararak teslim alan grup içinde yer almak, zafer işareti yapmak, slogan atmak, ateş yakmak, molotof kokteyli atmak, yolu trafiğe kapatmak veya kapatan grubu yönlendirmek, pankart taşımak, basın bildirisi okumak şeklindeki eylemleri bir arada örgüt adına suç işlemek olarak kabul eden kararları son dönemde istikrar kazanmış durumdadır¹⁹².

Nitekim Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesinin bu yöndeki kararlarından biri şöyledir:

“Bu ilkeler ışığında somut olay incelendiğinde; sanıkların silahlı terör örgütü PKK'nin amacı doğrultusunda ve yaptığı eylem çağrısı üzerine organize edilen 31.03.2006 tarihindeki korsan gösterilere katılarak, örgüte ait amblem ve işaretlerle A. Ö.'nün posterlerini taşıyan, barikat kurarak örgüt ve elebaşı lehine slogan atan, güvenlik güçlerine taş ve molotof kokteyli atan, kamu mallarına zarar veren grup içinde yer alıp, bu suçlara doğrudan iştirak ettikleri ve bu suretle de örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işledikleri tüm dosya kapsamında anlaşılmalı, hem silahlı örgüt üyesi olmak suçundan hem de suç oluşturan fiilleri nedeniyle ayrı ayrı cezalandırılmaları gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm tesisi...”¹⁹³

Ne yazık ki, Yargıtay'ın yetişkinler için verdiği kararlarda kullandığı bu tür formülasyon ve ifadelerin çocuklar için düzenlenen iddianamelerde de aynen kullanıldığını görüyoruz. Yetişkinler için yapılan yargılamada kullanılan hukuki akıl yürütmenin çocuklara yöneltilen suç isnadında temel alınması, bu tür davalarda yargının suça karışmış çocuğun “çocuğa özgü yargılamanın temel ilkelerinin sağladığı yetişkinlerden farklı muamele hakkı”na sahip olmasını atladığı şüphesi oluşmaktadır.

Örgüt adına gerçekleştirilen bir eylem çağrısı doğrultusunda bir eyleme katılmış kişi, aynı zamanda örgüte üyelikten de cezalandırılmaktadır. Bu kararda bir yetişkinin yasadışı örgüt çağrısına ilişkin algısı ile bir çocuğun kalabalık bir grupla hareket etme saikinin aynı olduğu ön kabulünden yola çıkılmaktadır. Bir yetişkin örgütün çağrısına uyup mitinge gittiğinde bu hareketinin hukuki anlam ve sonucunun terörle ilgisini bilir, fakat bu durum bir çocuk için de geçerli midir? Ayrıca çocuğun kalabalıkla sürüklenip gitme konusunda hareketlerini yönlendirebilme yeteneği yani karşı durabilme yeteneğinin yetişkinlerden farkı yok mudur? Kanaatimizce, bu ayrımın doğru bir şekilde yapılabilmesi için, ceza ehliyeti araştırmasının yukarıda belirtilen ceza hukuku doktrinindeki içeriğe ve amaca uygun şekilde yapılması kadar çocuk hukuku alanında ihtisaslaşmış bir yargıtay dairesinin kurulması da büyük önem taşımaktadır.

¹⁹² 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun yargı kararlarındaki yorumlarına ilişkin bir çalışma için bkz.: Mehmet TAŞTAN, Terör ve Terör Suçları, Adalet Dergisi, S.: 33, Ocak 2009.

¹⁹³ Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesi, 08.03.2007 gün, E.2007/233, K.2007/1928 sayılı kararı.

Çocuk yargılamasında sosyal inceleme raporunun alınmasının ikinci sonucu, hâkimin vereceği kararın türü ve işlevi üzerindeki etkisi açısından önemlidir. Hâkimin çocuğun özgün koşullarını sosyal inceleme raporundan öğrenmesiyle takdir yetkisini kullanmak suretiyle çocuğun yeniden sosyalleşmesi ve rehabilitasyonu için en uygun yaptırım veya tedbire karar verebilmesi mümkün olacaktır. Sosyal inceleme raporunun esas işlevi çocuk ceza adalet sisteminin temel hedefi olan suç işleyen çocuğun yeniden toplumsallaşmasında hâkime yol göstermektir¹⁹⁴.

Ceza ehliyetinin bulunup bulunmadığına kimin karar vereceği kadar bu araştırmanın ne zaman yapılacağı da önemlidir. Çocuklar polis tarafından yakalandıktan ancak saatler (bazen bir gün) sonra muayeneye götürülmektedir. Çocuğun kolluk kuvvetleri ile girdiği ilişki sonucu kendine ilişkin algısının iç damgalama yoluyla dönüştüğü çalışmamızda da ortaya konmuştur. Çocuklar için kurulan “Çocuk Polisi” sistemi, yetişkin karakollarının çocuklara uyarlanmış bir modelidir. Bunun nedenini çocuk ve çocukluğa ilişkin toplumsal tasavvurlarda aramamız gerektiğini düşünüyoruz. Raporun ilk başlığında tarih içindeki serüvenine değindiğimiz bu toplumsal tasavvurlar, Ceza Adalet Sistemi içinde birçok düzenlemeye ve uygulamaya kaynaklık etmektedir.

SONUÇ YERİNE

Mevcut haliyle suça karışmış çocuklara uygulanan soruşturma, yargılama ve infaz süreçlerinin çözümün değil sorunun bir parçası olduğu gözlemi alanda çalışan birçok uzmanın paylaştığı bir gözlem. Sahada yaptığımız çalışmanın verileri ışığında, Ceza Hukukunun ilgili düzenlemelerinin ve çocuklara yönelik kolluk uygulamalarının damgalamaya sebep olduğunu ve çocukların kriminal kariyerde uzmanlaşarak “suçlu” kimliğini benimsemelerine katkıda bulunduğunu söyleyebiliriz. Sorunu çözmeye yönelik bir yaklaşımın, ancak çocuğa ilişkin egemen “yetişkin bakışından” sıyrılmış bir bakışın ürünü olacağını düşünüyoruz. Çocuğun yetişkinlerin küçük bir modeli olarak görülmediği bir yaklaşımda ancak çocuklara özgü kavramlar ve kurumlar üretilebilir. Örneğin çocuklar için, onlara özgü, oluşturulacak bir katalogda filler “suç” olup olmadıkları parametresine göre değil, Ceza Hukukunda Toplumsal Savunma Hareketinin önerdiği “toplum yaşamına karşıtlık” (antisocialita) kriterine göre tanımlanabilir¹⁹⁵.

Suçla karıştığı iddia olunan çocuğun kolluk görevlileriyle temas etmediği ve adli yapılanma dışında tutulduğu bir sürecin, birçok ülkede örneğini gördüğümüz Çocuk Adalet Sistemi olarak konunun uzmanları ve sivil toplum kuruluşları tarafından önerildiğini hatta yasa taslaklarının hazırlandığını biliyoruz. Nitekim Yeni Ceza Kanunu hazırlık aşamasında çocuk ve çocuk hakları konusunda çalışan sivil toplum kuruluşlarının bir araya gelerek oluşturduğu platform, birçok rapor ve taslak hazırlayarak komisyona sunmuştur. Ancak bu sürecin sonunda çocuklara özgü bir sistem kurulmayıp; yetişkinlerin dünyasından alınan kavramlar ve kurumlarla Çocuk Koruma Kanunu

¹⁹⁴ Çocuk suçluluğu ve sosyal inceleme raporu konularında önemli çalışmalara imza atmış Sevdâ Uluğtekin’in Türkiye Barolar Birliği’nden çıkmış kitabı “Çocuk Mahkemeleri ve Sosyal İnceleme Raporları” bu konuda kapsamlı bir başvuru kaynağıdır. Ankara, 2004, s.157.

¹⁹⁵ “Toplum yaşamına karşıtlık” kavramının özü ve Toplumsal Savunma Hareketinin ilkeleri için bkz.: GRAMATICA, Toplumsal Savunma İlkeleri, Sosyal Savunma Hareketi hakkında bilgi için bkz.: TOROSLU, Ceza Hukukunda ..., s. 373-377;

oluşturulmuştur. Bu yaklaşımla, var olan sisteme çocuklar için maddeler eklenmiş, bazı maddeler de değiştirilmiştir. Bu şekilde elde edilen eklektik yapıda birçok olumsuzluğun ortaya çıkacağını tahmin etmek güç olmasa gerek. Nitekim, ceza ehliyeti araştırmasında yeni yasaların öngördüğü usul izlenmemekte, hala eski düzenlemeye göre “farik mümeyyiz muayeneleri” yapılmakta ve hâkimler açısından bu muayene sonucu ceza ehliyeti için esas teşkil etmektedir. Araştırmalar 12–15 yaş aralığının suça karışan çocuklar için önemini vurgulamaktadır. İlk suçu işleme oranı bu yaş aralığında yüksektir. Araştırmaların açıkça ortaya koyduğu üzere “ceza ehliyeti araştırmaları” yasa koyucunun niyeti doğrultusunda bir eleme yapmamakta ve çocukların hemen hemen tamamının ceza ehliyeti olduğu varsayılmaktadır. Fiilin sosyal değerini anlama ve hareketlerini buna göre yönlendirebilme yeteneğine sahip olup olmadığına bakılmadan ilk kez kolluk ve adli makamlar karşısına çıkarılan 12–15 yaş aralığındaki çocuğun bu tahkikat, soruşturma veya kovuşturma sonucunda herhangi bir ceza almasa da kriminal özne olarak içerden ve dışarıdan damgalandığını ve bu adli prosedürün çocuğun ilerleyen yaşlardaki kriminal faaliyetleri üzerinde etkili olduğunu araştırmamızın ulaştığı sonuçlardan biri olarak ortaya koyabiliriz. Bu nedenle çocuğu soruşturma, yargılama ve infaz süreçleri dışında tutabilmek (depenalizasyon-diversion) işlevini görebilecek her düzenleme ve kurum “çocuk suçluluğu”na yönelik çözüm arayışında olan tüm yaklaşımlarda hayati önem taşımaktadır.

Raporda açıklanan tüm bu sorunlar, Türkiye’nin çocuk suçluluğuyla mücadele konusunda uluslararası standartları henüz adalet sistemine yerleştiremediğini, kapsamlı bir çocuk hakları politikasını oluşturma konusunda yeterli adımları atamamış olduğunu göstermektedir. Bu çalışmada bahsettiğimiz sorunlu alanlar, uluslararası normlarla çatışma halinde olan ulusal mevzuat hükümlerini ve uygulamada yerleşik hale gelmiş yanlışlara vurgu yapmaktadır. Bir kez daha ana başlıklarıyla değinmemiz gerekirse;

- Çocukların çocuklara özgü uzmanlaşmış kurum, makam ve usul güvencesinden koparılıp yetişkinlere özgü sisteme dâhil edilmesine cevaz veren düzenlemeler uluslararası hukuka temel bir aykırılıktır.
- Tutuklama, alıkoyma ve hapis dâhil özgürlükten yoksun bırakmanın, ancak en son başvurulacak bir önlem olarak düşünülmesi gereğine ve uygun olabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulması zorunluluğuna uyumlu bir mevzuat ve uygulamanın olmaması uluslararası hukuka aykırılıktır.

Ancak, önemle belirtmek gerekir ki, gündeme gelen birçok olayda, hak ihlalleri bunları da aşabilmekte, uluslararası standartlarla uyumlu kılınmış olan ulusal yasa hükümlerini de delip geçebilmektedir.

Örneğin,

- Çocuğa kelepçe takılmayacağına;
- Soruşturma aşamasında ifadenin ancak savcı tarafından alınabileceği;
- İşkence ve kötü muamelenin kat’i suretle yasak olduğu;

- Gözaltında muayeneye götürülen kişilerin doktorlarla yalnız görüştürüleceği;
- Gözaltındaki kişinin her zaman avukatıyla görüştürülebileceği;
- Çocuklar hakkında sosyal inceleme raporlarının dikkate alınması vb. düzenlemeler

ilgili yasalarda açıkça öngörülmüş olmasına rağmen, buna uygun hareket edilmediği, uygulamada bu kuralların açıkça ihlal edildiği de görülmektedir¹⁹⁶.

Uygulamada karşılaşılan bu keyfiliğin önüne geçmenin yolu ise bellidir. Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve acil olarak kapsamlı bir çocuk ceza adalet politikasının yürürlüğe konulması gerekmektedir. Çocuk yargılamasında görev alan aktörlerin çocuk hakları sözleşmesi ve ilgili Birleşmiş Milletler belgeleri ve Avrupa Konseyi Belgelerinin özüne ve sözüne uygun sistematik ve sürekli eğitimi bu konuda sonuç alabilmenin temel koşuludur. Bu eğitimlerin kural ve madde listeleri vermeye sınırlı olmaktan öteye geçmesinin (yaratıcı drama gibi) alternatif eğitim metotlarının kullanılmasıyla mümkün olacağı noktasında duyarlılık geliştirilmelidir.

Çocuk suçluluğuyla mücadele konusunda yaptırımların gücüne dayanan anlayışın terk edilmesi, önleyiciliğin temel misyon kabul edildiği bir yaklaşım çerçevesinde ulusal mevzuatta düzenlemeler yapılması kaçınılmazdır. Ancak mevzuatta düzenleme yapılmasını beklemek tek çare değildir. Anayasa 90. maddenin yeni düzenlemesi iki normun çatışması ihtimalini açıkça ortadan kaldırmaktadır. Raporda da daha önce değinildiği üzere temel haklara ilişkin bir uluslararası normla bir kanun karşı karşıya gelince uluslararası norm uygulama alanı bulacağı açıktır. Türkiye'de hâkim ve savcıların 90. madde uyarınca temel haklara ilişkin uluslararası normları iç hukuk normları gibi doğrudan uygulamaya başlaması sorunu büyük ölçüde ortadan kaldıracaktır. Ancak hâkim ve savcılarda gözlediğimiz, 90. maddede yapılan değişikliğe ve uluslar arası hukuk belgelerine ilişkin algının bunun önündeki en önemli engel olduğu kanaatindeyiz¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Bu ihlallere güncel bir örnek olarak Çocuklar İçin Adalet Girişimi'nin hazırladığı "Adil Yargılanma Süreci Kapsamında Çocukların Duruşması ve İlgili Kişi ve Kurumlarla Görüşmelere Dair Adana Ziyareti Raporu" ortaya koyduğu vakalarda bu ihlallerin ayrıntılı bir dökümünü yapmaktadır. Rapora erişim İHOP'dan mümkündür. <http://www.ihop.org.tr/X>

¹⁹⁷ Yargıda Algı ve Zihniyet Yapıları üzerine gerçekleştirilen bir çalışma için bkz.: Mithat Sancar, Eylem Ümit, "Adalet Biraz Es Geçiliyor" Demokratikleşme Sürecinde Hakimler ve Savcılar, İstanbul, 2009.

KAYNAKÇA

- Freda ADLER, Gerard O. W. MUELLER, William S. LAUFER, *Criminology*, USA, 1991
- Louis ALTHOUSER, *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları*, (çev.:Y. Alp, M. Özışık) 4. Baskı, İstanbul, 1994
- Philippe ARIES, *Centuries of Childhood, A Social History of Family Life*, (çev.: Robert Baldrick), New York, 1962,
- Mehmet Emin ARTUK, *Çocuk Ceza Hukukunun Dünü ve Bugünü*, Kocaeli Barosu Dergisi, S.1,1993
- Simone de BEAUVOİR, *Yaşlılık, İlk Çağı*, (çev.: Osman Canberk-Eray Canberk) 1970
- Cesare Bonesana, Marchese BECCARIA, *Of Crimes and Punishment*,
- http://www.constitution.org/cb/crim_pun06.txt Chapter XII, Of the Intent of Punishments
- Howard S. BECKER, *Deviance and The Responses of The Others, Outsiders*, 1963, Crime Critical Concepts in Sociology Volume: III.Ed. Philip BEAN, NY, 2002
- Jeremy BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1823 metni, <http://www.la.utexas.edu/labyrinth/ipml/ipml.toc.html>, Chapter XIII, Of Cases Unmeet for Punishment
- Pierre BOURDIEU- Loic J.D. WACQUANT, *Düşünümsel Bir Antropoloji için Cevaplar*, İstanbul, 2003
- Kürşat BUMİN, *Batı'da Devlet ve Çocuk*, İstanbul, 1983
- Gürol CANTÜRK, *Çocuk Suçluluğunda Adli Psikiyatrik Değerlendirme*, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, C.14, Ankara
- Erol CİHAN, Feridun YENİSEY, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 1998
- Kriton DİNÇMEN, *TCK. 54.maddesinin Karşısında (farik mümeyyiz olma) Kavramının Adli Psikiyatri Açısından İrdelenmesi*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10.Yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, s.247
- İsmail DOĞAN, *Türk Ailesinde Çocuk Kültürünü Belirleyen Geleneksel Değerlerin Değişim Sorunu*, TC. Devlet Bakanlığı Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı III. Aile Şurası Tebliğler içinde, Ankara, 1998
- Sulhi DÖNMEZER, *Cezai Mesuliyetin Esası*, İstanbul, 1949
- Sulhi DÖNMEZER, *Kriminoloji*, 6. Baskı, Fakülteler Matbaası, İst, 1981, s.6.

Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, Cilt: II, Dokuzuncu Baskı, İstanbul, 1986

Gerald DWORKIN, "Paternalism" *The Monist*, 56:1972, 64–84, <http://plato.stanford.edu/entries/paternalism>

Friedrich ENGELS, *İngiltere’de Emekçi Sınıfının Durumu*, (çev.: Yurdakul Fincancı), Ankara, 1997

Faruk EREM, Ahmet DANIŞMAN, Mehmet Emin ARTUK, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara, 1997

Metin FEYZİOĞLU, *Tutuklamaya Dair Uygulamada Görülen Bazı Sorunlar, Tespitler, Değerlendirmeler*, <http://www.feyzioglu.av.tr>, 28 Ocak 2009

Gürhan FİŞEK, Can Umut CİNER, Taner AKPINAR, *Çocuk Suçluluğunda Öncü Çalışmalar ve İki Doktora Tezi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, s. 2, 2008

Bob FRANKLİN (ed.), *Çocuk Hakları*, (çev.: Alev Türker), İstanbul, 1986

Micheal D.A. FREEMAN (ed.), *Children’s Rights The International Library of Essays on Rights*, Volume 1, ed., Britain, 2003.

Michael FOUCAULT, *Hapishanenin Doğuşu, Gözetim Altında Tutmak ve Cezalandırmak* (çev. Mehmet Ali Kılıçbay), Ankara, 2000

Anthony GIDDENS, *Sosyoloji*, Ankara, 2000

Flippo GRAMATICA, *Toplumsal Savunma İlkeleri*, (Çev. Sami Selçuk), Ankara, 2005

Ümit Naci GÜNDOĞMUŞ, *Adli Tıp Birinci Basamak Hekimleri İçin*, 2.Baskı, Ankara, 1997

Burhan Caner HACIOĞLU, *Suçlu Çocukların Muhakemesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1985

Zeki HAFIZOĞLULLARI, *Ceza Hukuku Ders Notları*, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/bolum3.doc>

Hamit HANCI, *Adli Tıp ve Adli Bilimler*, Ankara, 2002

Colin HEYWOOD, *Baba Bana Top At – Batı’da Çocukluğun Tarihi*, (çev. Esin Hoşsucu) İstanbul, 2003

Rachel HODGKIN, Peter NEWELL, *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El kitabı*, UNICEF, 2000

Kayıhan İÇEL; Füsün SOKULLU-AKINCI; İzzet; ÖZGENÇ, Âdem SÖZÜER; Fatih S. MAHMUTOĞLU; Yener ÜNVER, *Suç Teorisi*, 2. Baskı, İstanbul, 2000

Ali Naim İNAN, *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. 44, s.1, 1995

Immanuel KANT, *The Philosophy of Law: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Right*, trans. W. Hastie (Edinburgh: Clark, 1887). http://oll.libertyfund.org/Texts/Kant0142/PhilosophyOfLaw/0139_Bk.html

Edwin M. LEMERT, *Social Pathology*, McGraw- Hill, 1951, Crime Critical Concepts in Sociology Volume III, içinde, Ed. Philip BEAN, Volume I, NY, 2002

Bekir ONUR, *Türkiye’de Çocukluğun Tarihi*, Ankara, 2005

Esin ONUR, *Suçlu Çocuklara Uygulanan Yaptırımlar*, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1978

Cüneyt OZANSOY, *Öznesini Arayan Nesnelere: Çocuk ve Çocuk Hakları*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1999/1, Yıl:12

Ayhan ÖNDER, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt II, İstanbul, 1989

Mustafa ÖZBEK, *Suçta Sürüklenen Çocuklara Yönelik Onarıcı Adalet Programları ve Çocuk Arbuluculuğu*, Prof.Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, İstanbul 2008

İzzet ÖZGENÇ, Cumhur ŞAHİN, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, 2001

Gülriş ÖZKÖK, *Türkiye’de Çocuk Mahkemeleri (Hukuk Sosyolojisi Açısından Bir İnceleme)*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1990

Leslie PEIRCE, *Ahlak Oyunları, Osmanlı’da Ayıntab Mahkemesi ve Toplumsal Cinsiyet*, İstanbul, 2005

Stephen PFOHL, *"The Classical Perspective: Deviance as Rational Hedonizm,"* in Images of Deviance and Social Control, a Sociological History, 2nd Ed. 1994

Jean PİAGET, *Çocukta Hüküm ve Muhakeme*, (çev. Sabri Esat Ziyavuşgil), İstanbul, 1939

Anthony PLATT, *The Child Saving Movement and the Origins of the Juvenile Delinquency, in Juvenile Delinquency Historical, Theoretical and Societal Reactions to Youth*, ed. Paul M.SHARP, Barry W. HANCOCK, second edition, NJ.1998

Neil POSTMAN, *Çocukluğun Yokoluşu*, (çev. Kemal İnal), Ankara, 1995

Mithat SANCAR, Eylem ÜMİT, *"Adalet Biraz Es Geçiliyor" Demokratikleşme Sürecinde Hâkimler ve Savcılar*, İstanbul, 2009.

Rona SEROZAN, *Çocuk Hukuku*, İstanbul, 2005

Donald J. SHOEMAKER, *Theories of Delinquency an Examination o f Explanations of Delinquent Behaviour*, NY.1990

Füsün SOKULLU- AKINCI, *Kriminoloji*, İstanbul, 2002

Naci ŞENSOY, *Çocuk Suçluluğu- Küçüklük- Çocuk Mahkemeleri ve İnfaz Müesseseleri*, İstanbul, 1949

Cahit TALAS, *Toplumsal Politika*, İmge Yayınevi, Ankara, 1990

Hadi TAN, *Çocuk ve Ceza*, Adliye Ceridesi, S.4, 1943

Mine TAN, *Çocukluk: Dün ve Bugün, Toplumsal Tarihte Çocuk*, Sempozyum 23–24 Nisan 1993, İstanbul, 1994

Nevzat TOROSLU, *Ceza Hukukunda Okullar*, Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul Üniversitesi, 1998

Nevzat TOROSLU, Yüksel ERSOY, *Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar*, Ed.: Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004

Nevzat TOROSLU, *Ceza Hukuku*, Ankara, 2005

Sevda ULUĞTEKİN, *Çocuk Mahkemeleri ve Sosyal İnceleme Raporları*, Ankara, 2004

Eylem ÜMİT, *Mekândan İmkâna Çocuk Suçluluğunun Habitusu Ceza Ehliyeti İlişkisi*, Ankara, 2007

Eylem ÜMİT, *The Juvenile Justice System in Turkey, In Enactment and Practice*, Journal Of Legal Theory, 2007/3, September 2007, University of Szeged Law School.

Unicef, Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu, "Çocuk Ceza Adaleti Sistemi" dergisi, 2000

BASINDA YER ALAN HABERLER

arsiv.sabah.com.tr/2005.03.26/gnd108.html

bianet.org/bianet/bianet/108787-ergenekonda-bayrak-yakma-provokasyonsa-bianet.org/bianet/insan-haklari/114588-diyarbakir-cezaevinde-cocuklarin-durumu-vahim

[çocuklar-niçin-hala-sanık](#)

Express Dergisi, Başbuğ'un "Açılımı" Kargalar Gülüyor, Ulusal Egemenlik Ve Çocuk Bayramı, Atmacalar Parçalıyor Sayı.94 (Nisan, Mayıs), İstanbul, 2009

www.haber7.com/haber/20090320/Diyarbakirda-tahliye.php 20 Mart 2009

yenisafak.com.tr/arsiv/2005/Mart/24/kronikmedya.html

webarsiv.hurriyet.com.tr/2005/03/22/617112.asp