

ÇOCUKLARIN CEZA HUKUKUNDAKİ YERİ VE ÇOCUKLARIN KORUNMASI

ULUSLAR ARASI SÖZLEŞME ve PROTOKOLLER

B.M. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme

Türkiye 20-30 Eylül 1990 da Birleşmiş Milletler Genel Merkezinde toplanan “Çocuklar için Dünya Zirvesinde “sözleşmeyi imzalamıştır. Sözleşme 27.01.1995 tarihinde yürürlüğe girerek Anayasa'nın 90.maddesine göre iç hukuk normu halini almıştır. T.B.M.M Sözleşmeyi onaylarken 17. 29. ve 30. maddelerini Lozan anlaşmasına göre yorumlama hakkını saklı tutmuştur.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye ek Çocukların Satışı, çocuk fahişeliği ve çocuk pornografisi ile ilgili İhtiyari Protokol.

Çocuk istismar ve ihmalinin, özellikle cinsel istismarının önlenmesi ile ilgili önem taşıyan bir sözleşmedir. Türkiye tarafından 4755 sayılı kanun no ile 9.5.2002 tarihinde onaylanmıştır. Bu protokol Çocuk Hakları Sözleşmesinin, çocukların ekonomik istismardan ve çocuk açısından tehlike arz edebilecek veya çocuğun eğitimini aksatabilecek veya çocuk sağlığına; çocuğun fiziksel, zihinsel, ruhsal, ahlaki yada sosyal gelişimine zarar verebilecek herhangi bir işte çalışmaktan korunma hakkının bulunduğu göz önünde bulundurularak: Çocukların satışı, çocuk fahişeliği ve çocuk pornografisi amacı ile yapılan kayda değer ve giderek artan uluslar arası çocuk ticaretinden ciddi endişe duyulması ve çocuk pornografi ve istismarının internet ve diğer gelişen teknolojiler üzerinde artan erişebilirliğinden endişe duyularak sözleşme çocuğun korunması ve uyumu, gelişimi için her halkın geleneklerinin ve kültürel değerlerinin önemini dikkate alınarak anlaşma sağlanmıştır.

Avrupa Konseyi B.M. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmesi

Bu sözleşme Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış ve 25.01.1996 tarihinde Strazburg'da imzalanmıştır. Çocuklara, B.M Çocuk Hakları sözleşmesi ile tanınan haklarının

korunması için, Yargı mercileri önünde usule ilişkin haklar tanıyan bu sözleşme, Türkiye’de Aile Mahkemelerinin kuruluşu ile ilgili 4787 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesi, Aile Mahkemelerinin kurulması ve gene Son Anayasa değişikliği de dikkate alındığında çocukların yararına ciddi bir önem taşımaktadır. Sözleşme çocukların özellikle aile hukuku ilişkin davalarda ebeveynleri tarafından istismar edilmelerini engellemekte, onlarla çatışan ve örtüşmeyen çıkarları söz konusu olduğunda küçüğe temsilci tayinine olanak vermektedir.

I-ÇOCUK ve SUÇA SÜREKLENEN ÇOCUK KAVRAMI

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) 6/1-c maddesi uyarınca 18 yaşını doldurmamış kişi çocuktur. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun (ÇKK) 3/1-a maddesi uyarınca daha erken yaşta ergin olsa bile, 18 yaşını doldurmamış kişi çocuktur.

Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde; 18 yaşını doldurmamış her insan çocuk sayılmıştır. Kişi 18 yaşından önce ergin (reşit) olsa da çocuk sayılmaya devam edecektir. Bu anlamda; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (TMK) 11. maddesinde erginlik (reşitlik) yaşı 18 olarak kabul edilmiş, 12. maddesinde 15 yaşını doldurmuş kişinin anne ve babasının rızası ile ve mahkemenin onayı ile ergin kılınabileceği kabul edilmiş, yine 16 yaşını doldurmuş kişinin hakim kararı ile, 17 yaşını doldurmuş kişinin ise anne ve babasının rızası ile evlenebileceği kabul edilerek evlenmenin kişiyi ergin kılacağı belirlenmiş ise de, bu durumlarda dahi ergin kılınan kişinin çocuk olma hali devam edecektir. 16 yaşında evlenmiş ve bu nedenle ergin sayılmış kişi ile 15 yaşında yargısal karar ile ergin kılınmış kişi TCK ve ÇKK bakımından çocuk olmaya devam edecektir. **Karşı görüş¹.**

¹ TCK’nın 6. maddesine göre çocuk deyiminden, henüz 18 yaşını doldurmamış kişiler anlaşılır. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 3. maddesine göre de daha erken yaşta ergin olsa bile, 18 yaşını doldurmamış kişi bu Kanunun uygulanmasında çocuk sayılır. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun kapsam başlıklı 2. maddesi ise “Bu Kanun, korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında alınacak tedbirler ile suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinin usul ve esaslarına, çocuk mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin hükümleri kapsar” şeklinde vazedilmiştir. Yani Çocuk Koruma Kanunu’nun uygulama alanı bulduğu durumlara ilişkin hallerde 18 yaşından küçüklerin evlenme ya da mahkeme kararıyla reşit olup olmadıklarına bakılmaksızın çocuk olarak kabul edilmeleri gerekecektir. Ancak kanun koyucu TCK’nın 76, 82, 90, 94, 96, 103, 109, 194, 226, 227, 228, 229, ve 233. maddelerinde çocuk kavramını kullanmıştır. 80. madde de ise çocuk terimi değil, onsekiz yaşından küçük ibaresi kullanılmıştır. Kanun koyucu, insan ticareti suçunu düzenlerken Protokole paralel olarak, onsekiz yaşından küçükler ibaresini kullanmış iken belirtilen, diğer maddelerde ise çocuk terimini kullanmıştır. Yine TCK’nın dava zamanasını sürelerini düzenleyen 66. maddesinin 6. fıkrası; “(6) Zamanasını, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs hâlinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kişiler tarafından işlenen suçlarda **çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden** itibaren işlemeye başlar.” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi yasakoyucu çocukluk halinin 18 yaşına kadar olmasını murat ettiği düzenlemeleri maddelerinde ayrıca belirtmiştir. Böylece de 18 yaş sınırı getirmediği durumlarda daha erken yaşta reşit olma halinde çocuğun büyüklerin hukukuna tabi olduğunu kabul etmiştir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 1. maddesine göre ; sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılmaktadır. TCK.’nın 6. maddesinin gerekçesinde ise, **Birleşmiş**

ÇKK ile getirilen yeni yaklaşım ile çocuğun bir suççu işlediği değil, bir suçta sürüklendiği kabul edilmiştir. Bu yaklaşım, çocuğu suç işleyen bir suçlu olarak görmeyip onunun suçta sürüklendiğini kabul ederek bir anlamda fail çocuğu da suçun mağduru konumunda kabul eder. Bunun doğal sonucu olarak da suçta sürüklenen çocuğun cezalandırılmasını değil korunmasını temel amaç olarak kabul eder. Elbette ki bu durum suç işleyen çocuğun yaptırımsız kalacağı anlamına gelmez. Yaptırım uygulanacak ise uygulanacak yaptırımın çocuğun durumuna ve fiiline uygun ve orantılı olması gerekir.

Çocuk adalet sisteminde verilecek tepkinin öncelikli amacı, suçun işlenmesinin önlenmesi veya mağdurun haklarının korunması değil, çocuğun içinde bulunduğu ortamdan çıkarılıp korunması, suç işlemeyi bir yaşam biçimi haline getirmesinin önlenmesi yani çocuğun iyileştirilmesidir.

Çocuk adalet sistemi cezalandırıcı değil onarıcı adalet ilkelerine göre hareket etmeye çalışır. Çocuk adalet sistemi içerisinde çocuk mahkemelerinin temel görevi suç işlenmesini önlemek değildir. Bu mahkemeler suç işleyen çocukların cezalandırılmasını da temel amaç olarak görmezler. Çocuk mahkemeleri yaptıkları çalışmalar sonucunda topluma tekrar kazandırdıkları çocukların kendilerine iyi bir gelecek kurmalarını ve tekrar suç işlemelerinin önlenmesini, bu çocukların **suçu bir yaşam biçimi haline getirmelerinin önlenmesini** hedefler. Çocuk tekrar suç işlemediğinde doğal olarak çocuklar tarafından

Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi hükümleri göz önünde bulundurularak, “Çocuk” deyiminden henüz onsekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin anlaşılması gerektiğine dair bir tanıma yer verildiği ifade edilmiştir. Gereğinden dahi reşit olan veya reşit kılınan 18 yaşından küçük kişilerin reşitlerin hukukuna tabi olduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki Çocuk Koruma Kanunu’nun 3. maddesinin diğer yasalarda veya TCK.’da uygulanacağına dair bir atıf ta yasa da bulunmamaktadır. Bu nedenle de bu hükmün TCK yönünden uygulanacağını savunmakta mümkün değildir.

Ayrıca, bilindiği üzere Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi Ülkemizce ihtirazi kayıtlı 14.09.1990 tarihinde imzalanmış, 9.12.1994 tarih ve 4058 sayılı Yasa ile onaylanması uygun bulunup 27.01.1995 gün ve 22184 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak kabul edilmiştir.

Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasındaki; “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz” biçimindeki kuralın iç hukuka yansımaları, öğretiler ve çeşitli yargısal kararlarda tartışılmış, uluslararası sözleşmelerin iç hukuka etkisinin ancak yapılacak yasal düzenlemelerle olanaklı olacağı yönünde görüşler ileri sürüldüğü gibi, başka hiçbir yasal düzenleme gerekmesizin iç hukukun parçası olduğu yönünde de görüşler ileri sürülmüş, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 12.03.1996 gün ve 2/33 sayılı kararında ikinci görüş benimsenerek, usulüne göre yürürlüğe konulmuş sözleşmelerin yasa niteliği kazandığı ve doğrudan uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Yasa koyucu da, 7.05.2004 gün ve 5170/7 s.k. ile Anayasa’nın 90. maddesine eklediği, “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” hükmü ile tartışmaları ikinci görüş doğrultusunda kesin olarak çözmüştür.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin; (1) 1. maddesinde; “Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.” Şeklinde kabulün bulunmasına göre, 1982 Anayasası’nın 90/son maddesindeki hüküm karşısında anılan sözleşmeye üstünlük tanınmasının gerektiği, bu nedenlerle reşit olan yada reşit kılınan 18 yaşından küçüklerin madde metinlerinde yaş belirtilerek düzenleme yapılmadığı hallerde çocuk kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz.**(Çetin Akkaya, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Yayımlanmamış Makalesinden)**

işlenen suçlarda bir azalma olur. Ancak toplumun başta aile ve eğitim kurumu olmak üzere diğer kurumları iyi çalışmaz ise, ilk kez suç işleyen çocukların tümü rehabilite edilmiş olsa bile suç işleyecek yeni çocuklar topluma karışır ve kısır döngü sürüp gider.

II-CEZA SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİ VE CEZA SORUMLULUĞU KAVRAMI

Çocukların ceza sorumluluğunun tespiti çocuk adalet sisteminin en önemli konularındandır. Çocukların ceza sorumluluğunun var olup olmadığı, ceza sorumluluğunun başlangıcı konusunda asgari bir yaşın tespiti, bu asgari yaşın kaç olacağı, ceza sorumluluğunun var sayılacağı yaşın tespiti konuları birbirinden önemli ve tartışmalı konulardır.

Türkiye’de çocukların ceza sorumluluğunun başlangıcı konusunda asgari yaş sınırı 12 olarak kabul edilmiştir (TCK nun 31/1 maddesi). 12 yaşından küçük çocuklar ile 15 yaşından küçük sağır ve dilsizlerin (TCK nun 33. maddesi) ceza sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmiş, bu nedenle 12 yaşından küçük bir çocuğun (veya 15 yaşından küçük bir sağır ve dilsizin) ceza sorumluluğunun var olup olmadığı konusunda bir araştırmaya gidilmesi kabul edilmemiştir.

15 yaşını doldurmuş olmakla birlikte 18 yaşını doldurmamış olan çocuklar (TCK nun 31/3 maddesi) ile 18 yaşını doldurmuş ve fakat 21 yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizlerin (TCK nun 33. maddesi) ceza sorumluluğunun var olduğu kabul edilmiş, ancak bu kişilerin içinde buldukları yaş küçüklüğü veya sağır ve dilsizlik hali nedeniyle kusurluluk hallerinin diğer kişilerden daha az olduğu kabul edilerek cezalarında bir indirim kabul edilmiştir. Bu nedenle bu yaş grubundakilerin ceza sorumluluğunun var olup olmadığı hususu 5237 sayılı TCK nun 31 ve 33. maddeleri kapsamında araştırılmayacaktır. Ancak bu yaş grubundaki çocukların veya sağır ve dilsizlerin akıl hastalığı nedeniyle ceza sorumluluğunun bulunmadığı düşünülüyor ise 5237 sayılı TCK nun 32. maddesi kapsamında failin ceza sorumluluğunun kaldıran bir akıl hastalığının veya ceza sorumluluğunu azaltan bir akıl zayıflığının bulunup bulunmadığının araştırılması gerekecektir.

12 yaşını doldurmuş olmakla birlikte 15 yaşını doldurmamış olan çocukların (TCK nun 31/2 maddesi) ve 15 yaşını doldurmuş olmakla birlikte 18 yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizlerin (TCK nun 33. maddesi) ceza sorumluluğunun var olup olmadığı konusunda kanun koyucu kesin bir karine koymayıp bu yaş grubundaki çocukların ceza sorumluluğunun var olup olmadığının araştırılmasını ve bu konuda yargılamayı yapacak hakimin bir karar vermesini hükme bağlamıştır.

Bir kişinin işlediği bir fiil nedeniyle cezalandırılabilmesi için o fiili iradi olarak işlemesi gereklidir. Failin kanunda suç olarak tanımlanmış tipe uygun fiilini hukuka aykırı olarak işlemesinin gerekmesinin yanı sıra failin bu fiili işlerken kusurlu bir şekilde hareket etmesi ve bu hareketini yapma konusunda ehliyete sahip olması, kusurlu olması gereklidir. Kusurluluk suçun unsurunu oluştururken, isnat yeteneği failde bulunması gereken bir koşuldur.

Failin kusurlu davranabilme bir başka deyişle isnat yeteneğinin bulunmaması halinde işlediği fiil suç olmaktan çıkmaz. Bu nedenle isnat yeteneğinin bulunup bulunmadığı işlenen fiille ilgili değil fiili işleyen faille ilgili bir durumdur. Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 223/3-a maddesinde yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü nedeninin bulunması durumunda failin kusurunun bulunmaması nedeniyle beraat kararı değil ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu hüküm Kanunun yaş küçüklüğünün, fiili suç olmaktan çıkarıcı bir durum olmadığını, failin kusurunu ortadan kaldıran bir neden olduğunu kabul ettiğini göstermektedir.

Bu düzenlemenin yanı sıra 5237 sayılı TCK nun yaş küçüklüğünü düzenleyen 31. maddesi Kanunun genel hükümleri düzenleyen birinci kitabının ceza sorumluluğunun esaslarını düzenleyen ikinci kısmının ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlıklı ikinci bölümünde düzenlenmiştir. Bu düzenleme biçimi Kanunun yaş küçüklüğünü ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan bir neden olarak gördüğünü, bu bakımdan isnat yeteneğinin fiilde değil failde bulunması gereken bir unsur olduğunu kabul ettiğini göstermektedir.

Kusur yeteneği veya isnat yeteneği olarak adlandırılan durum; “bir fiilin bir kimsenin üstüne atılabilmesi, ona yüklenebilmesi için failde bulunması gereken niteliklerin bütünü”olarak tanımlanmaktadır.

Failin kusurluluğunun bir başka deyişle isnat yeteneğinin bulunup bulunmadığının tespiti hukuki bir tespit ve değerlendirmedir. Bu nedenle bu konuda karar verme yetkisi münhasıran hakime aittir. Ancak hakim bu kararı verirken CMK nun 62 ve devamı maddelerinde hükme bağlanan bilirkişilik kurumuna başvurabilecek, konunun uzmanı bilirkişilerden yardım ve rapor alabilecektir. Bilirkişiler, hakime failin isnat yeteneğinin varlığını veya yokluğunu ortaya koyan durumlar hakkında bilgi vermeli, failin isnat yeteneğinin varlığı veya yokluğu konusundaki kararı hakime bırakmalıdır.

5237 sayılı TCK nun 31/2 maddesinin gerekçesine göre 12 – 15 yaş arasındaki çocuğun isnat yeteneğinin olup olmadığı, çocuğun içinde bulunduğu aile koşulları, sosyal ve

ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumu hakkında uzman kişilerce düzenlenecek raporlar dikkate alınarak hakim tarafından belirlenir. Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesi 22/06/2010 gün, 2008/2011 Esas ve 2010/4766 Karar sayılı hükmünde; *“TCK.nun 31. maddesinin gerekçesinde de açıklandığı gibi, 15 yaşından küçük sanığın yargılama konusu eylemin anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığının Ya da irade yeteneğinin azalıp azalmadığının, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 35. maddesi gereğince alınan sosyal çalışma uzmanı raporu ile hekim raporu da dikkate alınarak bizzat mahkemece belirlenmesi gereği yerine getirilmeden gerekçede yalnız bu raporların içeriğine yer verilmekle yetinilerek hüküm kurulmasını”* usul ve yasaya aykırı bulmuştur.

24.12.2006 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 20/3. maddesinde de bu hususa yer verilmiş ve *“fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığını takdir yetkisi münhasıran mahkemeye aittir.”* denilerek TCK nun da ve gerekçesinde yer alan bu husus açıklanmıştır.

III-CEZA SORUMLULUĞU OLMADIĞI BELİRLENEN ÇOCUKLARA YÖNELİK TEDBİRLER

1. Genel Değerlendirme

12 yaşından küçük çocukların ve 15 yaşından küçük sağır ve dilsiz çocukların ceza sorumluluğunun olmadığı kabul edildiği gibi 12 – 15 yaş grubundaki çocuklar ile 15 – 18 yaş grubundaki sağır ve dilsiz çocukların yapılan araştırma sonucunda ceza sorumluluğunun bulunmadığı kabul edildiğinde, bu çocuklar için ceza hukuku yaptırımları uygulanamayacaktır.

Ülkemizdeki en önemli sorunda burada toplanmaktadır.

Ceza sorumluluğu bulunmayan çocuklar için bir ceza verilmesi elbette ki doğru bir uygulama olmayacaktır. Bu durumdaki çocukların kusur yeteneğinin bulunmadığı kabul edildiğine göre işlediği fiille ilgili olarak kusurluluğunun bulunmadığı kabul edilen bir kişiye ceza verilmesi evrensel ceza hukuku ilkelerine de aykırı olacaktır.

Peki bu durumdaki çocuğa bir tepki verilmeyecek midir? Verilecek ise bu tepki nasıl olmalıdır?

Bu sorulara verilecek cevap, ceza sorumluluğu yaşının yükseltilmesi çabalarına da katkı sağlayacaktır. Zira;

Çocukların ceza sorumluluğu yaşının yükseltilmesini ve ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığına ilişkin araştırma yapılacak yaş grubundaki çocuklara yönelik araştırmanın etkin bir şekilde yapılıp bu yaş grubundaki çocukların önemli bir kısmının ceza sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna varılması gerektiğini ileri sürenlere karşı yapılan en önemli karşı çıkış, ceza sorumluluğu olmadığı kabul edilen çocuk sayısının arttırılması ve bu durumdaki çocuklara yönelik etkin bir tepki verilmemesi durumunda çocuk suçluluğunun artacağı, çocukları suçta kullanan kişilerin artacağı, diğer kişilerin güvenli bir ortamda yaşama haklarının elinden alınmış olacağı ve mağdurların haklarının etkin bir biçimde korunamayacağı endişesidir. Bir başka deyişle, pek çok kişi küçük yaştaki bir çocuğun ceza infaz kurumuna kapatılmasını iyi bir çözüm tarzı olarak görmemekte ancak bunların önemli bir kısmı bu yöntemin yerine konulacak daha iyi ve etkin bir sistemin olmaması nedeniyle bu durumun sürmesini istemektedir. Dolayısıyla ceza sorumluluğu olmadığı kabul edilen çocuklara yönelik olarak uygulanacak yaptırımların (veya güvenlik tedbirlerinin) etkin bir biçimde uygulanması durumunda çocukların ceza sorumluluğuna ilişkin asgari yaşın yükseltilmesi daha kolay olacaktır.

Bugün için yapılan şey suça sürüklenin çocuklara yönelik daha iyi bir yaptırım sistemi olmadığından bu çocukların ceza infaz kurumlarına gönderilmesinden ibarettir. Bu yöntem basit ve ucuz bir yöntemdir.

Çocuklara yönelik yaptırımların ağırlaştırılmasını ve ceza sorumluluk yaşının düşük tutulmasını savunanların bir kısmı, aksi düşüncenin kabul edilmesi halinde bu çocukları suçta kullanan kişilerin sayısının artacağı düşüncesindedir. Bu düşünceye şöyle karşı çıkmak mümkündür:

Çocukları suçta kullanan kişiler vardır ve bu kişiler her zaman olacaktır. Bu kişileri engellemenin yolu onların suçta kullandığı çocukları uzun süreli hapis cezalarına çarptırmak değildir. Çünkü, bu yapıldığında çocukları suçta kullanan kişiler kendilerine suçta kullanacakları başka çocuklar bulmakta gecikmeyecektir. Bu durumda yapılması gereken şey, çocukları suçta kullanan kişilerin etkin bir şekilde soruşturulması ve suçlarının ispatlanması durumunda etkili bir ceza yaptırımı ile karşı karşıya bırakılmasıdır.

2. Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocuklara Yönelik Güvenlik Tedbirleri

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ceza sorumluluğu olmayan çocuklara yönelik tedbirler konusunda oldukça yetersizdir.

TCK nun 56/1 maddesi uyarınca çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin neler olduğu ve ne suretle uygulanacakları Kanunla gösterilir.

Bu maddede atıf yapılan Kanun, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunudur. ÇKK nun 11. maddesine göre ÇKK da düzenlenen koruyucu ve destekleyici tedbirler, suçta sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından, çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak uygulanır.

ÇKK nun bu hükmü uyarınca suçta sürüklenen çocuklara uygulanacak güvenlik tedbirleri ile korunması gereken çocuklar bakımından uygulanacak koruyucu ve destekleyici tedbir arasında bir ayrıma gidilmemiştir.

Çocuk ister korunması gereken çocuk olarak nitelendirilsin isterse suçta sürüklenen ve fakat ceza sorumluluğu olmayan bir çocuk olsun her durumda hakkında ÇKK nun 5. maddesinde belirtilen güvenlik tedbirleri / koruyucu ve destekleyici tedbirler uygulanacaktır.

Bu tedbirler 5. maddede altı ayrı başlıkta ele alınmıştır².

a)**Danışmanlık tedbiri**, (Çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye yönelik tedbir)

b)**Eğitim tedbiri**, (Çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait iş yerlerine yerleştirilmesine yönelik tedbir)

c)**Bakım tedbiri**, (Çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine yönelik tedbir)

d)**Sağlık tedbiri**, (Çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına yönelik tedbir)

e)**Barınma tedbiri**, (Barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya yönelik tedbir)

² Pek çokları bu maddede sayılan tedbirlerin beş adet olduğunu kabul etmekte ve 5. maddenin 3. fıkrasında yer alan tedbiri gözden kaçırmaktadır.

f) Tehlike altında bulunmadığının tespiti ya da tehlike altında bulunmakla birlikte veli veya vasisinin ya da bakım ve gözetiminden **sorumlu kimsenin desteklenmesi suretiyle** tehlikenin bertaraf edileceği anlaşılan çocuklara ve bunların sorumlusu durumundaki kişilere yönelik tedbir,

Olarak sıralanmıştır.

Burada sayılan tedbirler, suça sürüklenen çocuğun gerek korunmasının sağlanması ve gerekse de suç işlemekten alıkonulması amacını hayata geçirmeye yeterli tedbirler olmadığı gibi ÇKK nun 7/6 maddesi uyarınca bu tedbirlerin tümü amaca ulaşıp ulaşılmadığına bakılmaksızın çocuğun 18 yaşını doldurması ile (eğitim tedbirinin çocuğun rızasının alınması ile 18 yaşını doldurmasından sonra da devam etmesine ilişkin istisna hariç olmak üzere) sona ermektedir.

Soruşturma ve kovuşturma süresinin uzunluğu da dikkate alınır ise bu kararların çoğu uygulamaya başlanmadan veya henüz yeni başlanmış iken çocuğun 18 yaşını doldurması ile yürürlükten kalmaktadır.

Tedbir kararı vermeye görevli mahkeme:

Suçta sürüklenen çocuk yargılanıyor ise tedbir kararını vermeye görevli mahkeme yargılamayı yapan mahkemedir.

12 yaşını doldurmamış veya 12 yaşını doldurmuş, 15 yaşını doldurmamış ve işlediği suçun anlam ve sonuçlarını anlayamayacak durumda olması nedeniyle Ceza sorumluluğunun bulunmadığı gerekçesi ile kovuşturulmasına yer olmadığına karar verilen çocuk hakkında, 5237 sayılı TCK'nın 31/1 ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca suça sürüklenen çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilmesi görevi suça temas eden görevli ceza mahkemesidir.³

³ 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun çocukların korunmasına, hakların ve esenliklerin güvence altına alınmasına ilişkin usul ve esasların düzenlenmesini amaç eden 1.maddesi ile koruma ihtiyacı olan çocuklar ile suça sürüklenen çocuklar ayrı ayrı tutulmuş ve aynı kanunun 3/a-1 maddesi ile "korunma ihtiyacı olan çocuk" ve 3/a-2 maddesi ile "suça sürüklenen çocuk" kavramları ayrı ayrı tanımları yapılmıştır.

Aynı Kanun'un 3 maddesinin 1.fikrasının (c) bendi ile 7/1 maddesi uyarınca koruyucu ve destekleyici tedbirlerin "çocuk hakimi" tarafından alınacağı, görevli mahkemeler yönünden ise suça sürüklenen çocuklardan söz etmeyen geçici 1. maddesinin 4. fıkrasında, çocuk mahkemesi bulunmayan yerlerde, bu mahkeme kurulup göreve başlayıncaya kadar korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında tedbir kararlarının, görevli aile ve asliye hukuk mahkemelerince alınacağı, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 26 maddesinin 1,2 ve 3 fıkrası ile bu kanunun uygulamasına ilişkin yönetmeliğin, usul ve esaslar hakkındaki 4. Maddenin (e) fıkrası ile " mahkeme; çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemelerini, çocuk mahkemesi bulunmayan yerlerde aile yada asliye hukuk mahkemeleri ile ceza mahkemelerini" demekle ve çocuk mahkemesi bulunmayan yerlerde görevli mahkemelerin çocuk mahkemeleri sıfatıyla yargılama yapacaklarına dair hüküm bulunmadığından, suça sürüklenen çocuklarda ceza mahkemeleri yetkili kılınmıştır.

Çocuk herhangi bir suçun faili değil ise çocuk hakkında tedbir kararı verme görevi aile mahkemesine aittir.⁴

IV-CEZA SORUMLULUĞU BULUNAN ÇOCUKLARA YÖNELİK YAPTIRIMLAR

1. Hapis Cezası

TCK nun yaptırım sisteminde yaptırımlar, cezalar ve güvenlik tedbirleri olarak ikiye ayrılmıştır. Cezalar da hapis cezaları ve adli para cezaları olarak ikiye ayrılmış, hapis cezaları da kısa süreli olan hapis cezaları ve kısa süreli olmayan hapis cezaları olarak iki grupta ele alınmıştır. Bir yıl ve daha az süreli hapis cezaları kısa süreli hapis cezası, bir yıldan fazla süreli hapis cezaları ise kısa süreli olmayan hapis cezası olarak tanımlanmıştır.

Bir fiilin yaptırımı olarak ceza yaptırımı kabul edildiğinde bu yaptırım, bazı suçlar bakımından hapis cezası ve bu ceza ile birlikte adli para cezası olarak kabul edilmiş iken, bazı suçlar için sadece hapis cezası, bazı suçlar için sadece adli para cezası ve yine bazı suçlar için ise hapis cezası veya adli para cezası olarak (seçimlik bir şekilde) belirlenmiştir.

Verilen kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar öngörülmüş (TCK nun 50. maddesi) ve TCK nun 50/3 maddesi uyarınca 18 yaşından küçükler için (yani çocuklar için) hükmedilen netice hapis cezasının 1 yıl veya daha altında olması durumunda hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi zorunlu kabul edilmiş ise de, suça sürüklenen çocukların ceza sorumluluğunun bulunduğu belirlendiğinde veya ceza sorumluluğu var kabul edildiğinde, hakkında hapis cezasına hükmedilmesini kural olarak engelleyen bir düzenleme yoktur. Yani,

Somut olayda, hakkında tedbir kararı alınması istenen küçüğün suçun şüphelisi olduğu, mağduru olmadığı anlaşıldığından, bu durumda, uyuşmazlığın yetkili ve görevli Asliye Ceza Mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir. (Yargıtay 17. H.D. 09.07.2010 gün ve 2010/1543 esas, 2010/6729 karar)

⁴ Dava, çocuk hakkında koruma kararı verilmesi istemine ilişkindir.

Dosya kapsamından, hakkında koruma kararı verilmesi istenen küçüğün herhangi bir suçun faili olmadığı anlaşılmaktadır.

2828 Sayılı Yasanın 22. maddesinde " Korunmaya muhtaç çocukların reşit oluncaya kadar bu Kanun hükümlerine göre kurumca kurulan sosyal hizmet kuruluşlarında bakılıp yetiştirilmeleri ve bir meslek sahibi edilmeleri hususundaki gerekli tedbir kararı yetkili ve görevli mahkemece alınır." hükmüne yer verilmiştir.

5395 Sayılı Çocuk Koruma Yasasının 5/1-c maddesi de "bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi halinde, çocuğun resmi veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine" şeklindedir.

Koruma kararı verilmesi istenen çocuklar 5395 Sayılı Kanunun 3. maddesinde belirtilen suça sürüklenen çocuklardan da değildir.

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 6. maddesine göre bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede olan veya manen terk edilmiş durumda bulunan küçüğü ana ve babadan alıp, bir aile ya da kuruma yerleştirmeye ilişkin tedbirlerin Aile Mahkemesince alınabileceği hükme bağlanmıştır. Benzer şekilde 2828 Sayılı Kanun uyarınca korunmaya muhtaç çocuklar hakkında koruma kararı alma, koşullarının varlığı halinde korunma kararının uzatılması ve korunma kararının kaldırılmasına ilişkin karar verme 4787 Sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 18.01.2003 tarihinden itibaren Aile Mahkemesinin görev alanına girmiştir.

Bu durumda, çocuk hakkındaki koruma kararı verilmesine ilişkin davanın Aile Mahkemesinde görülmesi gerekir. (Yargıtay 17. H.D. 29.01.2010 gün ve 2010/52 esas, 2010/595 karar)

üzerine atılı suçu işlediği kabul edilen ve ceza sorumluluğu var olan bir çocuğa hakim sırf yaşının küçüklüğünden dolayı hapis cezası yerine doğrudan başka bir ceza verebilme imkanına sahip olmayıp hapis cezasına seçenek yaptırım uygulamasını da ancak belirlenen netice cezanın bir yıl veya bir yıldan az süreli hapis cezası olması (yani kısa süreli hapis cezası olması) halinde yapabilme imkanına sahiptir.

Bunun yanı sıra TCK nun 51. maddesi uyarınca işlediği suçtan dolayı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasına hükmedilen çocuk hakkında verilen ceza ertelenebilmektedir. Ancak bu durumda verilen erteleme kararı hapis cezasına yönelik olup hapis cezası ile birlikte verilen para cezasının ertelenmesi imkanı olmadığı gibi, verilen erteleme kararı cezanın infazına yönelik bir karar niteliğinde olduğundan çocuğun en lehine bir durum olarak görülemez. Çocuk hakkında hükmedilen netice ceza bir yıl veya daha süreli hapis cezası ise bu cezanın TCK nun 50/3 maddesi uyarınca TCK nun 50/1 maddesinde belirtilen seçenek yaptırımlara çevrilmesi zorunludur ve bu şekilde belirlenen seçenek cezanın ertelenmesi imkanı yoktur.

5271 sayılı CMK nun 231. maddesi ve ÇKK nun 23. maddesi uyarınca çocuk hakkında verilen 2 yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına ilişkin cezalara yönelik hükmün açıklanmasının 3 yıl süre için geri bırakılması mümkündür. Bu düzenleme uyarınca çocuk hakkında yapılan yargılama sonucunda belirlenen netice cezanın 2 yıl kadar hapis cezası veya adli para cezası veya bu sürede hapis cezası ile birlikte adli para cezası olması durumunda hükmün açıklanması geri bırakılmakta, çocuğun belirlenen üç yıllık denetim süresini iyi halli olarak geçirmesi ve kendisine bir yükümlülük yüklenmiş ise bu yükümlüğün gereğini yerine getirmiş ise hakkında açılan kamu davasının düşürülmesine karar verilmektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karara karşı itiraz kanun yolu açık olup, itirazı inceleyen merci, çocuğun üzerine atılı suçu işleyiş işlemediğini, belirlenen ve açıklanması geri bırakılan cezanın yasaya uygun olup olmadığını inceleme yetkisine sahip değildir.

6008 sayılı Kanun ile değişik CMK 231. maddesinin 6 ncı fıkrası gereğince “sanığın kabul etmemesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez” hükmü getirildiğinden, bu durumda yargılanan çocuğun üzerine atılı suçu işlemediğini savunması halinde beraet etmesi yada lehine olan diğer kanun hükümlerinin uygulanması mümkün hale getirilmiştir.

2. Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar

TCK nun 50/1 maddesinde düzenlenen hapis cezasına seçenek yaptırımlar sınırlı sayıdadır. Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre;

a)Adlî para cezasına, (TCK nun 52. maddesi uyarınca hapis cezasının bir günü 20 ila 100 lira arasındaki bir değer kabul edilerek hesaplanacak miktar)

b)Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,

c)En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,

d)Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,

e)Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,

f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya,

Çevrilebilir.

Burada sayılan seçenek yaptırımlar TCK genel bir kanun olduğundan suç işleyen herkes için düşünülmüş yaptırımlardır. Bu yaptırımların önemli bir kısmı suça sürüklenen çocukların iyileştirilmesi amacına uygun yaptırımlar değildir. Çocuklara özgü yaptırımlar belirlenerek bu hükme veya ÇKK na eklenmelidir.

Uygulamada kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesine ilişkin seçenek yaptırım dışındaki yaptırımların da oldukça sınırlı sayıda uygulandığı görülmektedir. Adli para cezası seçeneğinin uygulanması çocuk bakımından bir yaptırım ise de, onun iyileştirilmesi amacına yeterince hizmet edeceği tartışmalıdır.

Seçenek yaptırımlar çocuklar bakımından çeşitlendirilmeli ve etkin bir biçimde uygulanabilmelidir. Belirlenecek seçenek yaptırımlar, cezalandırıcı olmaktan öte çocuğun içinde bulunduğu riski azaltıcı nitelikte olmalıdır.

Çocuk hakkında verilen seçenek yaptırımların gereğini çocuğun yerine getirmemesi durumunda ne yapılacağı konusu belirsizdir.

Gerçekten de; çocuk hakkında verilen kısa süreli hapis cezasının TCK nun 50/1-a maddesi uyarınca adli para cezasına çevrilmesi ve çocuğun bu cezayı ödememesi durumunda hakkında verilen adli para cezasının hapse çevrilemeyeceği (5275 sayılı CGTİHK nun 106/4 maddesi), bu durumda paranın 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edileceği kanun hükmü (5275 sayılı CGTİHK nun 106/11. maddesi) iken, diğer seçenek yaptırımlara çocuğun uymaması durumunda ne yapılacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. Böyle bir durumda hakimin seçenek yaptırımı değiştirme imkanı var ise de, çocuğun değiştirilen seçenek yaptırımı da yerine getirmemesi durumunda ne yapılacağı yine belirsizdir. Böyle bir durumda çocuk hakkında verilen ve seçenek yaptırımı çevrilen kısa süreli hapis cezasına dönüş mümkün olmadığına göre eylem yaptırımsız kalabilecek veya hakim seçenek yaptırımı adli para cezasına dönüştürerek bu para cezasının kamu alacağı olarak tahsil edilmesi yolunu açacaktır. Bu durumda da çocuk hakkında verilen yaptırımın iyileştirici yönü uygulama imkanını kaybedecektir.

V-ÇOCUKLARIN YARGILANMASI BAKIMINDAN ÖZEL USULLER

1. Çocuk Mahkemelerinin Varlığı

Çocuk mahkemelerini varlığı tek başına farklı bir usulün varlığına işaret etmektedir. Suça sürüklenen çocuk söz konusu olduğunda, gerek soruşturma ve gerekse de kovuşturma aşamasında bir takım usul hükümleri ile çocuk korunmaya çalışılmıştır.

Çocuk mahkemeleri çocukların cezalandırılması amacını güden bir mahkeme değildir. Bu mahkemeler çocukların ve ailelerinin desteklenerek çocuğun yeniden suç işlemesini önlemeyi amaçlar. Suça sürüklenen veya suç mağduru olan çocukların korunmasına ilişkin koruyucu ve destekleyici tedbirleri alır. Zira toplumun yararı suç işleyen çocuğun cezalandırılmasında değil onun tekrar suç işlenmesinin önlenmesindedir. Toplum bir kez suç işleyen bir çocuğa ikinci bir şans verilmesini özellikle ciddi nitelikte olmayan suçlar bakımından çoğu zaman benimsemektedir.

Çocuk Koruma Kanunu uyarınca verilen koruyucu destekleyici tedbirlerin yerine getirilmesini çocuk mahkemeleri kendisi takip eder ve denetler. Bu takip sırasında verilen tedbir dışında bir tedbir kararı vermek gerektiği veya verilen tedbirin çocuğun durumuna uygun olmadığı yani değiştirilmesinin gerektiğinin anlaşılması durumunda çocuk mahkemesi yeni tedbir kararı verir veya önceki kararını değiştirir. Bu bakımdan çocuk mahkemeleri diğer mahkemelerden farklı bir usul takip eder.

Kısaca söylemek gerekir ise çocuk mahkemeleri “**çocuk odaklı**” bir yargılama yapar ve çocuğun yararını gözetir.

Halen yürürlükte olan kanun hükümlerine göre bir çocuk ile bir yetişkin birlikte suç işlediğinde bu davalar ayrı görülmekte davaların birlikte görülmesi gerektiğinin anlaşılması halinde ise davalar yetişkinleri yargılayan mahkemede birleştirilmektedir. Yine bir yetişkinin bir çocuğa yönelik suç işlemesi halinde de davaya yetişkinleri yargılayan mahkeme bakmaktadır. Bu düzenlemeler değiştirilmeli, davaların birlikte görülmesi ve çocuklara yönelik suç işleyen yetişkinlerin yargılaması da çocuk mahkemelerinde yapılmalıdır. Böylece gerek suça sürüklenen çocukların ve gerekse de suç mağduru olan çocukların korunmasında daha etkin bir uygulama yapılmış olacaktır.

2. Ceza Muhakemesi Kanunda Yer Alan Düzenlemeler:

CMK nun 150/2 maddesi uyarınca şüpheli/sanık çocuğa, CMK nun 234/2 maddesi uyarınca mağdur çocuğa istemi olmaksızın bir müdafii/vekil atanır. Bu hükümler uyarınca ceza yargılama sistemimizde şüpheli veya sanık veya mağdur durumunda olan her çocuğun bir avukatı bulunmaktadır.

CMK nun 236/2 maddesi uyarınca; işlenen suçun etkisi ile psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur çocuk soruşturma ve kovuşturma aşamasında kural olarak bir kez dinlenebilir. Bu durumdaki çocuğun olay nedeniyle birden çok defa ifadesinin alınmasının çocukta yaratacağı olumsuz etkiyi gidermek isteyen kanun koyucu, çocukların bir kez dinlenmesi esasını kural olarak benimsemiştir. Ceza yargılamasının yüze karşılık ilkesinin sağladığı teminatlara da önem veren kanun, bu kapsamda dinlenen mağdur çocuğun ifadesinin görüntülü ve sesli olarak kaydedilmesini bir zorunluluk olarak kabul etmiştir (CMK 52/3-a).

CMK nun 236/3 maddesi uyarınca, mağdur çocukların dinlenmesi sırasında, psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişinin bulundurulması zorunludur. Bazı Ceza Dairelerince zorunluluğa aykırı olarak yapılan dinlemeler hukuka aykırı sayılmıştır⁵.

⁵ Y. 2. CD. 26/01/2010, 766 – 1218 sayılı kararında; “Katılan M.D'nun 18 yaşından küçük olduğuna ve vekili de bulunmadığına göre, 5271 sayılı CMK. nun 234/2 ve 239/2 maddeleri uyarınca istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilmesi ve mağdurun dinlenmesi sırasında da aynı Yasanın 236/3 maddesi uyarınca, psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişinin bulundurulması gerektiğinin gözetilmemesi”, Y. 2. CD. 01/07/2010, 2364 – 21248 sayılı kararında; “mağdur çocuk duruşmada psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulmadan dinlenerek 5271 sayılı CMK'nun 236/3.maddesine aykırı davranılması”, Y. 4. CD. 15/04/2009, 10002 – 7538 sayılı kararında da “mağdurenin dinlenmesi sırasında psikoloji uzmanı bulundurulmayarak CYY'nın 236/3. maddesine aykırı davranılmasını” usul ve yasaya aykırı bularak hükümlerin bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay 5.CD'nin 29.03.2007 tarih ve 2007/2742-2007/2391 E., K., Y 5. CD'nin 12.3.2007 tarih ve 2006/13300-2007/1838 E., K., Y5.CD'nin 30.4.2007 tarih ve 2007/3707-2007/3070 E., K., sayılı kararı ve duraksamasız uygulamalarına göre; 5271 sayılı CMK.nun 236/3. maddesi gereğince mağdur çocuğun dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp ve eğitim alanında uzman bir kişinin bulundurulması gerekir.

CMK.nun 236/3. maddesi açık hükmü nedeniyle mağdur çocukların tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişinin bulundurulması ve bu kişinin mağdurun beyanlarına ilişkin görüşü de alınarak sonuca varılması gerekli ise de; aynı maddenin 2. fıkrasında her dinlemede psikolojisi daha da bozulacağından zorunluluk arzeden haller hariç mağdur çocukların bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebileceğinin öngörülmesi nedeniyle **mağdur çocuğun beyanının, tek başına hükme esas alınmaması hallerinde bu husus tek başına bozma sebebi sayılmamaktadır.⁶**

CMK nun 155/1 maddesi uyarınca çocuğun kanuni temsilcisine çocuk hakkında görülecek davanın duruşma gün ve saati bildirilir. Kanuni temsilci duruşmaya geldiğinde duruşmayı izleyebilir ve istemi halinde beyanı alınır. Ancak bu beyan alınması çocuğun işlediği iddia edilen suça ilişkin delil toplama niteliğinde ise tanıklık ve tanıklıktan çekinme hükümlerinin uygulanması gerekir.

CMK.'nın 182 ve 185. maddelerinin amir hükmüne göre duruşmanın herkese açık olduğu, sadece onsekiz yaşını tamamlamayanlar hakkındaki duruşmaların tamamı ile genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılabileceği hüküm altına alındığından, anılan yasanın 182. maddedeki nedenler mevcut olmadan 18 yaşını tamamlayan fail hakkında duruşmaların gizli yapılmasına karar verilemez.⁷

⁶ CMK.nun 236/3. maddesi açık hükmü nedeniyle mağdur çocukların tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişinin bulundurulması ve bu kişinin mağdurun beyanlarına ilişkin görüşü de alınarak sonuca varılması gerekli ise de; aynı maddenin 2. fıkrasında her dinlemede psikolojisi daha da bozulacağından zorunluluk arzeden haller hariç mağdur çocukların bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebileceğinin öngörülmesi, mağdurun anlatımlarını destekleyen tanık beyanları ile "...mağdurun ifadelerine ana hatlarıyla ve diğer delillerle desteklendiği takdirde itibar edilmemesi için tıbbi bir neden bulunmadığını" belirten Adli Tıp 6. İhtisas Kurulu'nun 18.12.2008 gün ve 3684 sayılı raporu birlikte değerlendirildiğinde; **mağdur çocuğun beyanının, tek başına hükme esas alınmamış olması karşısında ikinci kez dinlenmesinde zorunluluk bulunmadığından tebliğnamedeki bu yöndeki görüşe iştirak edilmemiştir.(5.CD'nin 20.05.2008 tarih ve 2007/11696-2008/4617 sayılı kararı)**

⁷ CMK.nun 182 ve 185. maddelerinin amir hükmüne göre duruşmanın herkese açık olduğu, sadece onsekiz yaşını tamamlamayanlar hakkındaki duruşmaların tamamı ile genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı

CGK.’nın 13.11.2007 tarih ve 2007/5-161-2007/232 sayılı kararı da aynı doğrultudadır. Anılan karara göre; “5320 sayılı CYY’nin Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Yasanın 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CYUY’nin 308. maddenin 6. fıkrasında, “Şifahi bir duruşma neticesi olarak verilen hükümde aleni muhakeme kaidesinin ihlal edilmesi,” mutlak kanuna aykırılık olarak belirtilmiş, 5271 sayılı CYY’nin 289. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde ise; “Duruşmalı olarak verilen hükümde açıklık kuralının ihlâl edilmesi.” hukuka kesin aykırılık hali olarak zikredilmiştir.

5271 sayılı CYY’nin 182/2. maddesinde “duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir.” hükmüne yer verildikten sonra, 3. fıkrasında “Duruşmanın kapalı yapılması konusundaki gerekçeli karar ile hüküm açık duruşmada açıklanır.” hükmü ile hükmün mutlak surette açık duruşmada açıklanacağı belirtilip bu norma aykırılık gerek 1412 sayılı CYUY’nin 308/6, gerekse 5271 sayılı CYY’nin 289/1-f maddelerinde mutlak hukuka aykırılık nedeni sayılmıştır.

İncelenen somut olayda, Sungurlu Asliye Ceza Mahkemesinde 1 celse, dosyanın görevsizlik kararı ile gönderildiği Ağır Ceza Mahkemesinde ise 15.09.2005-20.09.2006 tarihleri arasında 12 celse sürdürülen yargılamada, gizlilik kararı verilmesini gerektiren veya zorunlu gizliliği gerektiren koşullar bulunmadığından açık yapıldığı bildirilen yargılamada 20.09.2006 tarihli oturumda açık yargılamaya son verildiği açıklandıktan sonra karar gizli olarak tefhim edilmiş, gerekçeli kararın hüküm fıkrasında da kararın gizli olarak tefhim edildiği vurgulanmıştır.

5271 sayılı CYY’nin zorunlu kapalılığı düzenleyen 185. maddesinde; “Sanık, onsekiz yaşını doldurmamış ise duruşma kapalı yapılır; hüküm de kapalı duruşmada açıklanır.” hükmüne yer verilmiş ise de, sanık 1942 d.lu olup, somut olayda bu hükmün de uygulanması olanağı bulunmamaktadır.

1412 sayılı CYUY’nin 308/6 ve 5237 sayılı CYY’nin 289/1-f maddelerine açıkça aykırılık oluşturan bu hal nedeniyle hüküm sair yönleri incelenmeksizin bozulmalıdır.”

yapılabileceği, 13.04.2006 günlü duruşmanın gizliliğine ilişkin kararın münhasıran yaş küçüklüğü nedeniyle verildiği, 01.04.1989 doğumlu olan sanığın 01.04.2007’de on sekiz yaşını doldurduğu gözetilmeden ve ayrıca 182. maddedeki nedenler mevcut ise gerekçesi gösterilerek bir gizlilik kararı da verilmeden, esaslı işlemlerin yapıldığı 07.05.2007, 08.08.2007 ve 07.09.2007 günlü oturumların kapalı yapılması,(5.CD’nin 29.06.2009 tarih ve 2009/4408-2009/8488 sayılı kararı)

18 yaşını bitirmeyen failer hakkındaki hükümlerin CMK.'nın 185. maddesi uyarınca kapalı duruşmada açıklanması gerekir.⁸

Yine Basın Kanunu hükümleri uyarınca suça sürüklenen çocuklara ilişkin kimlik bilgileri ve fotoğraflara yer verilemez. Maalesef bu hüküm sıklıkla ihlal edilmektedir.

CMK nun 231. maddesi uyarınca bir yetişkin hakkında verilen hükmün açıklanması geri bırakıldığında yetişkin için 5 yıl denetim süresi belirlenirken, çocuklar için belirlenecek olan denetim süresi üç yıldır.

3. Çocuk Koruma Kanunda Yer Alan Usul Düzenlemeleri:

ÇKK nun 15/1 maddesi uyarınca; suça sürüklenen çocuk hakkındaki soruşturmanın bizzat çocuk suçlarına ilişkin büroda görevli Cumhuriyet savcısı tarafından yapılması gerekir. Uygulamada bu hükme yeterince uyulmadığı, çocuk suçlarına bakan büroda yeteri kadar Cumhuriyet savcısı görevlendirilmediği, bu nedenle çocuklar hakkındaki soruşturmanın şüpheli çocuğun ifadesinin alınması hariç tümü ile kolluk tarafından yapıldığı ve sadece şüpheli çocuğun ifadesinin bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından alındığı görülmektedir.

ÇKK nun 15/2 maddesi uyarınca soruşturma aşamasında şüpheli çocuğun, aynı Kanunun 22/2 maddesi uyarınca kovuşturma aşamasında sanık çocuğun ifadesinin alınması veya sorgusunun yapılması veya diğer işlemler (keşif, yer gösterme, teşhis vb) sırasında çocuğun yanında bir sosyal çalışma görevlisi bulundurulabilir.

ÇKK nun 16. maddesi uyarınca çocuklar gözaltına alındığında, kolluğun çocuk biriminde, çocuk birimi bulunmayan yerlerde ise yetişkinlerden ayrı yerde tutulurlar.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 19. maddesi uyarınca; çocuğun gözaltına alındığı, ana, baba veya vasisine bildirilir. Kendisinin yararına aykırı olduğu saptanmadığı veya kanuni bir engel bulunmadığı durumlarda çocuğun anası, babası veya vasisi ifade alma sırasında hazır bulunabilir.

⁸ Sanıkların aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben nitelikli cinsel saldırı eylemlerini gerçekleştirdiklerinin kabulü karşısında, bizzat gerçekleştirdikleri eylemlerle birlikte her bir sanığın diğerinin eylemine TCK.nun 37. maddesi kapsamında fail olarak katılmış olmalarından dolayı haklarında aynı Kanunun 43/1. maddesinin de uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi karşı temyiz olmadığından, 18 yaşını bitirmeyen sanıklar hakkındaki hükümlerin CMK.nun 185. maddesi uyarınca kapalı duruşmada açıklanmaması ise telafisi olanaklı bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. **(5.CD'nin 16.11.2009 tarih ve 2009/5702-2009/12649 sayılı kararı)**

ÇKK nun 18. maddesi uyarınca, çocukların nakli sırasında, çocuklara zincir, kelepçe ve benzeri aletler takılamaz. Bu hüküm tüm çocukları kapsar. Bu bakımdan cezaevinden adliyeye, sağlık kuruluşuna veya başka bir yere nakledilen hükümlü veya tutuklu çocuklara da zincir, kelepçe ve benzeri aletlerin takılması yasaktır. Bu kurala aykırı hareket görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabilir.

ÇKK nun 21. maddesi uyarınca; 15 yaşından küçük çocukların işledikleri iddia olunan suça ilişkin kanun maddesinde öngörülen ceza miktarının üst sınırı beş yıldan fazla değil ise çocuk hakkında tutuklama kararı verilemez. Bu kapsamda olmayan çocuklar bakımından da tutuklama uygulanması gereken son çare olarak başvurulabilecek bir tedbirdir ve ancak diğer tedbirler etkin bir sonuç vermeyecek ise uygulanabilir (ÇKK 4/1-i).

Çocuklar hakkındaki yargılamanın en önemli unsuru çocuğun kişisel özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren sosyal inceleme raporlarının hazırlanmasıdır. Bu raporlar çocuk yargılamasının en önemli belgesidir. ÇKK nun 35. maddesi uyarınca sosyal inceleme yaptırılması bir zorunluluktur. Mahkeme, sosyal inceleme yaptırmıyor ise bunun nedenini kararında göstermelidir.

Maalesef bu raporlara yeteri kadar önem verilmemekte, bazı davalarda böyle bir rapor alınmamaktadır. Rapor alınan hallerde ise çoğu kez çocuk ile uzman arasında bir görüşme yapılmakta ve rapor sadece bu görüşmeye dayalı olarak verilmektedir. Oysa sosyal inceleme raporları çocuğun, ailesinin, okul ve var ise iş çevresinin incelenmesi ve bu çevrelerin görülmesi, buralarda bulunan kişiler ile görüşülmesi ile hazırlanabilir.

Yargıtay pek çok içtihadında, sosyal inceleme raporu alınmadan karar verilmesini bir eksiklik olarak dile getirmiş ve bu durumu hükmün bozulması nedeni yapmıştır.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 17/05/2010 gün, 2009/7827 Esas ve 2010/3630 Karar sayılı kararında; *“5237 sayılı TCK.nun 31/2 maddesi kapsamında kalan 12 yaşını doldurmuş olup da 15 yaşını bitirmemiş olan küçüklerin işledikleri fiillerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiiller ile ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığının tespitinde, 5395 sayılı Çocuk Koruma Yasasının 35/1 maddesi gereğince, mahkeme tarafından sosyal çalışma uzmanına küçüğün içinde bulunduğu aile, sosyal ve ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumu hakkında rapor hazırlatılması ve bu rapor değerlendirilerek sanığın ceza sorumluluğunun belirlenmesi gerekirken, yazılı şekilde bilirkişi olarak tayin edilen psikolog G.G'in 05/11/2008 tarihli görüşüyle yetinilerek hüküm kurulmasını”* usul ve yasaya aykırı bulmuştur.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi 16/02/2010 gün ve 2009/2484 Esas ve 2010/4366 Karar sayılı hükmünde, benzer bir yaklaşımla; “Çocuk Koruma Kanununun Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmeliğin 20/2 maddesi ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 35. maddesi uyarınca; fiil işlendiği sırada 12 yaşını doldurmuş olup da 15 yaşını doldurmamış olan çocuğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığının takdiri bakımından, sosyal yönden inceleme yaptırılmasının zorunlu olduğu gözetilmeden eksik kovuşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması” usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.

Aynı Daire, 09/03/2010 gün ve 09/03/2010 gün, 2009/5720 Esas ve 2010/7045 karar sayılı hükmünde de; “Çocuk Koruma Kanununun 35.maddesi uyarınca; bu Kanun kapsamındaki çocuklar hakkında mahkemeler, çocuk hakimleri veya Cumhuriyet savcılarınca gerektiğinde çocuğun bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren inceleme yaptırılmasını öngördüğü sosyal inceleme raporunda çocukların işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığının takdiri bakımından, sosyal yönden inceleme yaptırılmasının gerekli olduğu, mahkemece sosyal inceleme raporuna gerek görülmediği takdirde ise gerekçesinin kararda gösterilmesinin zorunlu olduğu gözetilmeden” karar verilemeyeceğini belirtmiştir.

VI-TÜRK CEZA KANUNDA YER ALAN ÇOCUKLARA YÖNELİK HÜKÜMLER

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, çocukların korunmasına ilişkin pek çok düzenleme getirmiştir. Bunlardan bazıları şu şekilde sıralanabilir;

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) 6/1-c maddesi uyarınca 18 yaşını doldurmamış kişi çocuktur.

TCK yaş küçüklüğünü, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan bir neden olarak kabul etmiştir. Bu kapsamda TCK nun 31 maddesi uyarınca; 12-15 yaş arasında olup ta ceza sorumluluğunun var olduğu belirlenen çocuklar ile, 15 – 18 yaş arasındaki çocuklara işledikleri fiile ilişkin ceza, yetişkinlere oranda indirimli olarak verilecektir.

TCK nun 38/2 maddesinde, bir çocuğun suça azmettirilmesi, bir yetişkinin suça azmettirilmesine göre daha ağır ceza ile yaptırıma bağlanmıştır.

TCK nun 50/3 maddesi uyarınca; çocukların işledikleri fiiller nedeniyle belirlenen netice cezanın bir yıl ve altında olması durumunda, bu cezanın aynı maddenin birinci fıkrasında yer alan hapis cezasına seçenek yaptırımlara çevrilmesi zorunludur.

TCK nun 51. maddesi uyarınca iki yıla kadar hapis cezalarının ertelenmesi mümkün iken bu süre çocuklar bakımından üç yıldır.

TCK nun 80/3 maddesi uyarınca insan ticareti suçunda çocukların mağdur edilmesi durumunda, eylemin suç teşkil etmesi için gereken unsurların bir kısmı aranmamıştır.

TCK nun 82/1-e maddesi uyarınca çocuğun öldürülmesi, kasten insan öldürme suçunun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir.

TCK nun 94/2-a maddesinde, işkence suçunun çocuğa karşı işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

TCK nun 96/2-a maddesinde, eziyet suçunun çocuğa karşı işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

TCK nun 97/1 maddesinde, yaşı nedeniyle kendisini idare edemeyecek durumda olan kişiyi (bu kapsamda yaşa küçük bir çocuğu) kendi haline terk etmek suç olarak tanımlanmıştır.

TCK nun 98. maddesinde, yaşı nedeniyle kendini idare edemeyecek kişiye (bu kapsamda özellikle küçük yaşta çocuklara) hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeme veya bu durumu bildirmeme fiili suç olarak tanımlanmıştır.

TCK nun 103 maddesinde çocuğun cinsel istismarı, TCK nun 104. maddesinde reşit olmayan çocuk ile cinsel ilişki fiili suç olarak düzenlenmiştir.

TCK nun 109/3-f maddesi uyarınca kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak suçunun çocuğa karşı işlenmesi, suçun nitelikli hallerinden birisidir.

TCK nun 226/1 maddesi uyarınca; bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri vermek veya bunların içeriğini göstermek, okumak, okutmak veya dinletmek suçtur. Bunların içeriklerinin çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde gösterilmesi, sergilenmesi, okunması, okutulması, söylenmesi veya söylenmesi de suç olarak kabul edilmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında; müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması hapis ve para cezası ile cezalandırılmıştır.

TCK nun 227/1 maddesi uyarınca; çocuğun fuhuşa teşvik edilmesi, fuhuşun yolunun kolaylaştırılması, çocuğun fuhuş için tedarik edilmesi, barındırılması, çocuğun fuhuşuna aracılık edilmesi fuhuş yaptırmak suçuna göre daha ağır ceza ile cezalandırılmıştır.

TCK nun 229/1 maddesi uyarınca, çocukların dilencilikte kullanılması suçtur.

Bir çocuğun soybağının değiştirilmesi TCK nun 231 maddesinde suç olarak tanımlanmıştır.

TCK nun 232 maddesinde aile bireylerine karşı kötü muamele, TCK nun 233 maddesinde ise aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali fiilleri suç sayılmıştır.

TCK nun 234. maddesinde; bir çocuğun velayet yetkisi elinden alınmış velisi tarafından kaçırılması fiilleri ile kanuni temsilcisinin bilgisi ve rızası dışında evi terk eden çocuğun durumundan ailesini ve yetkili makamları haberdar etmeme fiili suç olarak tanımlanmıştır.

VII-ÇOCUKLARA YÖNELİK CİNSEL SUÇLAR VE BU KAPSAMDA BEDEN VE RUH SAĞLIĞININ BOZULMASI KAVRAMI

TCK'nın 103. maddesiyle çocukların cinsel istismarı suçu düzenlenmiştir. Kanun koyucu, yetişkinlere karşı gerçekleştirilen fiiller açısından cinsel saldırı terimini kullanırken çocuklar için, cinsel istismar terimini kullanmıştır. Cinsel istismar teriminin tercih edilmesinin, uluslar arası terminolojinin yansıtılması bakımından isabetli olduğu ifade edilmektedir.⁹ Cinsel istismar, çocuğa karşı gerçekleştirilen istismar türlerinde biridir. Cinsel istismar terimi, çok değişik biçimlerde tanımlanmıştır.¹⁰ Bu tanımlardan en geniş olanına göre cinsel istismar, yetişkin bir kimsenin, çocuğu cinsel doyumunu için kötüye kullanmasıdır.¹¹

5237 sayılı TCK çocuklara karşı işlenen cinsel suçları, “çocuğun cinsel istismarı” olarak nitelendirmiş ve ayrı bir maddede düzenlemiştir.

Çocuklara yönelik cinsel istismar fiilleri çocuğun 15 yaşını doldurmuş olup olmamasına göre ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur.

Cinsel suçun mağduru olan çocuk 15 yaşını doldurmamış ise, bu çocuğa yönelik olarak yapılan cinsel istismar fiilinin failinin kaç yaşında olduğuna, bu fiilin cebir veya tehdit veya hile veya iradeyi etkileyen bir başka nedene dayalı olarak gerçekleştirilip

⁹ **Sevük, Handan Yokuş**, 5237 sayılı TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları, Hukuk ve Adalet Dergisi, Nisan 2005, Sayı 5, sh. 281

¹⁰ Bu tanımların tamamı için bakınız, **Polat, Oğuz**. Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı, Tanımlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, sh. 93 vd.

¹¹ **Polat**, Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı, Tanımlar, (2007), sh. 94

gerçekleştirilmediğine, failin mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokup sokmamasına bakılmaksızın fail için ceza öngörülmüştür.

Mağdur 15 yaşından küçük olduğu halde, fail cebir veya tehdit kullanmış ise veya mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokmuş ise failin önceki duruma göre daha ağır şekilde cezalandırılması öngörülmüştür.

Mağdur 15 yaşından büyük, 18 yaşından küçük ise ve fail, cinsel içerikli davranışı cebir veya tehdit veya hile veya iradeyi etkileyen bir başka nedene dayalı olarak gerçekleştirilmemiş ve fiil mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması boyutuna ulaşmamış ise eylem suç olarak kabul edilmemiştir.

Mağdur 15 yaşından büyük 18 yaşından küçük olmasına rağmen; fail, mağdurun vücuduna organ veya sair bir cismi onun rızası dahilinde sokmuş ise, fiil, artık “çocuğun cinsel istismarı” olarak nitelendirilmemekte, TCK nun 104. maddesinde düzenlenen “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçunu oluşturmaktadır. Bu suçun takibi mağdur çocuğun şikayeti şartına bağlanmıştır.

Mağdur 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını doldurmamış bir çocuk ise ve cinsel eylem onun rızası dışında gerçekleşmiş ise, yani fiil; cebir veya tehdit veya hile veya iradeyi etkileyen bir başka nedene dayalı olarak gerçekleştirilmiş ise failin eylemi yine “çocuğun cinsel istismarı” olarak nitelendirilmekte ve TCK nun 103. maddesine göre ceza tayin edilmektedir.

Mağdur 15 yaşını bitirmiş olmasına rağmen maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş ise, 15 yaşını bitirmemiş çocukların tabi olduğu hukuki statüye tabi olur. Yani, bu durumdaki çocuklara karşı yapılan eylem 15 yaşından küçük çocuklara yapılmış gibi değerlendirilir.

Cinsel istismar suçunun yakın akrabalar arasında ve mağdur üzerinde nüfuz sahibi kişiler tarafından işlenmesi halinde cezanın artırılması TCK nun 103. maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca; “cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde” cezanın arttırılması kabul edilmiştir.

Düzenleme TCK nun 103. maddesi içerisinde yer aldığı için, bu hükmün uygulanabilmesi için failin fiilinin 103/1 maddesinde tanımı yapılan “çocuğun cinsel istismarı” suçunu oluşturmaması gerekir. Bu bakımdan örneğin bir babanın 15 yaşından büyük

kızı ile, onun rızası dahilinde cinsel ilişkiye girmesi halinde fiil TCK nun 104/1 maddesinde yer alan “reşit olmayanla cinsel ilişki” niteliğinde sayılacak ve bu suçun takibi mağdurun şikayetine bağlı olacaktır. Mağdur şikayetçi olsa bile bu durumda failin alacağı ceza altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıdır. Bununla birlikte; fail babanın, fiili, cebir veya tehdit veya hile veya iradeyi etkileyen bir başka nedene dayalı olarak gerçekleştirilmiş olması halinde eylemin yine TCK nun 103. maddesi kapsamında kalacağı unutulmaması gerekir.

Bu bakımdan yakın akraba ile 18 yaşından küçük çocuk arasında rızaya dayalı cinsel davranışların da “ensest” kavramı içerisinde değerlendirilmesi ve TCK nun buna göre değiştirilmesi gerektiği kanısındayız.

Mağdur 15 yaşından küçük ise veya 15 yaşından büyük olmakla birlikte fiil, cebir veya tehdit veya hile veya iradeyi etkileyen bir başka nedene dayalı olarak gerçekleştirilmiş ise ve bunun sonucunda mağdurun “beden sağlığı” ve “ruh sağlığı” bozulmuş ise faile daha ağır bir ceza verilmesi öngörülmektedir.

Görüldüğü gibi; cinsel saldırı ve çocuğun cinsel istismarı suçlarında; mağdurun yaşının kaç olduğu, cinsel içerikli eylemin mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulup sokulmadığı, mağdur ile fail arasında akrabalık bağı veya nüfuz ilişkisi bulunup bulunmadığı, failin fiili gerçekleştirirken cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir fiil kullanıp kullanmadığı, fiilin sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı önem taşıyan hususlardır. Soruşturma ve kovuşturma organları tüm bu durumları kesin ve inandırıcı deliller ile ortaya koymalıdır.

Yargıtay, failin yalnızca cinsel organını gösterdiği, bedensel temasın sözkonusu olmadığı durumlarda cinsel taciz suçunun oluşacağına işaret etmiştir.¹²

Yargıtay uygulamasında bedensel temas içermesi nedeniyle failin; “müştekinin belinden tutmak suretiyle gerçekleştirdiği iddia olunan eyleminin”¹³, “mağdurenin yanaklarından öpmek şeklindeki eyleminin”¹⁴, “cinsel amaçla mağdurenin elinden tutma eyleminin”¹⁵, “mağdurenin omzundan tutmak suretiyle cinsel tacizde bulunma şeklindeki

¹² Sanığın, olay günü apartmanın önünde oynayan mağdureleri yanına çağırdığı, gelmemeleri üzerine kendisinin apartmana girip dışarıdaki mağdurelere yönelik olarak yalnızca cinsel organını gösterdiği, bedensel temasın sözkonusu olmadığı dikkate alındığında; eylemin birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmiş olması nedeniyle 5237 sayılı TCK.nun 105/1 ve 43/1-2. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerekirken suç niteliğinde yanılıya düşülerek çocuğun basit cinsel istismarı suçundan yazılı şekilde hükme varılması,(5.CD’nin 06.05.2009 tarih ve 2009/5763-2009/5363 sayılı kararı)

¹³ (5.CD’nin 04.03.2010 tarih ve 2006/1965-2010/1825 sayılı kararı)

¹⁴ (5.CD’nin 02.03.2010 tarih ve 2006/1946-2010/1698 sayılı kararı)

¹⁵ (5.CD’nin 23.02.2010 tarih ve 2009/8277-2010/1464 sayılı kararı)

eylemin”¹⁶, “müştekiye sarılıp, onu sevdiğini birlikte olmak istediğini söylemek suretiyle gerçekleştirdiği eylemlerinin”¹⁷, “müştekinin ensesinden öpmek suretiyle gerçekleştirdiği eyleminin”¹⁸, “mağdurenin omuzuna dokunarak gezmek istiyorsan seni ben gezdireyim demek şeklindeki eyleminin”¹⁹, “eliyle kalçasını ve cinsel organını ellediği şekilde kabul edilen eylemlerinin”²⁰, “otobüs durağında katılanın yanına oturup başını katılanın omzuna koyduğu kabul edilen eyleminin”²¹, “iddia ve kabul edilen eliyle mağdurenin vücudunun değişik bölgelerini okşama biçiminde gelişen eyleminin”²², “merdivende ve asansörde elle sarkıntılıkta bulunmak eyleminin”²³, “göğüslerini okşama suretiyle gerçekleştirdiği eyleminin”²⁴, “mağdurenin göğüslerine dokunmak eyleminin”²⁵, “müştekiye cinsel ilişki teklif edip, peşinden de elini omuzuna atarak yanağından öpmesi şeklinde gerçekleştiği iddia olunan eyleminin”²⁶, “mağdurenin kolundan tutarak arabaya çekmesi eyleminin”²⁷, “mağdurenin kalçasını ellemek eylemlerinin”²⁸, “olay günü buluştukları yerde mağdureyi öpmesi biçiminde gerçekleştiği ileri sürülen eyleminin”²⁹, “mağdureyi ellemek suretiyle gerçekleştirdiği eylemlerinin”³⁰, “karın bölgesini, bacak arasını ve cinsel organını elleme ve sıkma eylemlerinin”³¹, “asansöre binmek üzere olan müştekinin kalçalarını ellemek eyleminin”³²,³³, “mağdureye sürtünmek şeklindeki eyleminin”³⁴, “mağdurenin cinsel organını tutup kalçasını okşamak şeklindeki eyleminin”³⁵, “bir öpücük verirmisin diyerek mağdurenin kolundan tutup sarıldığının anlaşılmasına nazaran eyleminin”³⁶, “mağdurenin kolunu ve göğüslerini tutup okşamak şeklindeki eyleminin”³⁷, “mağdurenin arkadan beline sarılmak

¹⁶ (5.CD’nin 22.02.2010 tarih ve 2010/726-2010/1411 sayılı kararı)

¹⁷ (5.CD’nin 21.01.2010 tarih ve 2009/14746-2010/244 sayılı kararı)

¹⁸ (5.CD’nin 27.10.2009 tarih ve 2009/11890-2009/12057 sayılı kararı)

¹⁹ (5.CD’nin 20.10.2009 tarih ve 2008/11202-2009/11742 sayılı kararı)

²⁰ (5.CD’nin 08.10.2009 tarih ve 2009/810-2009/11293 sayılı kararı)

²¹ (5.CD’nin 08.10.2009 tarih ve 2009/874-2009/11284 sayılı kararı)

²² (5.CD’nin 06.10.2009 tarih ve 2008/2352-2009/11080 sayılı kararı)

²³ (5.CD’nin 30.09.2009 tarih ve 2008/14802-2009/10744 sayılı kararı)

²⁴ (5.CD’nin 06.07.2009 tarih ve 2007/11623-2009/9299 sayılı kararı)

²⁵ (5.CD’nin 09.06.2009 tarih ve 2007/2765-2009/7023 sayılı kararı)

²⁶ (5.CD’nin 09.04.2009 tarih ve 2007/12627-2009/4505 sayılı kararı)

²⁷ (5.CD’nin 04.03.2009 tarih ve 2008/3739-2009/2682 sayılı kararı)

²⁸ (5.CD’nin 12.02.2009 tarih ve 2008/13623-2009/1611 sayılı kararı), (5.CD’nin 09.07.2008 tarih ve 2006/7538-2008/7527 sayılı kararı)

²⁹ (5.CD’nin 02.02.2009 tarih ve 2008/10842-2009/717 sayılı kararı)

³⁰ (5.CD’nin 29.01.2009 tarih ve 2008/7917-2009/624 sayılı kararı)

³¹ (5.CD’nin 15.12.2008 tarih ve 2008/8246-2008/10932 sayılı kararı)

³² (5.CD’nin 15.12.2008 tarih ve 2008/6390-2008/11174 sayılı kararı)

³³ (5.CD’nin 20.11.2008 tarih ve 2008/13252-2008/10141 sayılı kararı)

³⁴ (5.CD’nin 20.10.2008 tarih ve 2008/10802-2008/8565 sayılı kararı)

³⁵ (5.CD’nin 22.10.2008 tarih ve 2008/10787-2008/8735 sayılı kararı)

³⁶ (5.CD’nin 14.10.2008 tarih ve 2008/11178-2008/8335 sayılı kararı)

³⁷ (5.CD’nin 09.07.2008 tarih ve 2006/7543-2008/7526 sayılı kararı)

şeklindeki eyleminin”³⁸, “mağdurenin eteğini aşağıya indirmeye çalıştığı iddia edilmiş olması karşısında, eyleminin”³⁹ **basit cinsel saldırı veya basit cinsel istismar suçunu oluşturacağı kabul edilmekte olup**, bu nedenle de, suça etkisi bakımından mağdur veya mağdurenin onaylı nüfus kaydı getirtilip buna göre suç tarihindeki yaşı da gözetilerek 5237 sayılı TCK.’nın 102/1 ya da 103/1 maddesinde düzenlenen suçu oluşturup oluşturmayacağı hususunun tartışılması gerektiği ifade edilmektedir.

II-BEDEN VE RUH SAĞLIĞININ BOZULMASI KAVRAMININ TÜRK CEZA KANUNUNA GİRİŞİ, ANLAMI VE TESPİTİ

1. Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramının Türk Ceza Kanununa Giriş Süreci

a)765 Sayılı TCK nunda “Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması” Kavramı

765 sayılı TCK nunda “beden sağlığının” ve “ruh sağlığının” korunması kavramlarına doğrudan yer verilmemiştir. 765 sayılı TCK nun 418. maddesinde “ırza geçme” fiilleri sonucunda mağdurun ölmesi halinde faile daha fazla ceza verileceğini kabul etmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, failin fiilleri sonucunda “bir marazın sirayeti” veya “mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakisa irasını” veya mağdurun “maluliyetinin” veya mağdurun “mâyubiyetinin” söz konusu olması durumunda cezanın arttırılacağı kabul edilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında açıkça belirtildiği gibi, failin cinsel saldırı eylemi sonucunda mağdurun ölmesi suçun nitelikli halinin oluşması için yeterlidir. Önemli olan failin saldırısı ile mağdurun ölümü arasında uygun nedensellik bağının bulunmasıdır.

Maddenin ikinci fıkrasında yer alan kavramlar hakkında kısa açıklama yapmak gerekir ise şunlar söylenebilir;

“Maluliyeti müstelzim bulunma” kavramı ile; mağdurun maruz kaldığı cinsel saldırı sonucunda ve buna bağlı olarak sakat kalması, yani bir organının işlevini tamamen yerine getiremez hale gelmesi ifade edilmiştir.

“Mayubiyeti müstelzim bulunma” kavramı ile ise; mağdurun maruz kaldığı cinsel saldırı sonucunda ve buna bağlı olarak, bir organının fizyolojik işlevine herhangi bir zarar gelmeden, bu organın estetiğinin veya güzelliğinin veya şeklinin bozulması, yani ayıplı hale

³⁸ (5.CD’nin 10.07.2008 tarih ve 2006/7288-2008/7570 sayılı kararı)

³⁹ (5.CD’nin 01.07.2008 tarih ve 2006/7008-2008/7182 sayılı kararı)

gelmesi ifade edilmiştir. 765 sayılı TCK nun uygulandığı dönemde mağdurun kızlık zararının bozulması bu kapsamda değerlendirilmekteydi.

“Bir marazın sirayeti” kavramı ile; failin fiili sonucunda mağdura bir hastalığın bulaşması ifade edilmek istenmiştir. Ancak burada belirtilen hastalığın mağdurun sağlığına önemli ölçüde zarar verecek boyutta olmaması gereklidir. Eğer mağdurun sağlığı önemli ölçüde zarar görmüş ise fail, “mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakisa irasını” neden olmuş sayılacaktır. Gerçekten de bu kavram ile, mağdurun sağlığının önemli ölçüde ve büyük bir zarar gelmesi esası benimsenmiş, bu zararın ne olduğu maddede açıklanmamıştır. 765 sayılı TCK nun uygulandığı dönemde, mağdurun akıl hastası olması, ağır ve önemli derecede ruh sağlığının bozulması, AIDS gibi ağır hastalıklara tutulması halleri bu kapsamda değerlendirilmekteydi.

Görüldüğü gibi, 765 sayılı TCK mağdurun maruz kaldığı cinsel saldırı sonucunda beden ve ruh sağlığının bozulması kavramına doğrudan yer vermemiş olmakla birlikte; mağdurun beden veya ruh sağlığının, ağır, geri dönülemez bir şekilde bozulmasını 418. maddenin ikinci fıkrasında yer alan “mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakisa irasını” neden olma kavramı içerisinde düzenlemektedir.

Kızlık zararının bozulması TCK ile beden sağlığını bozan bir husus olarak öngörülmemiştir.⁴⁰ Ancak kızlığın bozulması, kızlığa toplumun verdiği önem, mağdurun bu şekilde yetiştirilmiş olması, mağdurenin sosyal çevrede hoş karşılanmayacak olmasının yarattığı travma birlikte değerlendirildiğinde mağdurun ruh sağlığını bozan bir neden olarak düşünülebilir.

Yargıtay uygulamasına göre, 01.06.2005 tarihinden önce işlenmiş ve kızlık bozmanın mevcut olduğu durumlarda, olayın üzerinden uzun zaman geçmiş olması nedeniyle suçun mağdure üzerindeki bedensel ve ruhsal etkilerinin kaybolma olasılığı ve şimdi elde edilecek bulgularla olay arasında illiyet kurmadaki meşkukiyet gözönünde bulundurulup, dosyada bulunan doktor raporları Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kuruluna gönderilerek kızlığının bozulmasından dolayı beden sağlığında bozulma olup olmadığı hususunda mütalaa alındıktan sonra fail hakkındaki lehe yasanın tespiti gerekmektedir.⁴¹

⁴⁰ Meran, Kişilere Karşı Suçlar, (2005), sh.258

⁴¹ Dosya içeriği, mağdurenin alınan raporunda kızlığının bozulduğunun iddia edilmesi, olayın üzerinde uzun zaman geçmiş olması nedeniyle suçun mağdure üzerindeki bedensel ve ruhsal etkilerinin kaybolma olasılığı ve şimdi elde edilecek bulgularla olay arasında illiyet kurmadaki zorluk gözönünde bulundurulup, dosyada bulunan doktor raporu Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kuruluna gönderilip kızlığının bozulmasından dolayı beden veya ruh sağlığında bozulma olup olmadığı

b)5237 Sayılı TCK nunda “Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması” Kavramı

“Cinsel saldırı” suçunu düzenleyen TCK nun 102. maddesinin 5. fıkrasında, suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde faile verilecek cezanın 10 yıldan az olamayacağı kabul edilmiştir. TCK nun 102. maddesinin 5. fıkrasında yer alan “beden ve ruh sağlığının bozulması” kavramı TCK ilk tasarısında da yer almasına rağmen Adalet Komisyonunda bu madde üzerinde bir tartışma yapılmadığından Komisyonun görüşleri belirlenememiştir. Maddenin gerekçesinde “... söz konusu suçun işlenmesi suretiyle mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olunması cezalandırmayı gerektirmektedir.” denilmekle yetinilmiş, maddede yer alan “beden sağlığı” ve “ruh sağlığı” kavramları ile ne demek istendiğinin üzerinde durulmamıştır⁴².

Çocuğun cinsel istismarını düzenleyen TCK nun 103. maddesinde yer alan beden ve ruh sağlığının bozulması halinde cezanın 15 yıldan az olmayacağına ilişkin düzenleme TCK nun ilk tasarısında bulunmuyordu. Bu düzenleme TCK Tasarısının tartışıldığı Adalet Komisyonu Başkanlığına sunulan bir önerge ile metne dahil olmuştur. Söz konusu önergenin Komisyondaki tartışmaları sırasında söz alan olmadığı gibi gerekçesi de tutanaklara yansımamıştır⁴³. Kanunu madde gerekçelerinde de bu fıkra açıklanırken tıpkı 102. maddede olduğu gibi “... söz konusu suçun işlenmesi suretiyle mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olunması cezalandırmayı gerektirmektedir.” denilmekle yetinilmiş, maddede yer alan “beden sağlığı” ve “ruh sağlığı” kavramları ile ne demek istendiğinin üzerinde durulmamıştır⁴⁴.

2. Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramının Anlamı

5237 sayılı TCK nun içerisine alınan “beden ve ruh sağlığının bozulması” kavramından kanun koyucunun neyi kastettiği kanun tasarısının tartışmalarını yansıtan tutanıklardan anlaşılacaktır.

hususunda mütalaa alınması,sonucuna göre lehe yasanın belirlenmesi gerekirken noksan soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması, **(5.CD'nin 04.03.2010 tarih ve 2006/2064-2010/1838 sayılı kararı)**

Kesinleşen hükümde kızlık bozma sebebi ile 765 sayılı TCK.nun 418/2. maddesinin uygulanmış olması karşısında, olayın üzerinden uzun zaman geçmiş olması nedeniyle suçun mağdure üzerindeki bedensel ve ruhsal etkilerinin kaybolma olasılığı ve şimdi elde edilecek bulgularla olay arasında illiyet kurmadaki meşukukiyet gözönünde bulundurulurken, dosyada bulunan doktor raporları Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kuruluna gönderilerek kızlığının bozulmasından dolayı beden sağlığında bozulma olup olmadığı hususunda mütalaa alındıktan sonra yerine noksan soruşturma ile yazılı biçimde karar verilmesi, **(5.CD'nin 17.09.2009 tarih ve 2009/9195-2009/10463 sayılı kararı)**

⁴² Gerekçeli Türk Ceza Kanunu Gerekçesi, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2004

⁴³ Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu; TBMM Adalet Komisyonu, Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tümü Üzerindeki Görüşmeler, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2005, s.445.

⁴⁴ Gerekçeli Türk Ceza Kanunu Gerekçesi, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2004

Maddenin bu şekilde tartışmasız geçmesi, tasarımı tartışan Adalet Komisyonu üyeleri ile TBMM Genel kurulunda yer alan milletvekillerinin, bu maddede yer alan kavramların 765 sayılı TCK nun 418/2 maddesinde yer alan “mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakisa irasını” neden olma olarak değerlendirdiği, bu nedenle ayrıca bir açıklama yapmaya gerek görmedikleri gibi bir varsayıma bizi götürebilir.

Ceza Hukukunda suç ve yaptırım belirlenirken, öncelikle suçun temel şekli ve bu temel şekil için öngörülen temel ceza belirlenir. Kanun, suçun işleniş biçimine, meydana gelecek zarara ilişkin olarak suçun temel şeklini ve bununla orantılı bir cezayı belirledikten sonra, suçun daha ağır sayılabilecek bir şekilde işlenmesi halini veya temel şekle göre daha ağır bir neticenin meydana gelmesine göre suçun nitelikli hallerini belirler.

Örneğin, TCK nun 86/1 maddesi uyarınca kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığını ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişiye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. Fail, bu suçu silahla işler ise cezası yarı oranında artırılır. Bu durumda Kanun suçun işleniş biçiminde nitelikli hali öngörmüş ve cezada artışı benimsemiştir. Kasten yaralama fiili, mağdurun yaşamını tehlikeye sokan bir duruma neden olmuş ise, failin cezası daha da ağırlaşacaktır. Burada da failin fiili sonucunda mağdurun daha fazla zarar görmesi hali cezanın arttırılmasını gerektirmiştir.

Gerek cinsel saldırı suçunu ve gerekse de çocuğun cinsel istismarı suçunu düzenleyen hükümlerde de aynı yöntem benimsenmiştir. Bu suçlarla birlikte mağdurun bir zarara uğrayacağı, bu suçlarla korunan hukuki yararı olan vücut (cinsel) dokunulmazlığının ihlal edilmiş sayılacağı kabul edilmiştir. Esasen faile verilmesi istenen temel ceza da bu kabulün sonucudur.

Dolayısıyla her cinsel saldırı veya cinsel istismar fiili mağdurun beden veya ruh sağlığı üzerinde bir takım etkiler bırakır ve zarara yol açar. Suçun temel şeklinde kabul edilen ceza da zaten bu zarar nedeniyle benimsenmiştir.

Failin fiili sonucunda mağdurun beden ve ruh sağlığı suçun temel şeklinde kabul edilenden daha ağır bir zarara uğramış ise suçun nitelikli hali oluşmuştur. Bu nedenle, cinsel saldırı ve istismar fiillerinin sonucunda meydana gelen her “beden sağlığı bozulması” (mağdurun vücudunda yaraların, çiziklerin oluşması gibi) veya ruh sağlığındaki her bozulma (korku, kaygı, konuşmada güçlük çekme gibi) TCK nun 102/5 veya TCK nun 103/6 maddesinde yer alan “beden veya ruh sağlığının bozulması” olarak ele alınmamalıdır.

TCK nun 103/2 maddesinde yer alan çocuğun vücuduna organ veya sair bir cisim sokularak cinsel istismara maruz kalması halinde faile verilecek cezanın alt sınırı sekiz yıl

hapis cezasıdır. Failin bu fiili sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığı bozulmuş ise failin alacağı cezanın alt sınırı onbeş yıldır. Aradaki yedi yıllık fark, mağdurun maruz kaldığı fiil sonucunda ruh sağlığını etkileyen her türlü sonucun bu kapsamda kabul edilemeyeceğinin de bir göstergesidir. Suçun nerede ise temel şekline yakın bir miktarda cezada artış öngören bir maddenin, mağdurun beden veya ruh sağlığındaki her türlü bozulmayı içerdiği kabul edilemez.

İşte bu nedenlerle; mağdurun maruz kaldığı cinsel saldırı veya cinsel istismar fiili sonucunda; beden veya ruh sağlığında ağır, kalıcı, geri dönülemez şekilde meydana gelen bozulmaların bu kapsamda ele alınması gereklidir.

5237 sayılı TCK, kızlık zararının bozulmasını ayrıca düzenlemediği gibi, “mayubiyet” kavramına da yer vermemiştir. Kızlık zararının bozulması, beden sağlığının bozulması anlamına gelmemekle birlikte, mağdurun içinde yaşadığı koşullara, toplumsal yapı itibarıyla, kızlık zararının bozulmasına bozulması mağdurun ruh sağlığında bozulmaya yol açabileceğinden bu durumun var olup olmadığının araştırılması gerekir.

3. Beden ve Ruh Sağlığının Bozulduğunun Tespiti

a)Adli Raporunun Alınması

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 63/1 maddesi uyarınca; çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin görüşüne başvurmak mümkündür. Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi olanaklı olan konularda bilirkişi incelemesi yapılmaz. Böyle durumlarda gerekli değerlendirmeyi hakim kendisi yapmalıdır. Mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususu tıbbi bir durum olduğundan, bu durumun tespiti uzmanlığı gerektirir ve bu hususta bilirkişi görüşüne başvurulmalıdır.

Yüksek mahkemenin, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı konularında nereden rapor alınması konusundaki görüşüne gelince;

Yüksek mahkemenin kabulüne göre, mağdur için alınan uzman hekim raporunda, mağdurun eylem nedeniyle beden veya ruh sağlığının bozulmadığı bildirilmiş ve hakim bu konuda dosyaya yansıyan bir tespiti bulunmamakta ise ve bu yönde herhangi bir iddia da yok ise, bu durumda artık Adli Tıp Kurumundan rapor almaya gerek yoktur, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmadığı kabul olunarak karar verilmelidir.

Eğer alınan uzman hekim raporunda mağdurun eylem sonucu beden veya ruh sağlığının bozulduğu bildirilmiş ise veya bu yönde hakim bir tespiti bulunmakta ise veya aynı yönde bir iddia bulunmakta ise, Yüksek Mahkemenin en son kabulüne göre, mutlaka Adli Tıp

Kurumundan, mağdurun eylem sonucu beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı konusunda rapor aldırılması gerekir. Yüksek mahkeme, adli tıp uzmanından, tam teşekküllü devlet hastanesinden ve üniversite hastanesinden alınan raporların hiç birini kabul etmemekte, mutlaka ATK'dan da rapor alınması gerektiği yönünde bozmalar yapmaktadır.⁴⁵

Çocukların beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda rapor verecek heyette çocuk psikiyatri uzmanının bulundurulması zorunludur.⁴⁶

Yargıtayca suçun sonucunda mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda rapor alınmadığı gerekçesiyle iddianamenin iade edilemeyeceği, kovuşturma aşamasında mahkemesince gerekli görülmesi halinde Adli Tıp Kurumu veya suçun mağdur üzerindeki etkisine göre konunun uzmanı başka bilirkişilerden görüş alınmasının mümkün bulunduğu kabul edilmektedir.⁴⁷

⁴⁵ Cinsel saldırı eylemi neticesinde 5237 sayılı TCK.nun 102/5. maddesi anlamında mağdurenin ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan rapor alınıp, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, Kars Devlet Hastanesinden alınan rapora dayanılarak hüküm kurulması, **(5.CD'nin 21.05.2009 tarih ve 2006/8920-2009/6121 sayılı kararı)**

Katılan vekilinin itirazı da gözetilerek TCK.nun 102/5. maddesinin uygulanabilirliği açısından, suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan rapor alınarak sonuca göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken Nevşehir Adli Tıp Şube Müdürlüğü'nün raporuyla yetinilerek yazılı şekilde hüküm kurulması, **(5.CD'nin 23.11.2009 tarih ve 2009/11386-2009/13062 sayılı kararı)**

⁴⁶ Yerel mahkemece, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun raporu hükme esas alınmış olup, bu raporun ruh sağlığı hastalıkları uzmanı, iki adli tıp uzmanı, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı, radyoloji uzmanı, üroloji uzmanı ve çocuk cerrahi uzmanından oluşan, yedi kişilik bir kurul tarafından düzenlendiği anlaşılmaktadır. Ancak, mağdure 1994 doğumlu ve suç tarihi itibarıyla 15 yaşından küçük olup, 6. İhtisas Kurulunda muayenesi ve hakkındaki raporun düzenlenmesi sırasında, inceleme konusunun uzmanı olan çocuk psikiyatrisi uzmanının, görüşmelere katılmadığı görülmektedir. **Bu nedenle Adli Tıp Kurumu Yasasının 7/f ve 23/B maddelerine aykırı olarak, konunun uzmanı olan çocuk psikiyatrisi uzmanı bulunmadan düzenlenen raporun, hükme esas alınamayacağında kuşku yoktur.** O halde, mağdure hakkında, yeniden ve yasaya uygun bir şekilde oluşturulmuş bir kuruldan rapor alınarak, sanığın hukuki durumunun buna göre belirlenmesi gerekmektedir.

Bu itibarla yerel mahkemece, yasaya aykırı olarak düzenlenmiş bir raporun hükme esas alınması suretiyle sanık Tanık hakkında suç nitelemesi yapılarak mahkûmiyetine karar verilmesi ve bu hükmün Özel Dairece onanması isabetsiz olup, bu konuda haklı nedenlere dayanan Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulüne karar verilmelidir. **CGK.nun 11.05.2010 gün ve 2010/5-4, 2010/110 E., K.,)**

⁴⁷ Dosya kapsamına göre, 5271 sayılı kanunun 170/3. maddesinde, iddianamede hangi hususların gösterileceği, aynı kanunun 174/1. maddesinde ise iddianamenin hangi hallerde iadesine karar verileceğinin belirtildiği, suçun sonucunda mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda rapor alınmadığı gerekçesiyle iddianamenin iade edilemeyeceği, kovuşturma aşamasında mahkemesince gerekli görülmesi halinde Adli Tıp Kurumu veya suçun mağdur üzerindeki etkisine göre konunun uzmanı başka bilirkişilerden görüş alınmasının mümkün bulunduğu nazara alınarak itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle CMK.nun 309. maddesi gereğince bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü ifadedi 08.10.2008 gün ve 50278 sayılı yazılı istemine atfen C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye ihbar ve dava evrakı birlikte tevdi kılınmakla incelenerek gereği düşünüldü:

Kanun yararına bozmaya dayanan ihbarname içeriği yerinde görülmele ... 4. Ağır Ceza Mahkemesinden kesin olarak verilen 18.08.2008 gün ve 2008/796 değişik iş sayılı kararının CMK.nun 309. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,(5.CD'nin 24.11.2008 tarih ve 2008/14787-2008/10174 sayılı kararı) ((Y. 5.CD'nin 22.10.2009 tarih ve 2009/11609-2009/11803 E., K., Y. 5.CD'nin 22.12.2008 tarih ve 2008/15912-2008/11895 E., K., sayılı kararları da aynı yöndedir.))**

b)Adli Raporun İçeriği

TCK nun 102/5 ve 103/6 maddelerinde, mağdurun maruz kaldığı fiil nedeniyle beden sağlığının veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığına göre cezada artış öngörülmektedir. Bu nedenle, cinsel saldırı veya istismara uğramış mağdurun hem beden sağlığının ve hem de ruh sağlığının bozulup bozulmadığının tespiti gereklidir.

Bugün uygulamada, mağdurun ruh sağlığını bozulup bozulmadığına ilişkin araştırma yapılmasına rağmen, beden sağlığının bozulup bozulmadığı (rneğin eylem sonucunda AIDS gibi bir hastalık bulaşıp bulaşmadığı) konusunda bir araştırma yapılmadığına tanık olmaktadır.

Her cinsel saldırı veya istismar fiili, mağdurun ruh sağlığını etkiler. Mağdurun içinde bulunduğu durumun, fiilden kaynaklanan bir etkilenme hali mi yoksa Kanunda ngrlen ve yukarıda açıklanmaya çalışan “bozulma” kavramı içinde kalan bir durum mu olduğunun dikkatlice araştırılması gerekir.

Adli Tıp Kurumu ve adli tıp uzmanları son dönemdeki uygulamalarında, fiil nedeniyle mağdurda meydana gelen ve çoğu kez geçici olan etkilenme hali ile “ruh sağlığının bozulması” halini birbirinden ayırt edebilmek için fiilin işlenmesinden altı ay geçmeden rapor düzenlenemeyeceği konusunda görüş bildirmektedirler. Burada söylenen altı ay mutlak bir süre olmayıp, somut olayın özelliklerine göre daha uzun srelerin geçmesi de gerekebilmektedir. Bu süre içinde mağdur izlenmekte, gerekli tedaviler yapılmakta, buna rağmen ruh sağlığında bozulma olup olmadığı araştırılmaktadır.

Beden sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin değerlendirmenin bu konuda uzman olan hekimlerce, ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin değerlendirmenin de bu konuda uzman olan hekimlerce yapılması gereklidir.

Düzenlenecek raporların; açık, ayrıntılı ve gerekçeli olması gerekir. Raporun sadece sonuç içermesi, dosyanın özetlenmesinden sonra varılan sonucun bildirilmesi ile yetinilmesi, raporu içerik itibarıyla yetersiz hale getirir. İncelenen mağdurun durumu, kendisine uygulanan testler ve tetiklerin neler olduğu, bunların sonucunda varılan sonuçlar ayrıntısı ile raporda yer almalıdır. Ceza yargılamasında takdiri bir delil olan ve tarafların tartışmasına açılan bilirkişi raporunun içeriği itibarıyla bu tartışmayı yapmaya uygun olması gerekir. Hiçbir tetkik, değerlendirme ve veri içermeyen, doğrudan sonuç bildiren bir raporun yerindeliğinin yargılamanın taraflarınca ve hükmü verecek olan mahkemece tartışılması beklenemez. Mahkeme, raporu hazırlayan uzmanı, raporunu açıklaması, bildirmesi ve

tarafkların sorularını cevaplaması için duruşmaya çağırabilir (CMK 68/1). Bu durumda raporu hazırlayan uzman raporun içeriği, vardığı sonuç ve onu bu sonuca götüren incelemelerin neler olduğu konusunda açıklama yapmak ve sorulan sorulara cevap vermelidir.

Mehmet Akarca

Yargıtay 5. Ceza Dairesi yesi