

MAĞDUR ÇOCUK HAKLARINA İLİŞKİN ÖNERİLER

Danışman:

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına projede görev alanlar; **Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku:** Prof. Dr. Feridun YENİSEY, Yrd. Doç. Dr. Sinan ALTUNÇ, **Medeni Hukuk:** Doç. Dr. Aslı MAKARACI BAŞAK, Ar. Gör. Gülen Sinem TEK, **Milletlerarası Özel Hukuk:** Yrd. Doç. Dr. Burak HUYSAL, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku:** Yrd. Doç. Dr. F. Burcu SAVAŞ KUTSAL, Ar. Gör. Şebnem KILIÇ ve Av. Gözde Kaçmaz

Ocak 2017

Copyright© 2017

MAĞDUR ÇOCUK HAKLARINA İLİŞKİN ÖNERİLER

Yayımlayan
Uğur Eğitim Pazarlama ve Yayıncılık A.Ş.
Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları

Genel Müdür
Lokman DURAK

Yayınevi
Uğur Eğitim Pazarlama ve Yayıncılık A.Ş.
Abbasağa Mah. İhlamur Yıldız Cad. No: 8/A 34353, Beşiktaş/İstanbul
Tel.: (0212) 660 58 41 Faks: (0212) 660 58 42
www.uguryayinlari.com.tr

Bahçeşehir Üniversitesi
Çırağan Cad. Osmanpaşa Mektebi Sk. No.: 4-6 Beşiktaş/İstanbul
Tel.: (0212) 381 05 60 Faks: (0212) 381 05 50
www.bahcesehir.edu.tr

Bahçeşehir Üniversitesi Yayın No.
00000

Basım Yeri

Basım Tarihi
2017

ISBN Numarası
978-605-9532-06-8

Sertifika No

Bu eserin bütün hakları Uğur Eğitim Pazarlama ve Yayıncılık A.Ş.'ye ait olup;
film, fotokopi veya başka bir yolla çoğaltılamaz, dipnot vermeden alıntı yapılamaz.

İÇİNDEKİLER

Kısaltmalar	15
Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kenan İpek'in Önsözü	17
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu'nun Önsözü.....	19
Prof. Dr. Feridun Yenisey'in Sunuş Yazısı.....	21
Madde 1 (ÇHS) - ÇOCUK TANIMI.....	25
A-Terminoloji Problemi	25
<i>ÖNERİ 1: Anayasa 'da çocuk tanımının yer alması ve mevzuattaki tanımların yeknesak hale getirilmesi gereklidir.</i>	<i>26</i>
<i>ÖNERİ 2: Mevzuatın uyumlu ve yeknesak hale getirilmesi, tanım açısından birlik sağlanması gereklidir.</i>	<i>26</i>
B - Çocuğun Soyutlama Yeteneği, Ayırt Etme Gücü, Hak Ehliyeti ve Fiil Ehliyeti	26
I - Soyutlama Yeteneği.....	26
II - Ayırt Etme Gücü	26
III - Hak Ehliyeti ve Fiil Ehliyeti	26
IV- Çocuğu Koruyan Suç Tipleri	27
C - Çocuğun Hukuki ve Cezai Sorumluluğu	27
I - Çocuğun Hukuki Sorumluluğu	27
II - Çocuğun Cezai Sorumluluğu.....	28
<i>ÖNERİ 3: Ceza sorumluluğunun aksi ispat edilemeyen kanuni karinelere bağlanması yerinde değildir, bunun değiştirilmesi gerekir.</i>	<i>29</i>
Madde 2 (ÇHS) - AYRIM GÖZETMEME İLKESİ.....	30
A - Ayrım Gözetmeme Konusundaki Avrupa Standartları	30
B - Türk Hukukundaki Düzenlemeler.....	31
Madde 3 (ÇHS) - ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI İLKESİ	32
<i>ÖNERİ 4: Çocuğun yüksek yararı kavramı esas alınarak mevzuatta ek düzenlemeler yapılmalıdır.</i>	<i>33</i>
Madde 4 (ÇHS) - SÖZLEŞMEDEKİ HAKLARIN HAYATA GEÇİRİLMESİ.....	33
<i>ÖNERİ 5: Çocuk adalet sistemi stratejisi geliştirilmelidir.</i>	<i>34</i>
Madde 5 (ÇHS) - ANA-BABANIN YÖNLENDİRİCİLİĞİ VE ÇOCUĞUN YETENEKLERİNİN GELİŞİMİ	34
A - Medeni Hukuk Bakımından	34
I - Yasak İşlemler: Kefil Olma, Vakıf Kurma, Önemli Bağışlamada Bulunma	35
<i>ÖNERİ 6: MK 449 hükmüne ekleme yapılmalıdır.....</i>	<i>35</i>
II - Yasal Temsilci Tarafından Kullanılabilen “Kişiye Sıkı Surette Bağlı Haklar”	35
<i>ÖNERİ 7: Çocuğun yapacağı bazı hukuki işlemlerde yasal temsilci rızası aranmamalıdır.....</i>	<i>35</i>
B - Ceza Hukuku Bakımından.....	35
C - Çocuğa Yönelik Tıbbi Müdahaleler	36

ÖNERİ 8: Çocuğun rıza göstereceği işlemler bakımından yeni düzenlemeler gereklidir.	36
ÖNERİ 9: Çocuğa yönelik bir tıbbi müdahale olarak sünnet ve nesep ilişkileri konusunda tıbbi gelişmeler ışığında değişiklik yapılmalıdır.	36
Madde 6 (ÇHS) - ÇOCUĞUN YAŞAMA, HAYATTA KALMA VE GELİŞME HAKKI	36
A - Yaşama Hakkı	36
B - Hayatta Kalma ve Gelişme Hakkı.....	38
Madde 7 (ÇHS) - NÜFUSA KAYIT, İSİM, VATANDAŞLIK, ANA-BABASINI BİLME VE ONLAR TARAFINDAN BAKILMA HAKKI	38
A - Çocuğun Soyadı	39
ÖNERİ 10: Çocuğun soyadının belirlenmesi açısından değişiklik yapılmalıdır.	40
B - Çocuğun Kökenlerini Bilme Hakkı.....	40
ÖNERİ 11: Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ile MK hükümleri arasında bağlantı kurulmalıdır.	41
C - Çocuğun Ana-Babası Tarafından Bakılma Hakkı.....	41
Madde 8 (ÇHS) - KİMLİĞİN KORUNMASI HAKKI.....	42
Madde 9 (ÇHS) - ANA-BABA İLE BİRLİKTE YAŞAMA VE ANA-BABADAN AYRILMA.....	43
A-Çocuğun Anne ve Baba ile Birlikte Yaşama ve Onlardan Ayrılma Hakkına İlişkin Ceza Hukuku Düzenlemeleri	44
B - Çocuğun Anne ve Baba ile Birlikte Yaşama ve Onlardan Ayrılma Hakkına İlişkin Medeni Hukuk Düzenlemeleri	45
I - Boşanma Sonrasında Velayet Sorunu.....	45
II - Çocukların Yerleştirilmesi	46
ÖNERİ 12: Koruyucu aile veya kuruma yerleştirme ile ilgili düzenlemelerde çocuğun yüksek yararı gözetilmelidir.	46
III - Kişisel İlişki Kurmaya İlişkin AİHM Kararları	47
1) Salgueiroda Silva Mouta / Portekiz (21 Aralık 1999).....	47
2) P.V. / İspanya (no. 35159/09) 30 Kasım 2010.....	47
3) Kuppinger (no. 2) / Almanya (15 Ocak 2015)	48
C - Çocuğun Velayeti Kendisinde Bırakılmayan Ebeveyn ile İlişkisi ve Özellikle Çocuk Teslimi.....	48
ÖNERİ 13: Çocuğun icra yoluyla tesliminde çocuğu koruyan düzenlemeler yapılmalıdır.	49
D - Milletlerarası Hukuk Açısından Velayet	49
ÖNERİ 14: MÖHUK'a velayet konusunda özel bir düzenleme eklenmesi gereklidir.	50
ÖNERİ 15: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da çocuk odaklı kurallar kabul edilmelidir.	50
ÖNERİ 16: Çocukla ilgili kararların tanınması ve tenfizi dikkatle gerçekleştirilmelidir.	50
ÖNERİ 17: Çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa, mutlak mesken hukuku uygulanmalıdır.	50

Madde 10 (ÇHS) - AİLELERİN BİRLEŞMESİ AMACIYLA ÜLKELERE GİRİŞ VE ÇIKIŞ	50
A - Şen/Hollanda kararı (21 Aralık 2001, Başvuru No: 31465/96)	51
B - Osman/Danimarka kararı (14 Haziran 2011, Başvuru No: 38058/09).....	51
Madde 11 (ÇHS) - ÇOCUKLARIN YASA DIŞI YOLLARLA ÜLKE DIŞINA ÇIKARILMA VE GERİ DÖNDÜRÜLMEDEN KORUNMA HAKKI	53
ÖNERİ 18: Türk ve Rus vatandaşlarının evliliklerinde çiftte vatandaşlı çocuklar açısından yaşanan sorunlar giderilmelidir.	55
Madde 12 (ÇHS) - ÇOCUĞUN GÖRÜŞLERİNE SAYGI	55
A -Çocuğun Hukuk Davalarında Tanık Olarak Dinlenilmesi.....	56
ÖNERİ 19: Çocuğun görüşünün alınması kavramı geniş yorumlanmalıdır.	57
B - Çocuğun Dinlenmeyebileceği Haller	57
ÖNERİ 20: Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin çocuklarla ilgili davalara ilişkin hükümlerinin iç hukuka aktarılması gerekmektedir. ...	58
C - Mağdur Çocuğun Ceza Davalarında Şikayet Hakkı ve Dinlenilmesi	58
D - Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Ceza Davasına Katılması Meselesi ...	59
E -Suça Sürüklenen Çocuğun Dinlenilmesi	60
Madde 13 (ÇHS) - ÇOCUĞUN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	60
Madde 14 (ÇHS) - ÇOCUĞUN DÜŞÜNCE, DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ	61
A - Türk Hukukundaki Durum	61
ÖNERİ 21: Çocuğa dinini seçme imkanı tanınmalıdır.	62
B - AİHM İçtihatları.....	62
I - Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye kararı (9 Ekim 2007).....	62
II - Mansur Yalçın ve Diğerleri / Türkiye kararı (16 Eylül 2014).....	63
Madde 15 (ÇHS) - ÇOCUĞUN DERNEK KURMA VE BARIŞ İÇİNDE TOPLANMA HAKKI.....	63
ÖNERİ 22: Çocukların sendikaya üye olma hakkı genişletilmelidir.....	64
Madde 16 (ÇHS) - ÇOCUĞUN ÖZEL YAŞAMINA SAYGI HAKKI	64
A - Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması.....	65
B - Eğitim Kurumlarında ve Diğer Kurumlarda Yapılan Arama.....	65
C - Hapishanede Kalan Çocuklar Bakımından AİHM'in İçtihadı.....	66
Madde 17 (ÇHS) - ÇOCUĞUN GEREK DUYDUĞU BİLGİLERE ERİŞİMİ	66
Madde 18 (ÇHS) -ÇOCUĞUN YETİŞTİRİLMESİNDE ANA-BABANIN VE DEVLETİN SORUMLULUKLARI	68
ÖNERİ 23: Ortak velayet konusu irdelenmelidir.	69
Madde 19 (ÇHS) - ÇOCUĞUN HER TÜRLÜ ŞİDDETE KARŞI KORUNMA HAKKI	70
A - Çocuğa karşı şiddet.....	70
B - Zorbalık ve Sindirilme	71
ÖNERİ 24: Çocukla ilgili tüm işlemlerin hızlandırılması gereklidir.....	71

C - Fiziksel Cezaya ilişkin AİHM İçtihatları	71
I - Tyre/ Birleşik Krallık (25 Nisan 1978).....	72
II - A / Birleşik Krallık (23 Eylül 1998).....	72
III - Kayak / Türkiye (10 Temmuz 2012).....	72
IV - E. ve Diğerleri / Birleşik Krallık (no. 33218/96) (26 Kasım 2002)	73
V - Juppala / İsveç (2 Aralık 2008)	73
VI - E.S. ve Diğerleri / Slovakya (no. 8227/04) (15 Eylül 2009).....	73
D - Çocuğun Basına Karşı Korunması	74
Madde 20 (ÇHS) - AİLE ORTAMINDAN YOKSUN BIRAKILMIŞ	
ÇOCUKLAR.....	75
Madde 21 (ÇHS) - EVLAT EDİNME	76
A - Üvey Çocuğun Evlat Edinilmesine İlişkin Hüküm İçi Boşluk	77
ÖNERİ 25: Evlat edinme kolaylaştırılmalıdır.	77
B - Mirasla İlgili Düzenleme	77
ÖNERİ 26: Evlat edinme ilişkisinde miras hakkı gözden geçirilmelidir.....	77
Madde 22 (ÇHS) - MÜLTECİ ÇOCUKLARA ÖZGÜ HAKLAR	78
Madde 23 (ÇHS) - ENGELLİ ÇOCUKLARIN HAKLARI	80
Madde 24 (ÇHS) - ÇOCUĞUN SAĞLIK VE SAĞLIK HİZMETLERİNDEN	
YARARLANMA HAKKI	82
Madde 25 (ÇHS) - YERLEŞTİRME UYGULAMASINI DENETİM HAKKI	
.....	83
ÖNERİ 27: Risk analizleri yapılmalıdır.	84
Madde 26 (ÇHS) - ÇOCUĞUN SOSYAL GÜVENLİK HAKKI.....	84
ÖNERİ 28: Sosyal güvenlik ödemeleri yükseltilmelidir.	84
Madde 27 (ÇHS) - ÇOCUĞUN UYGUN YAŞAM STANDARTLARINA	
SAHİP OLMA HAKKI.....	85
Madde 28 (ÇHS) - ÇOCUĞUN EĞİTİM HAKKI.....	86
Madde 29 (ÇHS) - EĞİTİMİN HEDEFLERİ.....	87
Madde 30 (ÇHS) - AZINLIKLARA YA DA YERLİ HALKLARA MENSUP	
ÇOCUKLAR.....	88
Madde 31 (ÇHS) - ÇOCUĞUN BOŞ ZAMAN DEĞERLENDİRME,	
DİNLENME, EĞLENME VE KÜLTÜREL ETKİNLİKLERE KATILMA	
HAKKI.....	89
Madde 32 (ÇHS) - ÇOCUK İŞÇİLİĞİ	90
A - Çocuk İşçi Tanımı ve Kavramı.....	90
ÖNERİ 29: Zorunlu eğitim yaşı ile istihdama başlama yaşı arasında uyum sağlanmalıdır.	
.....	91
ÖNERİ 30: Çocuk ve genç işçi kategorilerinin yeniden düzenlenmesi gereklidir.	91
B - Genç ve Çocuk İşçilere Yönelik Tartışmalı Hususlar	91

ÖNERİ 31: Genç işçiler için yapılan sağlık denetimleri artırılmalı ve tehlikeli ve çok tehlikeli işlerde gençlerin çalıştırılmayacağı hususu açıkça ve kanun tarafından güvence altına alınmalıdır.	92
ÖNERİ 32: Sosyal sigortalılık süresi açısından çocuğun çalışması nazara alınmalıdır.	92
ÖNERİ 33: Tarımda çalışan çocuklara özel düzenleme yapılmalıdır.	93
C - Genç İşçilere Yönelik Tartışmalar	93
ÖNERİ 34: İşverene yönelik tazminat yanında özel hukuk cezasının öngörülmesi ve bu miktarların çocuk lehine güvence altına alınması düşünülmelidir.	94
D - AİHM İçtihatları	94
I - Siliadin / Fransa kararı (26 Haziran 2005).....	94
II - C.N. ve V. / Fransa kararı (başvuru no. 67724/09) 11 Ekim 2012	94
Madde 33 (ÇHS) - ÇOCUKLAR VE UYUŞTURUCU KULLANIMI	95
A - Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu.....	96
B - Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu	97
C - Kullanmak İçin Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek veya Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu	98
D - Etkin Pişmanlık	99
E - İdari Bakımdan Durum	99
ÖNERİ 35: Çocuk ceza adalet sisteminin aktörleri arasında koordinasyon sağlanmalıdır.	100
ÖNERİ 36: Çocuk ile ilgili bir üst kurul oluşturulması düşünülmelidir.	100
ÖNERİ 37: Çocuk ombudsmanlığı kurulmalıdır.	100
Madde 34 (ÇHS) - ÇOCUKLARIN CİNSEL SÖMÜRÜYE MARUZ KALMASI	101
A - Çocuklara Karşı İşlenen Cinsel Suçlar	101
I - Çocukların Cinsel İstismarı Suçu	101
1) TCK 103'teki düzenleme.	101
2) Korunan Hukuki Yarar.....	103
3) Yaptırım.	104
4) Çocuk evlilikleri.....	105
5) Sarkıntılık.....	106
II - Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu	108
III - Cinsel Taciz Suçu	109
IV - Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suç Hükümlüsüne Uygulanan Tedavi	111
ÖNERİ 38: Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan hükümlü olan çocuklar hakkında sağlık tedbiri uygulanması düşünülmelidir.	112
V - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması	112
1) C.A.S. ve C.S. / Romanya (no. 26692/05) 20 Mart 2012.....	112
2) R.I.P. ve D.L.P. / Romanya (no. 27782/10) 10 Mayıs 2012	113
3) P. ve S. / Polonya (no. 57375/08) 30 Ekim 2012	113
4) O'Keeffe / İrlanda 28 Ocak 2014 (Büyük Daire).....	114
5) Manuello ve Nevi / İtalya 20 Ocak 2015	115
6) Söderman / İsveç, 12.11.2013, Büyük Daire.....	116
7) Ş. H. H. / Türkiye (no. 22930/08)	116
B - Çocuk Pornografisi	117

Madde 35 (ÇHS) - ÇOCUKLARIN KAÇIRILMALARININ, SATILMALARININ VE FUHŞA ZORLANMALARININ ÖNLENMESİ.....	118
A - Genel Bilgiler	118
B - Çocuk Fahişeliği.....	119
ÖNERİ 39: Çocuk fuhşunda, müşteri konumundaki kişiler de cezalandırılmalıdır.	123
Madde 36 (ÇHS) - SÖMÜRÜNÜN DİĞER BİÇİMLERİNE KARŞI KORUMA	124
Madde 37 (ÇHS) –İŞKENCE, AŞAĞILAYICI DAVRANIŞ VE ÖZGÜRLÜKTEN YOKSUN BIRAKMAYA KARŞI KORUNMA HAKKI ...	125
Madde 38 (ÇHS) - SİLAHLI ÇATIŞMALARDAN ETKİLENEN ÇOCUKLARIN KORUNMASI.....	126
Madde 39 (ÇHS) - MAĞDUR DURUMDAKİ ÇOCUKLARIN REHABİLİTASYONU	127
I - Mağdur ve Suçtan Zarar Gören Çocuklara Yönelik Usuller	128
ÖNERİ 40: Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay nezdinde yalnızca çocuklarla ilgili davalara bakan daireler kurulmalıdır.	129
II - Çocuk İzlem Merkezleri	129
ÖNERİ 41: Sivil toplum kuruluşlarının (STK) çocuk ceza muhakemesindeki işlevi genişletilmelidir.....	132
Madde 40 (ÇHS) - ÇOCUK ADALET SİSTEMİNİN UYGULANMASI... 132	
A - Çocuk Dostu Adalet Kavramı.....	134
I - Çocuk Adalet Sistemine Giriş	134
ÖNERİ 42: Çocuk vekili veya müdafii olan avukata özel eğitim verilmelidir.	136
ÖNERİ 43: Çocuk ceza hukukunun kendine has özellikleri her zaman dikkate alınmalıdır.	136
II - Suça Sürüklenen Çocukların Diğer Hukuk Dalları ile İlgili Sorunları	136
ÖNERİ 44: Çocuk tesliminde harç ödenmemelidir.	137
B - Koruyucu ve Destekleyici Tedbirler	137
I - Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Türleri.....	137
ÖNERİ 45: Sosyal inceleme raporu (SİR) çocukla ilgili her davada alınmalıdır.	137
1) Danışmanlık Tedbiri	138
2) Eğitim Tedbiri.....	138
3) Bakım Tedbiri	138
4) Sağlık Tedbiri.....	139
5) Barınma Tedbiri	139
6) Veli, vasi, bakım ve gözetimden sorumlu kişiye teslim tedbiri.....	139
7) Tedbirlere hükmedilmesi.	139
ÖNERİ 46: Tüm çocuklar, koruyucu ve destekleyici tedbirlerin kapsamına girmelidir.....	140
ÖNERİ 47: Koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarına UYAP üzerinden erişilebilmesi gereklidir.	140
ÖNERİ 48: Koruma tedbiri muhakemesi için özel bir mahkeme oluşturulmalıdır.	140
II - Diğer Kanunlardaki tedbirler.....	140
1) Medeni Kanun'da öngörülen tedbirler.	140

2) Umumi Hıfzısıhha Kanunu.	141
3) Belediye Kanunu.	141
4) Sosyal Hizmetler Kanunu.	141
5) İcra ve İflas Kanunu.	142
6) İş Kanunu.	143
7) Mesleki Eğitim Kanunu.	143
8) Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Hakkında Kanun.	143
III - Hakkında Tedbir Kararı Uygulanacak Kişiler ve Görevli Mahkeme.	144
1) Talepte bulunma yetkisi.	144
2) Sosyal inceleme yapılması.	144
3) Kararın içeriği.	146
4) Çocuğun ‘denetim altına alınması’.	146
5) Tedbirin kaldırılması veya değiştirilmesi.	146
6) Tedbirin sona ermesi.	146
IV- Korumayı ve destekleyici tedbirler ile ilgili sorunlar.	146
1) Tedbirler konusunda ayrı birim oluşturulması önerisi.	146
2) Aile mahkemeleri ile çocuk mahkemelerinin görev uyumsuzluklarının önlenmesi.	147
<i>ÖNERİ 49: Korumayı ve destekleyici tedbir kararı veren ayrı bir hakimlik makamı oluşturulmalıdır.</i>	147
3) Tedbir Türleri İle İlgili Sorunlar.	147
4) Sosyal Çalışma Görevlisinin Rolü ile İlgili Sorunlar.	149
V - Tedbir Kararı Verilirken Uygulanan Yöntem.	149
1) Uygulamaya İlişkin Tespitler.	149
<i>ÖNERİ 50: Gerekli olan hallerde çocuğa kayyım atanmalıdır.</i>	150
2) Uzmanlarla ilgili tespitler.	150
<i>ÖNERİ 51: Her çocuk belirli bir uzmanın sorumluluğunda olmalıdır.</i>	151
C - Çocuk Ceza Muhakemesinde Soruşturma Evresi.	151
I - Cumhuriyet Savcısı, Kolluk ve Avukat.	151
1) Cumhuriyet Başsavcılığı çocuk bürosu.	151
2) Çocuk Kolluğu.	152
3) Müdafî ve mağdur vekili.	153
II - Çocuk suçları hakkında yapılan araştırma ve soruşturma işlemlerindeki özellikler.	153
1) Özellikler hakkında genel bilgiler.	153
2) İfade alma.	154
<i>ÖNERİ 52: Polisler çocuk hukuku eğitimi verilmelidir.</i>	155
3) Yakalama.	156
4) Gözaltına alma.	157
5) Adli kontrol.	157
6) Tutuklama.	158
III - Suça Sürüklenen Çocuklar Tarafından İşlenen Suçlar.	159
1) Çocuk Muhakemesinde Amaç Suça Sürüklenen Çocuğun Korunmasıdır.	159
2) İştirak hâlinde işlenen suçlar.	160
3) Soruşturmanın Cumhuriyet savcısı tarafından yapılması.	160
4) Mağdur çocuğun ÇİM’de yaşadığı sorunlar.	161
5) Çocuk hakkında zor kullanma (kelepçe takma sorunu).	161
IV - Soruşturma Evresinde Sosyal Çalışma Görevlilerinden Beklenen Hizmet.	162
V - Sosyal İnceleme İle İlgili Sorunlar.	163
VI - Fail ve Mağdurun Yaşının Tespiti.	164

VII - Uzlaşma, Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması	165
1) Uzlaşma	165
ÖNERİ 53: <i>Alternatif uyuşmazlık yöntemleri yaygın bir şekilde uygulanmalıdır.</i> ..	166
2) Kamu davasının açılmasının ertelenmesi	166
ÖNERİ 54: <i>Çocuk ceza muhakemesinde kamu davasının takdiriliği sistemi kabul edilmelidir.</i>	166
3) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması	166
VIII - Soruşturma evresinin sona ermesi	167
1) Kovuşturmaya yer olmadığı kararı	167
2) İddianamenin düzenlenmesi ve kovuşturma evresine geçiş	168
ÖNERİ 55: <i>Sosyal inceleme raporu (SİR) alınmadan iddianame düzenlenmemelidir.</i>	168
3) Soruşturma evresinin sona ermesi (ara soruşturma evresi)	168
Ç - Çocuk Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Evresi	168
I - Çocuk Mahkemeleri	168
II - Duruşma Hazırlığı	169
III - Duruşmadaki Özellikler	169
1) Yargılamanın Çocuklara özgü mahkemede yapılması	169
ÖNERİ 56: <i>Hakimlerin çocuk hukuku konusunda uzmanlaşması sağlanmalıdır.</i> ..	170
2) Duruşmada hazır bulunabilen süjeler	170
ÖNERİ 57: <i>Sisteme katılan süjelerin daha iyi çalışmaları sağlanmalıdır.</i>	170
3) Gizlilik	170
4) Yayın yasağı	171
5) Hakimin takdir yetkisi	172
6) Sosyal Çalışma Görevlisi Bulundurma	172
7) Cumhuriyet Savcının Hazır Bulunması Sorunu	172
IV - Çocuk Mahkemesi Tarafından Verilebilen Hükmedilebilen Yaptırımlar	173
1) Güvenlik Tedbirleri	173
ÖNERİ 58: <i>Çocuk ceza hukukunun tedbir ve güvenlik tedbiri hukuku olduğu unutulmamalıdır.</i>	173
ÖNERİ 59: <i>Çocuğa özgü güvenlik tedbirleri düzenlenmeli ve güvenlik tedbiri muhakemesine ilişkin kurallar belirlenmelidir.</i>	173
2) Cezalar	174
3) Hapis cezasının ertelenmesi	174
4) Onsekiz yaşını doldurmamış olan mahkum hakkındaki kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi	176
5) Denetimli Serbestlik	177
6) Yargılama Giderlerinin Belirlenmesi	179
D - Çocuk hakkında verilen indirimli hapis cezasının infazındaki özellikler.	179
I - Çocuk infaz kurumları	179
1) Çocuk Kapalı Ceza İnfaz Kurumları (CGTİK 11)	180
2) Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumları (CGTİK 12)	180
3) Çocuk Eğitim Evleri	180
II - Özellikler	180
III - Çocuk hükümlüler hakkında uygulanacak disiplin cezaları ve disiplin tedbirleri (CGTİK 45-46)	181
IV - Koşullu salıverilme	181
V - Zamanaşımı ve tekerrür	182

1) Dava zamanaşımı (TCK 66).....	182
2) Ceza zamanaşımı (TCK 68).....	182
3) Çocuklar hakkında uygulanmayan hükümler.....	183
VI - Adli sicil kayıtları.....	183
ÖNERİLERİMİZ	183
ANAYASA İLE İLGİLİ ÖNERİLER	183
ÖNERİ 1: Anayasa'da çocuk tanımının yer alması ve mevzuattaki tanımların yeknesak hale getirilmesi gereklidir.....	183
ÖNERİ 4: Çocuğun yüksek yararı kavramı esas alınarak mevzuatta ek düzenlemeler yapılmalıdır.....	184
MEDENİ HUKUK İLE İLGİLİ ÖNERİLER	184
ÖNERİ 6: MK 449 hükmüne ekleme yapılmalıdır.....	184
ÖNERİ 7: Çocuğun yapacağı bazı hukuki işlemlerde yasal temsilci rızası aranmamalıdır.....	185
ÖNERİ 8: Çocuğun rıza göstereceği işlemler bakımından yeni düzenlemeler gereklidir.....	185
ÖNERİ 9: Çocuğa yönelik bir tıbbi müdahale olarak sünnet ve nesep ilişkileri konusunda tıbbi gelişmeler ışığında değişiklik yapılmalıdır.....	185
ÖNERİ 10: Çocuğun soyadının belirlenmesi açısından değişiklik yapılmalıdır.....	185
ÖNERİ 11: Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ile MK hükümleri arasında bağlantı kurulmalıdır.....	186
ÖNERİ 21: Çocuğa dinini seçme imkanı tanınmalıdır.....	186
ÖNERİ 12: Koruyucu aile veya kuruma yerleştirme ile ilgili düzenlemelerde çocuğun yüksek yararı gözetilmelidir.....	186
ÖNERİ 50: Gerekli olan hallerde çocuğa kayyım atanmalıdır.....	187
ÖNERİ 23: Ortak velayet konusu irdelenmelidir.....	187
ÖNERİ 25: Evlat edinme kolaylaştırılmalıdır.....	187
ÖNERİ 26: Evlat edinme ilişkisinde miras hakkı gözden geçirilmelidir.....	188
İCRA HUKUKU İLE İLGİLİ ÖNERİLER	188
ÖNERİ 13: Çocuğun icra yoluyla tesliminde çocuğu koruyan düzenlemeler yapılmalıdır.....	188
ÖNERİ 44: Çocuk tesliminde harç ödenmemelidir.....	189
ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK İLE İLGİLİ ÖNERİLER.....	189
ÖNERİ 15: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve usul Hukuku Hakkında Kanun'da çocuk odaklı kurallar kabul edilmelidir.....	189
ÖNERİ 14: MÖHUK'a velayet konusunda özel bir düzenleme eklenmesi gereklidir.....	193
ÖNERİ 16: Çocukla ilgili kararların tanınması ve tenfizi dikkatle gerçekleştirilmelidir.....	194
ÖNERİ 17: Çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa, mutlak mesken hukuku uygulanmalıdır.....	195
ÖNERİ 18: Türk ve Rus vatandaşlarının evliliklerinde çift vatandaşlı çocuklar açısından yaşanan sorunlar giderilmelidir.....	195
İŞ HUKUKU İLE İLGİLİ ÖNERİLER	195
ÖNERİ 22: Çocukların sendikaya üye olma hakkı genişletilmelidir.....	196
ÖNERİ 28: Sosyal güvenlik ödemeleri yükseltilmelidir.....	196
ÖNERİ 29: Zorunlu eğitim yaşı ile istihdama başlama yaşı arasında uyum sağlanmalıdır.....	196

ÖNERİ 31: Genç işçiler için yapılan sağlık denetimleri artırılmalı ve tehlikeli ve çok tehlikeli işlerde gençlerin çalıştırılmayacağı hususu açıkça ve kanun tarafından güvence altına alınmalıdır.	197
ÖNERİ 32: Sosyal sigortalılık süresi açısından çocuğun çalışması nazara alınmalıdır.	197
ÖNERİ 34: İşverene yönelik tazminat yanında özel hukuk cezasının öngörülmesi ve bu miktarların çocuk lehine güvence altına alınması düşünülmelidir.	197
ÖNERİ 30: Çocuk ve genç işçi kategorilerinin yeniden düzenlenmesi gereklidir.	198
ÖNERİ 33: Tarımda çalışan çocuklara özel düzenleme yapılmalıdır.	198
KORUYUCU VE DESTEKLEYİCİ TEDBİRLER UYGULANMASI İLE İLGİLİ ÖNERİLER.....	198
ÖNERİ 49: Koruyucu ve destekleyici tedbir kararı veren ayrı bir hakimlik makamı oluşturulmalıdır.	198
ÖNERİ 46: Tüm çocuklar, koruyucu ve destekleyici tedbirlerin kapsamına girmelidir.	199
ÖNERİ 47: Koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarına UYAP üzerinden erişilebilmesi gereklidir.	199
ÖNERİ 52: Polislere çocuk hukuku eğitimi verilmelidir.	199
ÇOCUK CEZA HUKUKUNA İLİŞKİN ÖNERİLER	200
ÖNERİ 43: Çocuk ceza hukukunun kendine has özellikleri her zaman dikkate alınmalıdır.	200
ÖNERİ 2: Mevzuatın uyumlu ve yeknesak hale getirilmesi, tanım açısından birlik sağlanması gereklidir.	200
ÖNERİ 3: Ceza sorumluluğunun aksi ispat edilemeyen kanuni karinelere bağlanması yerinde değildir, bunun değiştirilmesi gerekir.	201
ÖNERİ 39: Çocuk fuhşunda, müşteri konumundaki kişiler de cezalandırılmalıdır.	201
ÖNERİ 24: Çocukla ilgili tüm işlemlerin hızlandırılması gereklidir.	202
ÖNERİ 20: Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi 'nin çocuklarla ilgili davalara ilişkin hükümlerinin iç hukuka aktarılması gerekmektedir.	202
ÖNERİ 19: Çocuğun görüşünün alınması kavramı geniş yorumlanmalıdır.	204
ÇOCUK CEZA MUHAKEMESİNE İLİŞKİN ÖNERİLER	204
ÖNERİ 48: Koruma tedbiri muhakemesi için özel bir mahkeme oluşturulmalıdır.	204
ÖNERİ 45: Sosyal inceleme raporu (SİR) çocukla ilgili her davada alınmalıdır.	204
ÖNERİ 54: Çocuk ceza muhakemesinde kamu davasının takdiriliği sistemi kabul edilmelidir.	205
ÖNERİ 53: Alternatif uyuşmazlık yöntemleri yaygın bir şekilde uygulanmalıdır.	205
ÖNERİ 41: Sivil toplum kuruluşlarının (STK) çocuk ceza muhakemesindeki işlevi genişletilmelidir.	206
ÖNERİ 55: Sosyal inceleme raporu (SİR) alınmadan iddianame düzenlenmemelidir.	207
ÖNERİ 42: Çocuk vekili veya müdafii olan avukata özel eğitim verilmelidir.	207
ÖNERİ 56: Hakimlerin çocuk hukuku konusunda uzmanlaşması sağlanmalıdır.	207
ÖNERİ 51: Her çocuk belirli bir uzmanın sorumluluğunda olmalıdır.	207
ÖNERİ 57: Sisteme katılan sùjelerin daha iyi çalışmaları sağlanmalıdır.	207
ÖNERİ 40: Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay nezdinde yalnızca çocuklarla ilgili davalara bakan daireler kurulmalıdır.	208

ÇOCUKLAR HAKKINDA UYGULANAN YAPTIRIMLARA İLİŞKİN ÖNERİLER.....	208
<i>ÖNERİ 58: Çocuk ceza hukukunun tedbir ve güvenlik tedbiri hukuku olduğu unutulmamalıdır.</i>	<i>208</i>
<i>ÖNERİ 59: Çocuğa özgü güvenlik tedbirleri düzenlenmeli ve güvenlik tedbiri muhakemesine ilişkin kurallar belirlenmelidir.</i>	<i>209</i>
<i>ÖNERİ 38: Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan hükümlü olan çocuklar hakkında sağlık tedbiri uygulanması düşünülmelidir.</i>	<i>210</i>
STRATEJİ BELİRLEME VE KURUMLAR ARASI KOORDİNASYONA İLİŞKİN ÖNERİLER	210
<i>ÖNERİ 27: Risk analizleri yapılmalıdır.</i>	<i>210</i>
<i>ÖNERİ 5: Çocuk adalet sistemi stratejisi geliştirilmelidir.</i>	<i>210</i>
<i>ÖNERİ 35: Çocuk ceza adalet sisteminin aktörleri arasında koordinasyon sağlanmalıdır.</i>	<i>211</i>
<i>ÖNERİ 36: Çocuk ile ilgili bir üst kurul oluşturulması düşünülmelidir.</i>	<i>211</i>
<i>ÖNERİ 37: Çocuk ombudsmanlığı kurulmalıdır.</i>	<i>212</i>
Kaynakça	213
Kavram Endeksi	215

Kısaltmalar

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ASPB	: Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BasK	: Basın Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGTİK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	: Ceza Muhkemesi Kanunu
ÇAS	: Çocuk adalet sistemi
ÇHS	: Çocuk Hakları Sözleşmesi
ÇİM	: Çocuk İzlem Merkezi
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
DSHK	: Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu
DSHY	: Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği
E.	: Esas
EGM	: Emniyet Genel Müdürlüğü
ILO	: International Labour Organisation (Uluslararası Çalışma Örgütü)
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İşK	: İş Kanunu
K.	: Karar
KDT	: Koruyucu ve destekleyici tedbirler
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: madde
MK	: Medeni Kanun
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
S.	: sayılı
s.	: sayfa

SİR	: Sosyal İnceleme Raporu
sK	: sayılı kanun
STK	: Sivil Toplum Kuruluşu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Terörle Mücadele Kanunu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
YUKK	: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kenan İpek'in Önsözü

Ülkemiz çocuk adalet sistemi ile ilgili mevzuatın güncel ihtiyaçlar doğrultusunda revize edilmesi neticesinde 2005 yılında yürürlüğe giren 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ve ilgili yönetmelikler Türkiye’de çocuk adalet sisteminde köklü bir değişiklik yaşanmasına, koruma perspektifini de içeren çocuğa özgü bir adalet sisteminin oluşturulabilmesi için gereken mevzuat temelini atılmasına imkan sağlamıştır.

Bu temel mevzuat çerçevesinde birçok ilde çocuk mahkemeleri, çocuk ağır ceza mahkemeleri açılmış, çocuk suçlarından sorumlu Cumhuriyet savcıları görevlendirilmiş ve mahkemelere atanan sosyal çalışma görevlileri sayesinde sosyal çalışmanın adalet sistemi içerisindeki işlevselliği artırılmıştır. Ancak yapılan analiz ve ihtiyaç tespitine yönelik çalışmalar, Ülkemizde çocuk adalet sistemine yönelik bütüncül bir yönetim, politika yapım ve izleme sistemine ihtiyaç olduğuna işaret etmektedir.

Bu çerçevede, Bakanlığımızca hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca kabul edilen “Yargı Reformu Stratejisi” ve 2015-2019 yıllarına yönelik “Adalet Bakanlığı Stratejik Planı” nda; çocuk adalet sisteminin güçlendirilmesi, çocuklara yönelik adli süreçlerin yeniden yapılandırılması, adalet sisteminde çocuğun etkin korunması için gerekli önlemlerin alınması, kurumlararası işbirliğinin güçlendirilmesi ve çocuğa yönelik uygulamaların onarıcı adalet sistemi çerçevesinde geliştirilmesi gibi hedeflere yer verilerek, bu alandaki ihtiyacın önümüzdeki yıllarda stratejik bir yaklaşımla karşılanması amaçlanmıştır. Bu bağlamda öngörülen stratejiler arasında “Çocukla ilgili ceza ve özel hukuk mevzuatının uluslararası standartlara uygun şekilde yeniden düzenlenmesi” ve “Bakanlık bünyesinde çocuk adalet sistemine ilişkin çalışmaları yürütecek bir birim oluşturulması” hedeflerine de yer verilmiştir.

Bakanlığımız Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Mağdur Hakları Dairesi Başkanlığı’nın kordinesinde, bahsi geçen stratejik hedeflere temel olması ve gerekli reformların hayata geçirilmesi için bir dizi faaliyet planlanmıştır. Bu faaliyetlerin ilk adımı çocuk adaletine ilişkin mevzuatın farklı boyutlarıyla gözden geçirilmesi ve çocuk adalet sisteminin yönetimine yönelik karşılaştırmalı bir öneriler dizisi geliştirilmesidir. Bu kapsamda çocuk mevzuatının analizinin yapılması için Prof.Dr.Feridun YENİSEY başkanlığında akademisyen ekip ile sözleşme imzalanmış, akabinde UNICEF işbirliği ile “Çocuk Adaletinde Yeni Arayışlar: Mevzuat ve

Yönetim Çalıştayı” düzenlenmiştir. Böylelikle mevcut durum, ihtiyaçlar ve öneriler uygulamacılarla değerlendirilerek, katılımcı bir yöntemle bu analize katkı sunulması sağlanmıştır.

Tüm bu çalışmalar neticesinde akademisyen ekip tarafından çocuk mevzuatının analizine dair hazırlanan bu çalışmanın Ülkemiz çocuk adaleti sistemine önemli katkılar sağlamasını temenni ederim.

Kenan İPEK

Müsteşar

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu'nun Önsözü

Çocuklar insanlığın geleceğini belirleyecek en önemli etkenlerden biri olup, fikren ve fiziken sağlıklı çocukların varlığı güvenli ve sağlam bir geleceğin teminatıdır. Çocuk Adalet Sisteminin sağlıklı, uyumlu bir şekilde işlemesi, çocuk suçluluğu ile mücadelenin en önemli koşuludur.

Nitekim Uluslararası Çocuk Hakları Sözleşmesinde, çocukların yaşama hakları, eksiksiz bir biçimde gelişme hakkı, zararlı etkilerden istismar ve sömürüden korunma hakkı, aile, kültür ve sosyal yaşama eksiksiz katılma hakları teminat altına alınmaktadır. Ulusal mevzuatında Çocuk Hakları Sözleşmesinin gereklerine uygun olması, mevzuatın uygun olmasının ötesinde fiilen uygulanabilir olması gerekir. Öte yandan mevzuatın çocukların fiillerini, yaşamlarını ve işledikleri suçları bir bütün içerisinde değerlendirerek, çocuklarla ilgili önlemleri alacak hatta yaşamı kolaylaştıracak, onların önünü açacak ve onların yetişmesini sağlayacak, topluma kazandıracak özel bir düzenleme olması gerekir.

Çocukların suçun mağduru olmaları, çocukların suçta kullanılmaları kabul edilemezdir. Bu gerçekler çocuğun yeterince korunmadığını ve ona sahip çıkılmadığını gösterir.

Bu çalışmada Yargı Reformu Stratejisine uygun bir şekilde, çocuk adalet sisteminin güçlendirilmesi, çocuklara yönelik adli süreçlerin yeniden yapılandırılması, adalet sisteminde çocuğun etkin korunması için gerekli önlemlerin alınması, kurumlararası işbirliğinin güçlendirilmesi ve çocuğa yönelik uygulamaların onarıcı adalet sistemi çerçevesinde geliştirilmesi gibi hedeflere ulaşmayı sağlayacak öneriler getirilmektedir.

Mevzuatın gözden geçirilmesi ve öneriler sunulması konusunda Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Mağdur Hakları Daire Başkanlığı, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof.Dr. Feridun Yenisey Başkanlığında kurulan ekibe görev vermiş ve bu ekip yaptığı çalışmalarla çocuk adalet sistemini gözden geçirmiş ve öneriler sunmuştur.

Sunulan önerilerin Çocuk Adalet Sistemi açısından faydalı olmasını diler, bu eserin meydana gelmesinde emeği geçenlere teşekkür ederim.

Prof.Dr. Ayşe Nuhoglu
Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Feridun Yenisey'in Sunuş Yazısı

Türk adalet sisteminde çocuklar ve çocuğun mağdur olduğu hallere ilişkin dağınık ve serpiştirilmiş halde bir çok hüküm mevcuttur. Çocuğu koruyan mevzuat birçok kurum ve kuruluşa görev ve yetkiler vermekte, fakat bunlar arasında bir koordinasyon zor sağlanmaktadır. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Mağdur Hakları Daire Başkanlığı, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne mukayeseli hukuku ve Türk çocuk adalet sistemini oluşturan mevzuatı tarayarak mağdur haklarını ve özellikle de mağdur çocuğun haklarını güçlendiren bir bilimsel araştırma yapma görevi verdi. Bu kapsamda, Prof. Dr. Feridun Yenisey danışmanlığında, Doç. Dr. Aslı Makaracı Başak, Yard. Doç. Dr. Mehmet Sinan Altunç, Ar. Gör. Gülen Sinem Tek ve doktora öğrencisi Gözde Kaçmaz'ın katılımı ile oluşturulan bilim kurulu çeşitli toplantılar yapıp bakanlık nezdinde gerçekleştirilen toplantılara katılmıştır.

Bu toplantılardan ilki, 1-3 Mart 2016 tarihleri arasında Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü ve Mağdur Hakları Daire Başkanlığı, İngiltere'nin Ankara Büyükelçiliği ve UNICEF iş birliği ile Mersin'de düzenlenen "Çocuk Adaletinde Yeni Arayışlar, Mevzuat ve Yönetim Çalıştayı" olmuştur. Bu çalıştayda katılımcıların sunumlarının akabinde, oluşturulan gruplar yaptıkları istişareler ile sorunların belirlenmesi ve çözüm önerilerinin ortaya konulmasına gayret etmiştir.

İkinci büyük toplantı, 13-15 Nisan 2016 tarihleri arasında, Yargıtay Başkanlığı ile Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın işbirliğiyle Ankara'da düzenlenen "Türk Hukuk Sisteminde Aile, Çocuk ve Kadın Çalıştayı" olmuştur. Bu çalıştayda da açılış konuşmaları ardından, 25'er kişilik toplam 4 grup oluşturulmuş olup grupların ana konuları; aile hukuku, çocuk koruma sistemi, adalet sisteminde çocuk, ailenin korunması ve kadına karşı şiddetin önlenmesi şeklinde belirlenmiştir. Konularına göre her grupta Adalet Bakanlığı birim temsilcileri; çocuk ve aile hâkimleri, çocuk bürolarında görevli Cumhuriyet savcıları, infaz savcıları, çocuk mahkemelerinde görevli pedegog, sosyal çalışmacı gibi görevliler ile diğer kurum ve kuruluşlardan temsilciler görev almıştır.

Bu çalıştaylar dışında Bahçeşehir Üniversitesi ekibi olarak, konunun en kapsamlı ve özenli şekilde ele alınması arzusuyla çok sayıda çalışma toplantısı düzenlenmiştir. Bu toplantıların ilki 12 Şubat 2016 tarihinde gerçekleştirilmiştir. Tüm proje ekibinin katıldığı bu ilk toplantıda, çalışmada uygulanacak yöntemler ve esas alınacak ilkeler

belirlenmiştir. Çocuk adalet sisteminin bir bütün olarak görülmesi gerektiği, çocuk ile ilgili tüm mevzuat biraraya getirilirken özellikle ceza sorumluluğu ve hukuki sorumluluk üzerinde durulmasının önemi, çocuk adalet sistemiyle ilgili kurumların genel sistem yapısı içindeki yerinin belirlenerek disiplinler arası bakış açısıyla mevzuattaki eksikliklerin belirleneceği ve İngiltere, Almanya, Fransa ve İsviçre gibi ülkeler ile mukayese yapılacağı kabul edilmiştir.

Daha sonraki toplantıya katılan İstanbul'da görevli bir asliye hukuk mahkemesi hakimi tarafından uygulamada yaşanan sorunlara değinilmiştir. Özellikle boşanma davalarında gündeme gelen velayete ilişkin sorunlar, dava süresinin uzun sürmesinin çocuk üzerindeki olumsuz etkileri, mümkün ve gerekli olduğu ölçüde çocuğun da dinlenerek görüşlerinin dikkate alınması ihtiyacı gibi konuların önemine dikkat çekilmiş ve çalışmaya ilişkin konu başlıkları seçilirken bu hususlara dikkat edilmiştir.

Başka bir toplantıda çocuğun ceza hukuku ve özellikle de kolluk ile olan ilişkilerini incelemek üzere bir emniyet müdürü davet edilmiştir. Bu toplantıda kendisi tarafından özetle, EGM nezdinde çocuk şube müdürlüklerinin kurulmasının önemli bir adım olduğu, ancak bu yapılanma içinde özel eğitim almış personel sıkıntısı bulunduğu belirtilip bu niteliklere sahip kişilerin yetiştirildikten sonra yerlerinin değiştirilmemesi gerektiği ifade edilmiştir.

16 Mart 2016 tarihli toplantıda ise BAU Hukuk Fakültesi öğretim üyeleri Yard. Doç. Dr. Burcu Savaş ve Ar. Gör. Şebnem Kılıç tarafından çocuk işçiliği konusunda bir sunum yapılmıştır. Özellikle tanımlar açısından sorunlu hususlar olduğuna değinilerek çocuk işçilerin yaşadıkları sıkıntılar ve bunlara ilişkin mevzuatta yapılması gereken düzenlemeler aktarılmıştır.

Tüm çalıştay ve toplantılarda görüşülen konular esas alınarak, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve tüm ilgili mevzuat başta olmak üzere mukayeseli hukuktaki örnekleri incelendi ve aşağıda sunulmakta olan raporu hazırlandı. Raporun medeni hukuk kısmı Doç. Dr. Aslı Makaracı Başak ve Ar. Gör. Gülen Sinem Tek, milletlerarası hukuka ilişkin bölümleri Yrd. Doç. Dr. Burak Huysal, iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin bölümleri Yrd. Doç. Dr. F. Burcu Savaş Kutsal ve Ar. Gör. Şebnem Kılıç tarafından gözden geçirildi. Ceza hukukuna ilişkin kısımlar ise Prof. Dr. Feridun Yenisey, Yrd. Doç. Dr. Sinan Altunç tarafından okunarak son şekli verildi. Anayasa Mahkemesi'nin yeni tarihli içtihatları da dahil edilip iç hukuk ve mukayeseli hukuktaki tüm gelişmelere yer verilerek Ocak 2017 itibarıyla görüşler hazır hale getirildi.

Bu çalışma yapılırken Ceza Muhakemesi Kanunu, Türk Ceza Kanunu, Çocuk Koruma Kanunu, Terörle Mücadele Kanunu, Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve diğer değişik kanunlarda yer alan düzenlemelerle birlikte, konunun müstakil bir kanunda ele alınması maksadıyla ve Avrupa Birliği uyum süreci kapsamında 2008 yılında hazırlanan ve maalesef daha sonra kadük hale gelen Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısından¹ yararlanılmıştır.

Mağdur hakları konusunda özellikle Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Mağdur Hakları Daire Başkanlığı tarafından çalışmalar yapılmaktadır. Bu bağlamda UNICEF'in teknik desteği ile Çocuk Koruma Hizmetlerinde Koordinasyon Strateji Belgesi² düzenlenmiştir.

Ülkemizde uygulanabilir bir çocuk adalet sistemi önermek açısından mevcut durumu ortaya koyan ve sorunları tespit eden yukarıdaki belgelerden de yararlanılarak, çalışmanın en sonunda sunduğumuz çözüm önerileri hazırlanmaya çalışılmıştır.

Mağdurun bir çocuk olduğu hallerde yetişkin bireylere nazaran günümüz ve gelecek için çok daha ağır sonuçlar meydana geldiğinden, çocuk mağduriyeti ayrı bir önem taşımaktadır. Çalışmamız da çocuk hukukuna ilişkin olduğundan özellikle bu husus üzerinde durulacaktır. Çocuk hakları açısından uluslararası alandaki temel belge olan ve Türkiye tarafından 1990 yılında imzalanan BM Çocuk Hakları Sözleşmesi 39'ncü maddesinde mağdur çocukları, 40'nci maddesinde ise suça sürüklenen çocukları düzenlemektedir. Ancak unutulmamalıdır ki suça sürüklenen çocuklar da aslında mağdurdur ve bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Bu anlayış doğrultusunda çalışmamızda Türk hukukunda çocuklara ilişkin tüm düzenlemeler gözden geçirilerek sistemin aksaklık yaşanan noktaları tespit edilmiş ve çözüm konusunda öneriler ileri sürülmüştür. Çocuk Hakları Sözleşmesi tarafından yapılmış bulunan tasnife dayanan bu raporun sonunda tüm öneriler sistematik bir şekilde tekrar özetlenmiştir.

Adalet Bakanlığı Mağdur Hakları Daire Başkanlığı ile Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi arasında imzalanan protokole dayanarak yapılan ödemesinin tarafımızca 15 Temmuz Şehitleri Dayanışma Kampanyası'na bağışlandığı bu çalışma

¹ <http://www.bursabarosu.org.tr/paylasim/File/dosyalar/2009/sucmagdur.pdf>

² [http://cocukhizmetleri.aile.gov.tr/data/558275b7369dc544742aae8f/KSB%20\(26.02.2014\)%20\(2\).pdf](http://cocukhizmetleri.aile.gov.tr/data/558275b7369dc544742aae8f/KSB%20(26.02.2014)%20(2).pdf)

kapsamında hazırlanan önerilerin çocuk haklarına ilişkin mevzuat düzenlenirken dikkate alınması ve bu şekilde yararlı olması umudu ile, çalışmaya katkıda bulunan kişi ve destekleyen kuruluşlara teşekkürlerimle...

Danışman Prof. Dr. Feridun Yenisey

Madde 1 (ÇHS) - ÇOCUK TANIMI

Madde 1 - Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.

A-Terminoloji Problemi

Çocuk tanımı bakımından farklı branşlar açısından kavramlar örtüşmemektedir. Pedagojide, 18 yaşına kadar bireylere çocuk; 21 yaşına kadar ise ergen denilir.

11-12 yaş ön erinlik dönemi, 12-21 yaş ise ergenlik dönemi olarak karşımıza çıkar. 18 yaşını doldurmuş bir birey artık çocuk olmasa da, kendisini başkalarına beğendirme ihtiyacı söz konusu olduğundan ergen olarak nitelendirilir.

Pedagoglara göre 21 yaşın doldurulması ile erginlik sağlanmaktadır. Oysa Medeni Kanun çerçevesinde, küçük olmayan bireyler ergindir (MK 11 ve 12). Erginlik, kural olarak 18 yaşın doldurulması ile kazanılır. İstisnai hallerde mahkeme kararı ile 15 yaşında ya da evlilik yoluyla 17 (çok nadir de 16) yaşında erginlik kazanılabilir.

Çocuk Hakları Sözleşmesi ise, 18 yaşına kadar her insanı çocuk sayar.

Mevzuatımızda, çocuk ve küçük kavramlarının bazı hallerde birbiri yerine, bazı hallerde ise farklı anlama gelecek şekilde kullanıldığı görülmektedir. Ne var ki bu iki kavram, aslında örtüşmez. “Küçük” kavramı, MK 11 çerçevesinde ergin olmamayı karşılar.

İş Kanunu’nun 71. maddesi ise, çocukların çalıştırılması bakımından yaş sınırlamaları koymuş, çocuk işçi ve genç işçi ayırımı yapmış, 15-18 yaş arasına genç işçi adını vermiştir.

Türk Ceza Kanunu “yaş küçüklüğü”nü düzenleyen 31. maddesi sorumluluk açısından 0-12, 12-15 ve 15-18 şeklinde yaş grupları belirlenmiştir. Bu husus aşağıda ilgili kısımda açıklanacaktır.

Yabancı uyruklu bireylerde ise kişinin çocuk olup olmadığı, 5718 sayılı MÖHUK’un 9. maddesi uyarınca ilgilinin vatandaşı olduğu ülke hukukuna göre belirlenecektir. Bu bağlamda bazı ülkelerde erginlik yaşı 16 iken bazı ülkelerde bu yaş 21’e kadar çıkabilmektedir. Çocukların korunmasına dair Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde ise çocuk tanımının özel olarak belirlenebildiği görülmektedir. Örneğin, Türkiye’nin taraf olduğu, Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin

Avrupa Anlaşması ile Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair La Haye Anlaşmasında; çocuk, 16 yaşını doldurmamış kişiler şeklinde tanımlanmaktadır.

ÖNERİ 1: Anayasa’da çocuk tanımının yer alması ve mevzuattaki tanımların yeknesak hale getirilmesi gereklidir.

ÖNERİ 2: Mevzuatın uyumlu ve yeknesak hale getirilmesi, tanım açısından birlik sağlanması gereklidir.

B - Çocuğun Soyutlama Yeteneği, Ayırt Etme Gücü, Hak Ehliyeti ve Fiil Ehliyeti

I - Soyutlama Yeteneği

Çocuğun soyutlama yeteneği ile ayırt etme gücü arasında fark vardır. Soyutlama yeteneği, uygulamada yapılan bir ayırım olup, tıbben 7 yaş ile soyutlama sürecinin başlayacağı ileri sürülmektedir. Soyutlama yaşı, bir çocuğun, olayları, kavramları ve nesneleri anlama, kavrama ve onlarla iletişim kurma yaşıdır.

II - Ayırt Etme Gücü

Medeni Hukuk bakımından ayırt etme gücü, somut olay bakımından akla uygun davranabilmek yeteneğini ifade eder. Ayırt etme gücü, bir yandan davranışın sebep ve sonuçlarını doğru olarak kavramayı (MK 13; TCK 31/2), diğer yandan da bu davranışa uygun hareket etmeyi gerektirir (MK 13; TCK 31/2).

III - Hak Ehliyeti ve Fiil Ehliyeti

Hak ehliyeti kavramı (MK m. 8) ile fiil ehliyeti kavramları arasında fark vardır. Hak ehliyeti olmayan kişilerin fiil ehliyeti de bulunmaz. Yaş unsuru bu çerçevede önem taşır. Vasiyetname yapmak için 15 yaş; evlenmek için 17 yaş; miras sözleşmesi yapmak, dinini serbestçe seçmek, vasi olmak, vakıf kurmak, kefil olmak, önemli bağışlamada bulunmak ve dernek kurmak için 18 yaş; evlat edinmek için 30 yaş öngörülmüştür.

Fiil ehliyeti, kişinin iradi davranışı ile hukuki sonuç meydana getirebilmesini; kendi fiilleri ile hak sahibi olabilmesi ve borç altına girebilmesini ifade eder. MK 9

uyarınca, fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir; MK 10'a göre, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır. Erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar. Evlenme kişiyi ergin kılar (MK 11). Onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir (MK 12).

IV- Çocuğu Koruyan Suç Tipleri

Ceza Hukuku açısından hak ehliyeti kavramı yaşama hakkı bakımından önem kazanır. Sağ olarak doğan çocuğun, insan hakkı olan yaşama hakkına sahip olduğu düşünülür. Bunun dışında, çocuk düşürme ve düşürtme bakımından doğacak olan çocuğun korunması da söz konusudur. Diğer haklar bakımından, çocuğun hak ehliyetine ceza hukuku açısından özel bir önem verilmemektedir. Ceza Hukukunda kişi doğumdan itibaren ceza hukukunun koruması altındadır. Elbette TCK'da yer alan bazı hukuka aykırı fiillerin çocuklara karşı işlenmesi durumunda, bu fiillerin bağımsız bir suç tipi oluşturması veya bir suçun nitelikli halini oluşturmaktadır (TCK82/1-e).

Çocuklarla ilgili özel düzenlemeler yapan maddeler şunlardır; TCK'da; soykırım (TCK76), insanlığa karşı suçlar(TCK 77), insan üzerinde deney suçu (TCK 90), işkence (TCK 94), eziyet (TCK 96), çocukların cinsel istismarı(TCK 103), reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK 104), cinsel taciz (TCK 105), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK 109), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK 188), sağlık için tehlikeli madde temini (TCK 194), müstehcenlik (TCK 226), fuhuş (TCK 227), kumar oynanması için yer ve imkan sağlama (TCK 228), dilencilik (TCK 229), çocuğun soybağını değiştirme (TCK 231), aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali (TCK 233), çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (TCK 234), suçu bildirmeme (TCK 278).

Bu suç tiplerinden bazıları, aşağıda ilgili bahislerde ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

C - Çocuğun Hukuki ve Cezai Sorumluluğu

I - Çocuğun Hukuki Sorumluluğu

Çocuğun hukuki sorumluluğu denildiğinde akla iki farklı sorumluluk türü gelmektedir: sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu. Çocuğun sözleşmesel sorumluluğunun borçlar hukuku alanına giren ve benzer hallerden farklı özellik arz etmeyen bir sorumluluk olması sebebi ile, aşağıda haksız fiil sorumluluğu açıklanacaktır.

Çocuğun haksız fiilinden sorumluluğu bahsinde, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına göre bir ayırım yapılmalıdır. Ayırt etme gücü olmayan tam ehliyetsiz çocuk, haksız fiillerinden dolayı kural olarak sorumlu tutulmaz. İstisnaen, kusursuz sorumluluk aranan hallerde, ayırt etme gücü bulunmayan çocuk haksız fiilinden sorumlu tutulur. Özellikle TBK 65 gereği, hakkaniyet gerektiriyor ise, tam ehliyetsiz çocuk haksız fiilinden sorumlu olacaktır.

Ayırt etme gücü bulunan çocuk, haksız fiilinden sorumludur. Ne var ki olayların çoğunda, çocuğun bir malvarlığı bulunmadığı için, zarar gören tazminat alamayacaktır. Bu gibi zararların tazmin edilebilmesi için, çocuğun fiillerinden ötürü velisinin sorumluluğu da özel olarak düzenlenmiştir. Velayet hakkı sahibi anne-babanın, velayetten kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı davranışları kusur sorumluluklarını doğurmaktadır. Bununla birlikte, anne-babadan daha geniş bir kavram olarak, okul müdürü, çırak olarak çalışan çocuğun ustası gibi çocuğun otoritesi altında bulunduğu ve “ev başkanı” olarak nitelenen birtakım kişilerin de çocuğun kendi otoriteleri altında iken başkalarına verdikleri zarardan, kusursuz olarak, sorumlu tutulmuşlardır.

Ev başkanının, küçüğün verdiği zararlardan dolayı kusursuz sorumluluğu bulunur (MK 369). Objektif özen yükümlülüğüne dayanan bu sorumluluktan, kurtuluş kanıtı getirmek sureti ile kurtulma imkanı vardır.

Ev başkanının sorumluluğundan farklı olarak, uygulamada davaların çocuğu velayeten, doğrudan anne ve babaya karşı açıldığı ve kararın anne ve baba aleyhine verildiği görülmektedir.

Görüldüğü gibi, çocuğun hukuki sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler, ihtiyaçlara cevap vermektedir.

II - Çocuğun Cezai Sorumluluğu

Türk Ceza Kanunu 31. madde yaş küçüklüğünü 3 döneme ayırmaktadır. İlk dönem 12 yaşını doldurmamış olan küçükleri kapsar. Bu dönemdeki çocukların ceza sorumluluğu yoktur; ancak haklarında çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

İkinci dönem dediğimiz, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da henüz onbeş yaşını doldurmamış olanlar bakımından ise ikili ayırım yapılmaktadır. Eğer bu yaş aralığındaki çocuğun, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş

olması halinde ceza sorumluluğu yoktur; ancak bu çocuklara, çocuklara özgü güvenlik tedbiri uygulanır.

Eğer çocuk işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabiliyorsa ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği varsa ceza sorumluluğu kabul edilmekle beraber, cezalarında indirim yapılmaktadır. Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da henüz onsekiz yaşını doldurmamış olanlar bakımından, ceza sorumluluğunun var olduğu ve fakat yine cezada indirim öngörüldüğünü belirtmek gerekir.

Anayasa 38/7 ve TCK 20/1'e göre "ceza sorumluluğu şahsîdir." Kimse bir başkasının işlediği suçtan dolayı ceza hukuku bakımından sorumlu tutulamaz. Bu nedenle özel hukuktan farklı olarak eğer suç teşkil eden fiil ceza sorumluluğu olmayan bir çocuk tarafından işlenmişse, bu fiille ilgili üçüncü kişilerin ceza sorumluluğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Fakat çocuk tarafından işlenen suç açısından başka bir kimsenin taksir düzeyinde dahi olsa sorumluluğu varsa bu kişi cezalandırılacaktır.

Bu noktada dikkat çekilmesi gereken bir başka husus, dolaylı failliktir. TCK 37/2'de düzenlenen dolaylı faillik müessesesi, suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişinin de fail olarak sorumlu tutulmasından bahsetmektedir. Bu anlamda, bir başkasının fiili üzerinde hakimiyet kuran ve o kişiyi araç olarak kullanan kişinin, suçun asıl faili olduğu belirtilmektedir. Bunun sonucu olarak dolaylı fail olarak adlandırılan kişi sorumlu olacak ancak araç olarak kullanılan kişinin ise işlenen fiilden ötürü sorumluluğu olmayacaktır. TCK 37/2'de ayrıca kusur yeteneği olmayanların araç olarak kullanılmasından da bahsedilmektedir. Bilindiği üzere belli dönemdeki çocukların kusur yetenekleri yoktur. Bu nedenle çocukların suçta araç olarak kullanılmaları durumunda, doğrudan doğruya fiili işleyen değil, bu fiili çocuğa işleten kişinin sorumlu tutulması gerekecektir.

ÖNERİ 3: Ceza sorumluluğunun aksi ispat edilemeyen kanuni karinelere bağlanması yerinde değildir, bunun değiştirilmesi gerekir.

Madde 2 (ÇHS) - AYRIM GÖZETMEME İLKESİ

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, siyasi ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin tanırlar ve taahhüt ederler.

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

Ayrım gözetmeme ilkesi, tüm çocukların eşit haklara sahip olmalarını ifade eder. Çocuklar arasında ırk, dil, din farkı bulunduğu için ayırım yapılmaması gerekir. Sözleşmede ayrıca ayrımcılığın önlenmesini hedefleyen başka maddeler de bulunmaktadır.

A - Ayrım Gözetmeme Konusundaki Avrupa Standartları

Avrupa Konseyi'nin ayrımcılık karşıtı uygulamalarına baktığımızda, çocuklara karşı ayrımcılığın grup halinde veya bireysel olarak, milliyet, etnik veya sosyal aidiyet, cinsiyet, dil, din, engellilik, cinsel eğilim gibi farklı temellerde gerçekleştiğine dikkat çekilmektedir. Bunun yanı sıra, üç grup hakkında ayrıca çalışmalar yapıldığı görülmektedir. Bunlar engelli çocuklar, LGBT çocuklar ve roman çocuklardır.

Engelli çocuklar bakımından Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin CM/Rec (2013) 2 sayılı Çocukların ve Gençlerin Topluma Dahil Edilmesine Dair Tavsiye Kararı, CM/Rec (2012) 2 sayılı Engelli Çocukların Kurumlardan Çıkarılması ve Toplumda Yaşamalarına Dair Tavsiye Kararı ve CM/Rec (2009) 9 sayılı Otizm Spektrumlu Çocukların ve Gençlerin Eğitimi ve Toplumsal Açından Dahil Edilmesine Dair Tavsiye Kararı dikkat çekicidir.

LGBT çocuklar da Avrupa Konseyi tarafından insan hakları ihlallerine karşı hassas kabul edilmektedir. Bu çocuklar sık sık ayrımcılık, zorbalık ve şiddet mağduru olmaktadır. Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 2. maddesi, cinsel eğilimi ne olursa olsun, tüm cinsel şiddet mağdurlarının ayırımı tabi tutulmaksızın Sözleşme'nin korumasından yararlanmaları

gerektiğini vurgulamaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin CM/Rec(2010)5 sayılı Cinsel Eğilim veya Cinsel Kimliğe Dayalı Ayrımcılıkla Mücadele İçin Tedbirlere Dair Tavsiye Kararı devletlere mevcut mevzuatlarını gözden geçirmeleri, bu yönde ayrımcılığa ilişkin kurallarını düzeltmeleri çağrısında bulunmaktadır.

Roman çocuklar, en fazla ayrımcılığa maruz kalan topluluklardan birinin mensuplarıdır. Avrupa Konseyi Romanların topluma dahil edilmesi için çok sayıda çalışma yapmaktadır. Bu çalışmalardan biri de Roman Gençlik Eylem Planı'dır. Bu eylem planı genç Romanların toplumdaki karar alma mekanizmasına tam katılımının desteklenmesini amaçlamaktadır. Bu hususta dikkat çeken belgelerden biri Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin CM/Rec(2009)4 sayılı Avrupa'daki Romanların ve Gezginlerin Eğitimine Dair Tavsiye Kararı'dır.

B - Türk Hukukundaki Düzenlemeler

Türk Hukukunda ise ayırım gözetmeme ilkesi öncelikle Anayasa'nın 10. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Ayrıca, özellikle Türk Ceza Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde bu ilke tekrarlanmıştır. Bu hükümler adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen TCK 3 ile nefret ve ayrımcılık suçunu düzenleyen (TCK 122) olarak sayılabilir. Bu şekilde, TCK 3/2 uyarınca ceza kanunun uygulamasında ayırım yapılmasının ve ayrıcalık tanınmasının yasaklandığı görülmektedir.

Bu maddelerin hiçbirinde doğrudan çocuklarla ilgili bir hüküm yer almamaktadır.

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 3. maddesi "Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı"nı düzenlemektedir. Bu maddenin birinci fıkrasında, "*Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir.*" denilmektedir. İkinci fıkrasında ise, "*Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanc, mezhep, felsefi görüş, etnik köken, servet, dogum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yas temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır.*" düzenlemesi mevcuttur.

Kanunun dördüncü maddesinde "ayrımcılık türleri"nden bahsedilmektedir. Buna göre, Kanun kapsamında kabul edilen ayrımcılık türleri şunlardır: ayrı tutma, ayrımcılık talimatı verme ve bu talimatları uygulama, çoklu ayrımcılık, doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, işyerinde yıldırma, makul düzenleme yapmama, taciz ve varsayılan temele dayalı ayrımcılık.

Beşinci madde, “ayrımcılık yasağının kapsamı”nı düzenlemektedir. Bu anlamda özellikle kamu hizmetlerinden yararlanılması veya taşınır ya da taşınmaz malların edinilmesi bakımından ayrımcılık yasağının söz konusu olduğu görülmektedir. Buna benzer şekilde Kanun’un “istihdam ve serbest meslek” başlıklı altıncı maddesinde, çalışma hayatı bakımından ayrımcılık yasağı ele alınmaktadır.

Kanun’un yedinci maddesinde “ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği haller”den bahsedilmektedir. Bu maddede sayılan haller arasında, “Çocuk veya özel bir yerde tutulması gereken kişilere yönelik özel tedbirler ve koruma önlemleri” yer almaktadır. Bu anlamda, çocuklara yönelik özel tedbirler veya koruma önlemlerinin alınması bakımından ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği görülmektedir.

Madde 3 (ÇHS) - ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI İLKESİ

Madde 3 - 1. Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.

2. Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.

3. Taraf Devletler, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların; hizmet ve faaliyetlerin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından, yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt ederler.

“Çocuğun yüksek yararı”, çocuk adalet sisteminin kutup yıldızı gibidir. Pusulaların kuzeyi göstermesi gibi, çocuk ile ilgili tüm mevzuat ve uygulamaların çocuğun yüksek yararı ilkesine göre düzenlenmiş ve uygulanmış olması gerekir. Bu temel ilkenin yaşama geçirilebilmesi için, somutlaşmış bir biçimde, yazılı metin haline de getirilmesi gerekir. Çocuğun yüksek yararı kavramı, hassaslık ve kırılganlık olmak üzere iki özelliğe sahip çocuk için yasama, yürütme ve yargı erklerine

sorumluluk yüklemektedir. Hukukta her zaman çocuğa öncelik verilmesi gereğiyle hareket edilmelidir.³

Çocuğun yüksek yararı kavramı, Sözleşme'nin 3. maddesinde düzenlenmiştir.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde "çocuğun yüksek yararı" olarak ifade edilen bu ilke, Türk Medeni Kanunu'nun birçok hükmünde çocuğun menfaati olarak kendisini göstermektedir. Örnek olarak, MK 325, 337, 346 ve 349 gösterilebilir.

ÖNERİ 4: Çocuğun yüksek yararı kavramı esas alınarak mevzuatta ek düzenlemeler yapılmalıdır.

Madde 4 (ÇHS) - SÖZLEŞMEDEKİ HAKLARIN HAYATA GEÇİRİLMESİ

Madde 4 - Taraf Devletler, bu Sözleşmede tanınan hakların uygulanması amacıyla gereken her türlü yasal, idari ve diğer önlemleri alırlar. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin olarak, Taraf Devletler eldeki kaynaklarını olabildiğince geniş tutarak, gerekirse uluslararası işbirliği çerçevesinde bu tür önlemler alırlar.

Sözleşme'nin 4. maddesinde, bu Sözleşme'de düzenlenen tüm hakların hayata geçirilmesi açısından tüm taraf devletlerin yükümlülüğü bulunduğu belirtilmiştir. Türkiye'nin de taraf olması münasebetiyle aynı yükümlülük ülkemiz açısından da geçerlidir.

Uluslararası bir sözleşmeye taraf olmak, sözleşmenin içerdiği kurumların iç hukuka otomatik olarak yansımaları sağlamaz. AY 90'daki düzenleme, tek başına yeterli değildir. Bunun için gerekli yasal düzenlemelerin yapılması ve uygulamanın geliştirilmesi gerekli ve zorunludur.

Sözleşmedeki hakların hayata geçirilmesi için yasal düzenlemede değişiklikler yapılması, mevcut mevzuatın uygulanması ve uygulamanın yargı tarafından denetlenmesi söz konusudur. Bu konular, çocuğun korunmasına yönelik tedbirler alınması ve tedbirlerin uygulanmasına yönelik sorunların giderilmesi ile bağlantılıdır.

³ FENDOĞLU, Hasan T., Çocuk Hakları Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 79.

Bu kapsamda olmak üzere, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Ulusal Çocuk Hakları Strateji Belgesi ve Eylem Planı hazırlamış, 2013-2017 yılları arasını kapsayacak şekilde bir strateji oluşturmuştur.⁴

Türkiye'nin yükümlülüğünü yerine getirmek üzere, Çocuk Hakları İzleme ve Değerlendirme Kurulu oluşturulmuş ve Türkiye çapında 81 ilde çocuk hakları komiteleri, çocuk koordinatörler olarak bir kız, bir erkek olmak üzere iki yılda bir seçilen “çocuk temsilciler” belirlenmiştir. Çocuk Hakları İzleme ve Değerlendirme Kurulu, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin öngördüğü hakların hayata geçirilmesi için çalışmalar yapmakla ve rapor düzenlemekle görevlidir.

Yasal düzenleme olarak Çocuk Koruma Kanunu başta olmak üzere çok sayıda pozitif hukuk normu bulunmaktadır. İlgisi dolayısıyla bunlara, ÇHS 40 kapsamında Çocuk Adalet Sistemi başlığı altında değinilecektir.

ÖNERİ 5: Çocuk adalet sistemi stratejisi geliştirilmelidir.

Madde 5 (ÇHS) - ANA-BABANIN YÖNLENDİRİCİLİĞİ VE ÇOCUĞUN YETENEKLERİNİN GELİŞİMİ

Madde 5 - Taraf Devletler, bu Sözleşmenin çocuğa tanıdığı haklar doğrultusunda çocuğun yeteneklerinin geliştirilmesi ile uyumlu olarak, çocuğa yol gösterme ve onu yönlendirme konusunda ana-babanın, yerel gelenekler öngörüyorsa uzak aile veya topluluk üyelerinin, yasal vasilerinin veya çocuktan hukuken sorumlu öteki kişilerin sorumluluklarına, haklarına ve ödevlerine saygı gösterirler.

A - Medeni Hukuk Bakımından

Ana-babanın velayet hakkını Sözleşme hükümleri kapsamında kalarak kullanmasını garanti altına alan bu madde, devletin aşırı müdahalelerini önlemeye yöneliktir. Bu husus eğitim hakkından farklı olarak, ebeveynin özellikle eğitim öncesindeki yönlendiriciliği ile ilgilidir.

⁴http://cocukhizmetleri.aile.gov.tr/data/54ad4cd6369dc5dac028bda2/ulusal_cocuk_haklari_strateji_bel_gesi_ve_eylem_plani.pdf

Bu konuda Türk Medeni Kanunu'nda da düzenlemeler vardır. Özellikle velayetin kapsamını düzenleyen hükümler başlığı altında, eğitim kenar başlığı ile çocuğun gelişimi ve eğitimi hüküm altına alınmıştır (MK 340). Buna göre: Ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar. Bu konu, Sözleşme'nin 9. maddesi açıklanırken tekrar ele alınacaktır.

Ana ve babanın velayet hakkı kapsamında yapıp yapamayacağı işlemler vardır. Bunlara aşağıda yer verilmiştir.

I - Yasak İşlemler: Kefil Olma, Vakıf Kurma, Önemli Bağışlamada Bulunma

Medeni Kanun'un 449. maddesi gereğince, çocukların kanuni temsilcileri, çocuklar adına kefil olamaz, vakıf kuramaz, önemli bağışlamalarda bulunamazlar. Hükümde yer alan hukuki işlemlerin sınırlı sayıda olup olmadığı tartışma konusudur. Hükümde yer almayan, ancak kanuni temsilcinin akdetmesi halinde daha ağır sonuçlar doğurabilecek ölünceye kadar bakma sözleşmesi ya da TBK 603 karşısında geçerliliği sorgulanabilecek garanti sözleşmesi gibi hukuki işlemler bulunmaktadır.

ÖNERİ 6: MK 449 hükmüne ekleme yapılmalıdır.

II - Yasal Temsilci Tarafından Kullanılabilen “Kişiyeye Sıkı Surette Bağlı Haklar”

Kişiyeye sıkı surette bağlı hakların kullanımı ve bu kullanım için karar alma süreci tamamı ile kişiyeye bağlıdır. Çocukla ailesi arasında bir menfaat çatışması varsa kayyım atanması gerekecek ve süreç uzayacaktır. Çocuk ayırt etme gücüne sahipse, kişiyeye sıkı surette bağlı hakların kullanımı için bizzat dava açabilmelidir.

ÖNERİ 7: Çocuğun yapacağı bazı hukuki işlemlerde yasal temsilci rızası aranmamalıdır.

B - Ceza Hukuku Bakımından

Ceza hukuku bakımından “disiplin yetkisi” üzerinde durulmalıdır. Tedip hakkı, kaynağını kanundan, akitten veya örf ve adetten alan eğitime görevi olarak tanımlanabilir. Tedip hakkı ebeveynin çocuk üzerindeki eğitim görevinin bir sonucudur. AİHM içtihadı çerçevesinde Türkiye de tedip hakkını kısıtlamış ve sadece

disiplin yetkisinin kötüye kullanılmasını cezalandırmıştır.⁵TCK 232/2 uyarınca: İdaresi altında bulunan veya büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir.

C - Çocuğa Yönelik Tıbbi Müdahaleler

Yaşama ve vücut bütünlüğü üzerindeki hak kişiye sıkı suretle bağlı bir hak olup, ayırd etme gücüne sahip kişiler bu hakları tek başına kullanmalıdır. Oysa Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24 gereğince anne babanın rızası alınmaktadır. Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.

ÖNERİ 8: Çocuğun rıza göstereceği işlemler bakımından yeni düzenlemeler gereklidir.

ÖNERİ 9: Çocuğa yönelik bir tıbbi müdahale olarak sünnet ve nesep ilişkileri konusunda tıbbi gelişmeler ışığında değişiklik yapılmalıdır.

Madde 6 (ÇHS) - ÇOCUĞUN YAŞAMA, HAYATTA KALMA VE GELİŞME HAKKI

Madde 6 - 1. Taraf Devletler, her çocuğun temel yaşama hakkına sahip olduğunu kabul ederler.

2. Taraf Devletler, çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabayı gösterirler.

A - Yaşama Hakkı

Sözleşme'nin 6. maddesinde çocuğun yaşama hakkı ve gelişme hakkı iki ayrı fıkra olarak düzenlenmiştir. Yaşama hakkını düzenleyen AIHS m. 2'nin aksine,

⁵ DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, 2016, s. 323.

burada kısıtlama sebebine yer verilmemiştir. Bu nedenle, çocuğun yaşama hakkının mutlak bir hak olduğu söylenebilir. Çocuğun yaşama hakkı, tam ve sağ olarak doğması ile başlamaktadır.

Bu başlık altında iki ana husus dikkat çekicidir. Birincisi daha henüz doğmamış olan çocuklar ile ilgili suçlar, diğeri ise doğduktan sonra işlenen suçlardır. İlk grupta yer alan suçlar TCK 99, 100 ve 101'deki "çocuk düşürtme", "çocuk düşürme" ve "kısırlaştırma" suçlarıdır.

İkinci gruptaki suçlar ise TCK 81 vd.'deki "kasten öldürme" ile TCK 87/4'teki "neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama"dır. Özellikle TCK 82/1-e uyarınca kasten öldürme suçunun bir çocuğa karşı işlenmesi nitelikli hal olarak öngörülmüştür.

Bunun yanı sıra TCK 87/4'te yer alan kasten yaralama sonucu ölüm neticesinin meydana gelmesi de bu kapsamda değerlendirilebilir.

Nihayet TCK 83'te yer alan kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi de dikkate alınması gereken bir düzenlemedir. Madde metninde de belirtildiği üzere, ihmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için aranan şartlardan birisi de belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden kaynaklanan bir yükümlülüğün bulunmasıdır. Bu açıdan özellikle ebeveynin çocukla ilgili yükümlülüğü, ihmali davranışın icrai davranışla eşdeğer sayılmasına, dolayısıyla da TCK 83'ün uygulama alanı bulabilmesine sebep olabilmektedir.

Bu konuda bakım evinde çocukların yaşama hakkının korunması ile ilgili AIHM'in Nencheva ve diğerleri / Bulgaristan (18 Haziran 2013) kararına bakılabilir. Karara konu olan olayda, Dzhurkovo bölgesinde bulunan fiziksel ve zihinsel engelli gençlere yönelik bir bakım evinde, yiyecek, ilaç, temel ihtiyaç sıkıntısı ve soğuk nedeniyle 1996 yılının Aralık ayı ile 1997 yılının Mart ayı arasında on beş çocuk ve genç yetişkin hayatını kaybetmiştir. Bakımevinin müdürü, söz konusu sorunları gözlemleyerek, bakımevine fon sağlamada doğrudan yetkili olan ve harekete geçmesi beklenen tüm kamu kurumlarını birçok kez uyarmaya çalışmış ancak başarılı olamamıştır.

Mahkeme yetkililerin, bakımlarından sorumlu oldukları savunmasız çocukların yaşamlarını ciddi ve acil tehditten koruma görevlerini yerine getiremedikleri gerekçesiyle, Sözleşme'nin 2. maddesinin (yaşam hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Yetkililer ayrıca, oldukça istisnai koşullar altında gerçekleşen ölümlere ilişkin resmi olarak etkin bir soruşturma yürütememişlerdir.

B - Hayatta Kalma ve Gelişme Hakkı

Çocuğun gelişiminden anlaşılan çoğu zaman yetişkinliğe hazırlıktır. Gerçekten de çocuk gelişiminin önemli bir bölümünü, çocuğun ileriki yaşamında kendi kendine yetecek duruma getirmek oluşturur. Bunun yapılabilmesi için gerekli ortamın yaratılması gereklidir. En başta aileye düşen görevlerin olduğu belirtilmelidir. Özellikle sonraki maddelerde değineceğimiz çocuğun ailesi ile birlikte yaşaması, bu açıdan önemlidir. Aile çocuğun yaşamını devam ettirebilmesi ve gelişimi için ideal ortamdır; en azından öyle olmalıdır.

Çocuğun hayatını devam ettirebilmesi ve gelişimi için sosyal güvenlik sisteminin de ele alınması yararlıdır. Sosyal güvenlik sistemi bakımından çocukların belirli bir yaşa kadar sigortalı sayılması çocuğun hayatta kalma ve gelişme hakkı çerçevesinde olumlu sayılsa da, kız ve erkek çocuklar arasında bir yaş ayrımı gözetilmesi doğru görülmemektedir.

Ayrıca çocuğun eğitim alma ve kendisini geliştirme hakkı kapsamında 18 yaşın kesin olarak uygulanması sakıncalıdır. Üniversite eğitime devam etmeyen çocukların 18 yaşında, henüz hayata hazır hale getirilmeden kurum ile ilişkilerinin kesilmesi, bu çerçevede toplumu da huzursuz eden haksızlıklara neden olmaktadır.

Madde 7 (ÇHS) - NÜFUSA KAYIT, İSİM, VATANDAŞLIK, ANA-BABASINI BİLME VE ONLAR TARAFINDAN BAKILMA HAKKI

Madde 7 - 1. Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır.

2. Taraf Devletler, özellikle çocuğun tabiiyetsiz kalması söz konusu olduğunda kendi ulusal hukuklarına ve ilgili uluslararası belgeler çerçevesinde üstlendikleri yükümlülüklerine uygun olarak bu hakların işlerlik kazanmasını taahhüt ederler.

Sözleşmenin 7. maddesi çocuğun nüfusa kaydolması, ismi, vatandaşlığı ve ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma haklarını düzenlemektedir.

Sözleşmedeki bu yükümlülükle ilgili olarak Türkiye’de, Anayasa, Türk Vatandaşlığı Kanunu ve Nüfus Hizmetleri Kanunu, nüfusa kayıt yükümlülüğü getirmektedir. Nüfusa kayıt ile ilgili temel problem, bir sağlık kuruluşu dışında doğan çocukların geç kaydedilmesi ya da kendisinden önce doğmuş ve vefat etmiş, ancak ölümü bildirilmemiş kardeşlerinin yerine kaydedilmeleridir.

Ayrıca nüfus bilgilerinin çalınması sorunu da çocukları olumsuz yönde etkilemektedir. Türk Vatandaşlığı Kanunu’nda yer alan düzenlemelere Sözleşmenin 7. maddesi bakımından yeterli güvenceleri sağlamaktadır.

Sözleşmenin 7. maddesine göre çocuğun “isim sahibi olma hakkı” vardır.

A - Çocuğun Soyadı

Medeni Kanun’un 321. maddesine göre, “Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; (...) soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır.”

Hükme göre, boşanma sonrasında kadın eski soyadına dönmekte, ancak çocuk babasının soyadını taşımaktadır. Özellikle velayetin anneye bırakıldığı durumlarda, aynı evde yaşayan çocuk ile annenin soyadlarının farklı olması sorunlara sebep olmaktadır. Bu sebeple çocuğun soyadı konusunda, hakimin talepler ve mevcut durum koşullarını değerlendirerek çocuğun velayet kendisine bırakılan annenin soyadını alabileceği yönünde bir düzenleme öngörülmelidir. Bu hususta, AYM’nin Gülbu Özgüler kararı önemli bir gelişmedir. Kararda, çocuğun boşanma sonrası velayet kendisine bırakılan annenin soyadını alamamasının bir ihlal teşkil ettiğine hükmedilmiştir:

“58. Başvuruya konu yargı kararları açısından da çocuğun soyadının belirlenmesi noktasında velayet hakkının kullanılması bakımından kadın ve erkek arasında öngörülen farklı muamele makul şekilde gerekçelendirilmediği gibi çocuk reşit oluncaya kadar veya baba 4721 sayılı Kanun’un 27. maddesi uyarınca soyadını değiştirmedeği sürece çocuğun soyadının değiştirilmesinin hiçbir koşulda mümkün olmadığı tespitlerine yer verilmek suretiyle kadın eş için haklı nedenlerin bulunması durumunda dahi çocuğun soyadını belirleme imkânı tanımayan söz konusu uygulamanın ölçülü olduğu da kabul edilemez.

59. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 20. maddesi ile birlikte ele alınan Anayasa'nın 10. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”⁶

Belirtmemiz gerekir ki, MK 321'in değiştirilen düzenlemesi yerinde olmamıştır. AYM'nin iptal kararı sonrasında, evlilik dışında doğan ve babaları ile soybağı kurulmuş çocuklara, Nüfus Hizmetleri Kanunu gereğince zorunlu olarak babalarının soyadı verilmektedir. Oysa, çocuğun birlikte yaşadığı ebeveynin soyadını da alabilme hakkının düzenlenmesi yerinde olur. Bu durumda, çocuğun soyadı bakımından seçimlik bir hakkın tanınması modern hukukun eğilimleri çerçevesinde yerinde olacaktır.

Kaldı ki AİHM'in bu konuda Türkiye için verdiği ihlal kararı, düzenleme yapılması ihtiyacını daha da hissettirmektedir. İlgili karara göre (Bkz. Gözüm/Türkiye, 15 Ocak 2015), evlat edinen bekar bir anne olan başvuranın, evlat edindiği oğlunun kişisel bilgilerinin yer aldığı belgelerde, çocuğun biyolojik annesinin soyadı yerine kendi soyadının yer almasına yönelik talebinin reddedilmesi, özel hayat ve aile hayatına saygı hakkını ihlal etmektedir. Mahkeme özellikle; başvuranın talepte bulunduğu dönemde, biyolojik ebeveynin soyadı yerine evlat edinenin tek ebeveynin soyadının kabul edilmesi açısından düzenleyici bir çerçeve bulunmaması nedeniyle, Türk medeni hukukunda tek ebeveyn tarafından evlat edinme konusunda boşluk bulunduğunu kaydetmiştir. Karara göre bu durum başvuranı, oğluya özel hayat ve aile hayatına ilişkin olarak üzüntü verici belirsiz bir konumda bırakmıştır.

ÖNERİ 10: Çocuğun soyadının belirlenmesi açısından değişiklik yapılmalıdır.

B - Çocuğun Kökenlerini Bilme Hakkı

Sözleşmenin 7. maddesinde çocuğa “ana-babasını bilme hakkı” verilmiştir. Bu hak aile bütünlüğü, kişiliği geliştirme ve özel hayata saygı kavamlarıyla bağlantılıdır. Bununla birlikte, çocuğun kökenlerini bilme hakkı, özellikle çocuğun evlat edinildiği ya da hukuka aykırı biçimde, heterolog döllenme veya taşıyıcı annelik marifeti ile dünyaya geldiği hallerde bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. AİHM önüne gelen birçok uyuşmazlıkta, kökenini bilme hakkının tanınmamasını özel hayata ve aile

⁶ AYM, Başvuru Numarası: 2013/7979, Karar Tarihi: 11.11.2015, Resmî Gazete Tarihi: 24.12.2015, Resmî Gazete Sayısı: 29572.

hayatına saygıyı düzenleyen AİHS 8'in ihlali olarak değerlendirilmiştir (Bkz. Mikulic/Hırvatistan, 7 Şubat 2002; Jaggi/İsviçre, 13 Temmuz 2006; A.M.M./Romanya, 14 Şubat 2012; Godelli/İtalya, 25 Eylül 2012).

İsviçre Federal Anayasası'nın 119/2-g maddesinde kökenini öğrenme, bir hak olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; herkesin kökeniyle ilgili bilgilere ulaşmaya hakkı vardır. Bu doğrultuda 2008 yılında İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen bir kararda⁷da ele alındığı üzere bir kişinin kendi kökenini tespit etmeye ilişkin hakkı, kişiliğin korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.⁸

Tıbbi teknolojinin gelişmesi ile suni dölleme ve üremeye yardımcı tedavi yöntemleri gelişmiştir. Bu nedenle, soybağı konusunda üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ile MK hükümleri arasında bağlantı kurulması ve MK hükümleri yeni teknolojilere uygun hale getirilmesi gereklidir.

ÖNERİ 11: Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ile MK hükümleri arasında bağlantı kurulmalıdır.

C - Çocuğun Ana-Babası Tarafından Bakılma Hakkı

Çocuğun ana-babası tarafından bakılma hakkı Türk Ceza Kanunu'nda korunan hukuki bir menfaat olarak yer alır. Bu anlamda TCK 97'deki terk, TCK 232'deki kötü muamele ve TCK 233'teki aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçlarında bu husus dikkat çekmektedir:

Terk; Madde 97- (1) Yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi haline terk eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Terk dolayısıyla mağdur bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüşse, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre cezaya hükmolunur.

⁷ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 28.02.2008 tarihli kararı (BGE 134 III 241).

⁸ KIRKBEŞOĞLU Nagehan, 28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı ile İlgili Genel Bir Değerlendirme, TAAD, Yıl:7, Sayı:24 (Ocak 2016), s. 203.

Kötü muamele; Madde 232- (1) Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Idaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir.

Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali; Madde 233- (1) Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikayet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği evli olmayan bir kadını çaresiz durumda terk eden kimseye, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

(3) Velayet hakları kaldırılmış olsa da, itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddi ve manevi özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya baba, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Madde 8 (ÇHS) - KİMLİĞİN KORUNMASI HAKKI

Madde 8 - 1. Taraf Devletler, yasanın tanıdığı şekliyle çocuğun kimliğini; tabiiyeti, ismi ve aile bağları dahil, koruma hakkına saygı göstermeyi ve bu konuda yasa dışı müdahalelerde bulunmamayı taahhüt ederler.

2. Çocuğun kimliğinin unsurlarının bazılarından veya tümünden yasaya aykırı olarak yoksun bırakılması halinde, Taraf Devletler çocuğun kimliğine süratle yeniden kavuşturulması amacıyla gerekli yardım ve korumada bulunurlar.

Çocuğun kimliğinin unsurlarının bazılarında veya tümünden yasaya aykırı olarak yoksun bırakılması halinde, Taraf Devletler çocuğun kimliğine süratle yeniden kavuşturulması amacıyla gerekli yardım ve korumada bulunurlar.

Sözleşmenin 7. maddesinde öngörülen isim ve vatandaşlık gibi unsurlar çocuğun kimliğini oluşturur. Bunlara yasadışı müdahaleleri düzenleyen 8. madde doğrultusunda ceza hukuku bakımından çocuğun soybağının korunduğu belirtilmelidir. Bu suçla korunan hukuksal yarar aile düzenidir ve zaten suç da aile düzenine karşı suçlar arasında yer almaktadır. Aynı zamanda kişinin kökenini bilmesi de bir haktır. Özellikle sağlık bakımından kişinin genlerinden kaynaklanan özelliklerinin bilinmesi onun menfaatinedir. Bir kimsenin soybağının değiştirilmesi veya izlenmesi suretiyle, o kişinin gerçek kimliğinin bilinmemesi söz konusu olacaktır.⁹

Madde 9 (ÇHS) - ANA-BABA İLE BİRLİKTE YAŞAMA VE ANA-BABADAN AYRILMA

Madde 9 - 1. Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar. Ancak, ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleyle maruz bırakılması ya da ihmal edilmesi durumlarında ya da ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgahının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir.

2. Bu Maddenin birinci fıkrası uyarınca girilen her işlemde, ilgili bütün taraflara işleme katılma ve görüşlerini bildirme olanağı tanınır.

3. Taraf Devletler, ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler.

⁹ Bkz. YENERER ÇAKMUT Özlem, Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu, İstanbul, 2008.

4. Böyle bir ayrılık, bir Taraf Devlet tarafından girişilen ve çocuğun kendisinin ana veya babasının veya her ikisinin birden tutuklanmasını, hapsini, sürgün, sınır dışı edilmesini veya ölümünü (ki buna devletin gözetimi altında iken nedeni ne olursa olsun meydana gelen ölüm dahildir) tevlit eden herhangi benzer bir işlem sonucu olmuşsa, bu Taraf Devlet, istek üzerine ve çocuğun esenliğine zarar vermemek koşulu ile; ana-babaya, çocuğa veya uygun olursa, ailenin bir başka üyesine, söz konusu aile bireyinin ya da bireylerinin bulunduğu yer hakkında gereken bilgiyi verecektir. Taraf Devletler, böyle bir istemin başlı başına sunulmasının ilgili kişi veya kişiler bakımından aleyhe hiç bir sonuç yaratmamasını ayrıca taahhüt ederler.

Sözleşmenin 9. maddesi çocuğun ana-babayla birlikte yaşama ve ana-babasından ayrılması ile ilgili hükümlere yer vermektedir.

Sözleşmenin 9. maddesinin birinci fıkrası, çocuğun ana ve babası ile birlikte yaşamasını güvence altına almakta ve ana ve babasından ayrılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte çocuğun yüksek yararının gerektirdiği hallerde yetkili makamların kanun yolu açık olmak üzere karar vererek düzenleyici bir işlem yapmaları durumunda, bu hakka bir istisna tanınmıştır. Özellikle ana-babanın çocuğa kötü muamelede bulunması, çocuğu ihmal etmeleri veya birbirlerinden ayrı yaşamaları sebebiyle çocuğun nerede yaşayacağına karar verilmesi hallerinde çocuk ana-babadan ayrılabilir.

A-Çocuğun Anne ve Baba ile Birlikte Yaşama ve Onlardan Ayrılma Hakkına İlişkin Ceza Hukuku Düzenlemeleri

Doğrudan TCK'da olmasa bile, suça sürüklenen çocuklar bakımından uygulanan koruyucu ve destekleyici tedbirler arasında yer alan bakım tedbiri burada ele alınabilir. Zira 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 yerleştirilmesidir. (ÇKK m. 5/1-c)

Sözleşmenin 9. maddesinde düzenlenen ana-babayla yaşama hakkını ve istisnalarını düzenleyen medeni hukuk kuralları da vardır.

B - Çocuğun Anne ve Baba ile Birlikte Yaşama ve Onlardan Ayrılma Haklarına İlişkin Medeni Hukuk Düzenlemeleri

I - Boşanma Sonrasında Velayet Sorunu

Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş olan boşanma neticesinde çocuğun ikametgâhının belirlenmesi sorunu ortaya çıkar. Her ne kadar eşler boşansalar da, ortak çocukları ile ilişkileri devam edecektir. Boşanma kararında hâkim, çocuk ile velayeti kendisine bırakılmayan ana ya da babanın kişisel ilişkisini düzenler. Medeni Kanun sisteminde amaç, çocuğu mümkün oldukça, ana-babasından birinin velayeti altında bırakmaktır (MK 182 ve MK 183). Çocuğun vesayet altına alınması, ikincil bir çözümdür.

Türk Medeni Kanunu'nun velayete ilişkin temel düzenlemeleri 335 ilâ 338. maddeler arasında yer alır:

I. Koşullar; Madde 335- Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velâyet ana ve babadan alınamaz.

Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velâyeti altında kalırlar.

II. Ana ve baba evli ise; Madde 336- Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar.

Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir.

Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.

III. Ana ve baba evli değilse; Madde 337- Ana ve baba evli değilse velâyet anaya aittir.

Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velâyet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velâyeti babaya verir.

IV. Üvey çocuklar; Madde 338- Eşler, ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler.

Kendi çocuğu üzerinde velâyeti kullanan eşe diğer eş uygun bir şekilde yardımcı olur; durum ve koşullar zorunlu kıldığı ölçüde çocuğun ihtiyaçları için onu temsil eder.

Bu hükümler incelendiğinde, eşlerin boşanması halinde çocuğun velayetinin eşlerden birine verilmesinin zorunlu olduğu görülmektedir. Ancak, bu husus hem pratik hayatta, hem de öğretide eleştiri konusu yapılmaktadır. Söz konusu eleştiri, hakimnin ortak velayet hakkı tanımaya izin verilmemiş olmasına ilişkindir. Ortak velayetin avantaj ve dezavantajları tartışılmaktadır:

Dezavantaj olarak, ortak velayetin zaten anlaşılamayan eski eşlerin çocuğu aralarında bir koz olarak kullanmaları riski düşünülebilir. Bu konumdaki kişilerin, ortak çocukları ile ilgili önemli konularda ivedilikle uyuşarak ortak karar alabileceklerinin çok gerçekçi olmadığı ileri sürülmektedir.

Avantaj olarak ise, Türk hukukunda anlaşmalı boşanmanın kabulünden sonra, eşlerin medeni kişiler olarak ilişkilerini belirli bir seviyede çocukları için devam ettirdikleri durumlar düşünülmektedir. Özellikle, kültür seviyesi yüksek çevrelerde anne babanın çocuk üzerinde ortak söz hakkı sahibi olmak istediklerine şahit olunmaktadır. Çocuk psikolojisi açısından da bu yönde bir karar verilmesi, çocuğun, velayet hakkına sahip olmayan ebeveyn tarafından terk edildiği hissini de giderecektir. Velayet hakkına sahip olmayan, ancak masrafları ödeyen ebeveynin, çocuğun hayatında daha aktif yer alarak çocuk ile ilişkisi kuvvetlenecektir. Ancak, yukarıdaki dezavantaj da düşünüldüğünde, hakimnin ortak velayete yönelik talep karşısında, boşanma davasındaki eşlerin ilişki durumunu da dikkate alarak takdir yetkisini kullanması gerekmektedir.

II - Çocukların Yerleştirilmesi

Çocukların bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesi, MK 347’de düzenlenmiştir. Bu hüküm uygulamada nadiren görülmektedir. Aile içinde yaşanan, şiddet vb. hallerle bağlantılı travmatik olaylardaki ihtiyaç duyulan bir hükümdür.

ÖNERİ 12: Koruyucu aile veya kuruma yerleştirme ile ilgili düzenlemelerde çocuğun yüksek yararı gözetilmelidir.

III - Kişisel İlişki Kurmaya İlişkin AİHM Kararları

1) *Salgueiroda Silva Mouta / Portekiz (21 Aralık 1999)*

Başka bir adamla birlikte yaşayan bir eşcinsel olan başvuran, boşanma sırasında yapılan anlaşmaya aykırı olarak, eşi tarafından kızını ziyaret etmekten alıkonmuştur. Başvuran, Sözleşme'nin 8. maddesi ile güvence altına alınan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına gerekçesiz bir şekilde müdahale edilmesinden ve Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı olarak ayrımcılığa maruz bırakılmasından şikâyet etmiştir. Başvuran ayrıca, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olarak temyiz mahkemesinin, kızıyla görüştüğünde eşcinselliğini saklaması yönünde kendisine baskı kurduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesiyle (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) birlikte ele alındığında 14. maddenin (ayrımcılık yasağı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Portekiz mahkemelerinin kararı, büyük ölçüde başvuranın eşcinsel olmasına ve “çocuğun geleneksel bir Portekiz ailesiyle birlikte yaşaması gerektiği” fikrine dayandırılmıştır. Cinsel eğilimle ilgili hususlara dayalı olan söz konusu ayırım, Sözleşme kapsamında kabul edilemez nitelikte bulunmuştur.

2) *P.V. / İspanya (no. 35159/09) 30 Kasım 2010*

Dava, 1998 yılında cinsiyet değişikliğinin öncesinde evli olan ve bir oğlu bulunan bir transseksüel (erkekten kadınlığa geçiş) ile ilgilidir. Çift 2002 yılında ayrılmıştır. Başvuran, cinsiyet değişikliğinden sonra, duygusal açıdan değişkenliğinin, söz konusu dönemde altı yaşında olan çocuğu rahatsız etme riski teşkil ettiği gerekçesiyle, oğluyla görüşme düzeninde mahkeme tarafından uygulanan sınırlamalardan şikâyet etmiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesiyle (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) birlikte 14. maddesinin (ayrımcılık yasağı) ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme, görüşmeye ilişkin sınırlamanın, başvuranın eşcinselliğine dayalı ayrımcılıktan kaynaklanmadığını tespit etmiştir. İspanyol mahkemeleri tarafından uygulanan sınırlamanın belirleyici temeli, başvuranın duygusal açıdan geçici değişkenliği de göz önünde bulundurularak, çocuğun refahı olmuştur. Bu nedenle mahkemeler, kademeli bir düzenleme yaparak, çocuğun, babasının cinsiyet değişikliğine zamanla alışmasını sağlamaya çalışmaları gerekmektedir.

3) Kuppinger (no. 2) / Almanya (15 Ocak 2015)

Mevcut dava özellikle, evlilik dışı doğan bir çocuğun babasının, kendisine görüşme haklarını sağlayan mahkeme kararlarının uygulanması için açtığı davanın aşırı uzun sürmesi ve etkili olmaması konusundaki şikâyetiyle ilgilidir. Mahkeme, başvurana oğlunu görme hakkı tanıyan Mayıs 2010 tarihinde verilen ara kararın icrasıyla ilgili olarak, Sözleşme'nin 8. maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir.

C - Çocuğun Velayeti Kendisinde Bırakılmayan Ebeveyn ile İlişkisi ve Özellikle Çocuk Teslimi

Bu husus, MK 323-325 ile İİK 25-25/b'de düzenlenmiştir. Kendisine velayet hakkı verilmeyen ebeveyne, kişisel görüşme hakkı tanınması sadece ebeveyne tanınan bir hak olmayıp, aynı zamanda çocuğun da sahip olduğu bir hakkıdır. Meseleye bu açıdanda bakılması gereklidir.

Kişisel ilişki kurulmasında mutlaka yüz yüze görüşülmesi değil, başka vasıtalarla kişisel ilişki kurulması da sağlanmalıdır. Ayrıca, mahkeme kararları incelendiğinde çocukla görüşme zamanlarının bayramlar ve hafta sonları ile sınırlandırıldığı görülmektedir. Oysa ebeveynler çocuğu hafta içi de görmeyi arzu etmektedir ve söz konusu husus eşler anlaşsa bile hakimlerin bu yönde karar almaktan sarfı nazar ettiği bir durumdur. Karar vermek yerine hakimler, eşlerin anlaşarak bu imkanı kullanabileceklerini ifade etmektedir. Oysa kararda yer verilmeyen bu hususlar eski eşlerin ufak bir çatışmasında koz olarak kullanılmaktadır.

İİK 25/b gereğince ile çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması sırasında bir uzmanın bulunması gerekmektedir. Bu düzenleme uygulamada başka sorunları da beraberinde getirmiştir. Velâyet hakkı sahibi olup çocuğu karşı tarafa göstermeyen ya da kişisel ilişkiden sonra çocuğu iade etmeyen ebeveyne hapis cezası öngörülmüştür. Uygulamada, 2 yıl içinde açılan 52 davadan yalnızca birinde ceza verilmiştir. Bunun sebebi, aile hukukuna ilişkin meselelerde hapis cezası verilmesinin uygulayıcılar açısından doğru bulunmamasıdır. Nitekim, tarafı olduğumuz, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nde, icradan bahsedilmemekte, öncelikle uzlaşmanın denenmesi önerilmektedir.

ÖNERİ 13: Çocuğun icra yoluyla tesliminde çocuğu koruyan düzenlemeler yapılmalıdır.

D - Milletlerarası Hukuk Açısından Velayet

Mukayaseseli hukuka bakıldığında ÇHS kapsamında tüm gelişmiş ülkelerde çocuğun yaşam ilişkileri merkezi olan mutad mesken ön plandadır. Böylece velayet de dahil olmak üzere, çocuğun korunmasına ilişkin tüm konularda çocuğun hayatını sürdürdüğü “mutad mesken” ülkesi hukuku ve makamları yetkili kılınmaktadır.

MÖHUK’da ise çocuğun milli hukuku ön plandadır. MÖHUK 13/f. III, evlilik içinde çocuğa ilişkin tüm konularda evliliği yöneten hukukun uygulanacağını düzenlemiştir. İlgili hüküm uyarınca:

“ (1) Evlenme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlenme anındaki milli hukukuna tâbidir.

(2) Evliliğin şekline yapıldığı ülke hukuku uygulanır.

(3) Evliliğin genel hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.”

Görüldüğü üzere, çocuğu ön plana alan çıkartacak biçimde uygulanacak özel bir bağlama kuralı bulunmamaktadır.

Ancak yabancı unsurlu evliliklerden dünyaya gelen çocuklar için asıl sorun boşanma ve sonrasındaki aşamalarda karşımıza çıkmaktadır. MÖHUK m. 14 uyarınca

“(1) Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.

(2) Boşanmış eşler arasındaki nafaka talepleri hakkında birinci fıkra hükmü uygulanır. Bu hüküm ayrılık ve evlenmenin butlanı hâlinde de geçerlidir.

(3) Boşanmada velâyet ve velâyete ilişkin sorunlar da birinci fıkra hükmüne tâbidir.

(4) Geçici tedbir taleplerine Türk hukuku uygulanır.”

Kanun, velayet hangi hukuka göre belirlendi ise, yıllar sonra velayetin değiştirilmesine yönelik ortaya çıkan uyuşmazlıkta da bu hukukun uygulanmasının gerektiğini ifade etmektedir. Ne var ki, iki dava tarihi arasından uzun bir süre geçmişse, velayeti belirleyen hukukun tespit edilmesi için de zaman harcanacaktır. Şöyle ki:

Bu hüküm uyarınca örneğin 8 yıl önce Almanya’da boşanmış bir ailenin Türk vatandaşı çocuğu için velayet davası açıldığında Türk hakimi yine Alman hukukunu uygulayarak karar vermek zorunda kalmaktadır. Bu durum çocuğun fiili sosyal ve kültürel çevresiyle uyumsuzdur.

ÖNERİ 14: MÖHUK’a velayet konusunda özel bir düzenleme eklenmesi gereklidir.

ÖNERİ 15: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da çocuk odaklı kurallar kabul edilmelidir.

ÖNERİ 16: Çocukla ilgili kararların tanınması ve tenfizi dikkatle gerçekleştirilmelidir.

ÖNERİ 17: Çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa, mutlak mesken hukuku uygulanmalıdır.

Madde 10 (ÇHS) - AİLELERİN BİRLEŞMESİ AMACIYLA ÜLKELERE GİRİŞ VE ÇIKIŞ

Madde 10 - 1. 9 uncu Maddenin 1 inci fıkrası uyarınca Taraf Devletlere düşen sorumluluğa uygun olarak, çocuk veya ana-babası tarafından, ailenin birleşmesi amaçlarıyla yapılan bir Taraf Devlet ülkesine girme ya da onu terk etme konusundaki her başvuru, Taraf Devletlerce olumlu, insani ve ivedi bir tutumla ele alınacaktır. Taraf Devletler, bu tür bir başvuru yapılmasının başvuru sahipleri veya aile üyeleri aleyhine sonuçlar yaratmamasını taahhüt ederler.

2. Ana-babası, ayrı devletlerde oturan bir çocuk olağanüstü durumlar hariç, hem ana hem de babası ile düzenli biçimde kişisel ilişkiler kurma ve doğrudan görüşme hakkına sahiptir. Bu nedenle ve 9 uncu Maddenin 1 inci fıkrasına göre Taraf Devletlere düşen sorumluluğa uygun olarak, Taraf Devletler çocuğun ve ana-babasının Taraf Devletlerinin ülkeleri dahil herhangi bir ülkeyi terketme ve kendi ülkelerine dönme hakkına saygı gösterirler.

Herhangi bir ülkeyi terketme hakkı, yalnızca yasada öngörüldüğü gibi ve ulusal güvenliği, kamu düzenini, kamu sağlığı ve ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacı ile ve işbu Sözleşme ile tanınan öteki haklarla bağdaştığı ölçüde kısıtlamalara konu olabilir.

Sözleşme'nin 10. maddesi, ailelerin birleşmesi amacıyla ülkelere giriş ve çıkışı düzenlemektedir.

Bu mesele özellikle yurtdışında çalışan ve oraya yerleşen Türkler açısından sorun teşkil etmektedir. Bu kişiler çoğu zaman diğer aile mensuplarını çalıştıkları ülkeye getirmek istemektedirler. Bu bağlamda AIHM kararlarına da konu teşkil eden olaylar gerçekleşmiştir:

A - Şen/Hollanda kararı (21 Aralık 2001, Başvuru No: 31465/96)

Başvuranlar, Türk uyruklu bir çift ve onların 1983 yılında Türkiye'de doğan ve annesi 1986 yılında Hollanda'daki eşinin yanına gittiğinde teyzesine emanet ettikleri kızlarıdır. Ebeveynlerin kızları için yaptığı oturma izni başvurusu reddedilmiş ve kızlarının, Hollanda'da kendilerine katılmasına engel olan bu karardan ötürü, başvuranlar, aile hayatına saygı haklarının ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuşlardır. Ebeveynlerin, Hollanda'da sırasıyla 1990 ve 1994 tarihlerinde doğan iki çocukları daha vardır ve bunlar her zaman orada ebeveynleriyle birlikte yaşamışlardır. Hollanda'nın, başvuranların menfaati ve göç kontrolü hususundaki kendi menfaatleri arasında hassas bir denge kuramadığı sonucuna varılarak, Mahkeme tarafından, Sözleşme'nin 8. maddesinin (aile hayatına saygı hakkı) ihlal edildiğine karar verilmiştir. (Bkz. ayrıca: Tuquabo-Tekle ve Diğerleri/Hollanda, 1 Aralık 2005 tarihli karar).

B - Osman/Danimarka kararı (14 Haziran 2011, Başvuru No: 38058/09)

Başvuran, yedi yaşından beri ebeveynleri ve kardeşleriyle birlikte Danimarka'da yaşayan bir Somali vatandaşı olup, on beş yaşındayken, isteği dışında, babası tarafından büyükannesine bakması için Kenya'daki bir mülteci kampına gönderilmiştir. İki yıl sonra, başvuran hala reşit değilken, Danimarka'daki ailesiyle yeniden birleşmek için başvurmuş ancak başvurusu, on iki aydan uzun bir süre boyunca Danimarka'da bulunmadığından oturma izninin süresinin geçtiği gerekçesiyle, Danimarka göçmen ofisi tarafından reddedilmiştir. Göçmen ailelerin

ergen çocuklarını daha geleneksel bir şekilde yetiştirilmeleri için kendi ülkelerine göndermelerini engellemek amacıyla yapılan yasa değişikliği uyarınca, başvurana yeni bir oturma izni verilmemiştir, çünkü yalnızca on beş yaşın altındaki çocukların aile birleşimi için başvurma hakkı bulunmaktadır. Kararda başvuranın oturma izninin yenilenmesini reddetme kararının gerekçelendirilmesi için çok ciddi nedenlerin gerekli olduğu öne sürülmüş ve Sözleşme'nin 8. maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Türk hukukunda Kanuni olarak bu konuda önemli bir sorun bulunmamaktadır. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu madde 3'de konu düzenlenmektedir.

“Aile ikamet izni MADDE 34 –

(1) Türk vatandaşlarının, 5901 sayılı Kanunun 28 inci maddesi kapsamında olanların veya ikamet izinlerinden birine sahip olan yabancılar ile mültecilerin ve ikincil koruma statüsü sahiplerinin;

a) Yabancı eşine,

b) Kendisinin veya eşinin ergin olmayan yabancı çocuğuna,

c) Kendisinin veya eşinin bağımlı yabancı çocuğuna,

her defasında iki yılı aşmayacak şekilde aile ikamet izni verilebilir. Ancak, aile ikamet izninin süresi hiçbir şekilde destekleyicinin ikamet izni süresini aşamaz.

(2) Vatandaşı olduğu ülkenin hukukuna göre birden fazla eş ile evlilik hâlinde, eşlerden yalnızca birine aile ikamet izni verilir. Ancak, diğer eşlerinden olan çocuklara da aile ikamet izni verilebilir.

(3) Çocukların aile ikamet izninde, Türkiye dışında varsa ortak velayeti bulunan anne veya babanın muvafakati aranır.

(4) Aile ikamet izinleri, on sekiz yaşına kadar, öğrenci ikamet izni almadan ilk ve ortaöğretim kurumlarında eğitim hakkı sağlar.

(5) En az üç yıl aile ikamet izniyle Türkiye’de kalmış olanlardan on sekiz yaşını tamamlayanlar, talep etmeleri hâlinde bu izinlerini kısa dönem ikamet iznine dönüştürebilir.

(6) Boşanma hâlinde, Türk vatandaşıyla evli yabancıya, en az üç yıl aile ikamet izniyle kalmış olmak kaydıyla kısa dönem ikamet izni verilebilir.

Ancak yabancı eşin, aile içi şiddet gerekçesiyle mağdur olduğu ilgili mahkeme kararıyla sabit ise, üç yıllık süre şartı aranmaz.

(7) Destekleyicinin ölümü hâlinde, bu kişiye bağlı aile ikamet izniyle kalanlara,

süre şartı aranmadan kısa dönem ikamet izni verilebilir.”

Madde 11 (ÇHS) - ÇOCUKLARIN YASA DIŞI YOLLARLA ÜLKE DIŞINA ÇIKARILMA VE GERİ DÖNDÜRÜLMEDEN KORUNMA HAKKI

Madde 11 - 1. Taraf Devletler, çocukların yasa dışı yollarla ülke dışına çıkarılıp geri döndürülmemesi halleriyle mücadele için önlemler alırlar.

2. Bu amaçla Taraf Devletler iki ya da çok taraflı anlaşmalar yapılmasını ya da mevcut anlaşmalara katılmayı teşvik ederler.

Sözleşmenin 11. maddesindeki düzenleme bakımından 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun önem taşımaktadır.

Bu Kanunun amacı; velâyet hakkı ihlâl edilerek Sözleşmeye taraf bir ülkeden diğer bir taraf ülkeye götürülen veya alıkonulan çocuğun mutlak meskeninin bulunduğu ülkeye iadesine veya şahsî ilişki kurma hakkının kullanılmasına dair 25.10.1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşmenin uygulanmasını sağlamaya yönelik usûl ve esasları düzenlemektir (5717 s. Kanun m. 1).

Sözleşme'nin öngördüğü yükümlülükler, merkezi makam olan Adalet Bakanlığı tarafından, mahalli Cumhuriyet başsavcılıkları aracılığıyla yerine getirilir.

1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşmenin uygulanmasını sağlamak üzere, Adalet Bakanlığı'na idari ve adli işlemler yapmak yetkisi vermiştir. Çocuk kaçıran kişiye karşı dava açılması ve çocuğun yüksek yararının tehlikeye düşmesini önlemek üzere bakım ve gözetim tedbiri dahil, geçici koruma tedbirleri alınması düzenlenmiştir.

Bu konuda AİHM tarafından verilen kararlardan biri İlker Ensar Uyanık / Türkiye kararıdır.¹⁰

Bu dava, başvuran tarafından, eşiyle birlikte yaşadığı Amerika Birleşik Devletleri'ne çocuğunun dönmesini sağlamaya yönelik Türkiye'de başlatılan

¹⁰ İlker Ensar Uyanık / Türkiye kararı, 03.05.2012, Başvuru No: 60328/09.

yargılamalarla ilgilidir. Anne, kızıyla ABD’den Türkiye’ye geldikten sonra ABD’ye dönmeyip Türkiye’de kalmıştır. Başvuran, Türk mahkemelerinin 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin hükümlerine uyum sağlamadığına ve dolayısıyla bu mahkemeler önündeki yargılamaların adil olmadığına dair şikâyetçi olmuştur.

Mahkeme, Türk mahkemelerinin başvuranın aile bütünlüğünü kapsamlı bir değerlendirme yaparak incelemediğini, 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi’ne ilgili hükümlerine uyum sağlamadığına ve dolayısıyla AİHS 8’in ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Türkiye’ye karşı bir başka dava ise, Eskinazi ve Chelouche / Türkiye davasıdır.¹¹ Karara konu olan olayda, ilk başvuran (Ethel Teri Eskinazi), o sırada 4 yaşında olan kızıyla (ikinci başvuran, Caroline Chelouche) Türkiye’yi kısa süreli ziyaret etmeye gelmiş; fakat sonradan kızın babasının onaylamamasına rağmen kızıyla birlikte Türkiye’de kalmaya karar vermiştir. Başvuran daha sonra boşanmak için dilekçe sunmuştur. Daha önce eşi ile kendisine ait olan velayet, boşanmadan sonra geçici olarak başvurana verilmiştir. İsrail’de yaşayan eşi ise, anneye çocuğu İsrail’e getirmesine yönelik hüküm veren, 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşme’si kapsamında yaptığı eylemi “yasal olmayan bir şekilde çocuğun alıkonması” olarak sınıflandıran Tel Aviv Haham Mahkemesi’ne boşanma davası açmıştır. Çocuğun İsrail’e dönüşü için yargılama süreci başlatılmıştır. Türk mahkemelerinin kararı çocuğun Lahey Sözleşmesi hükümleri gereğince geri dönmesine yönelik olarak neticelenmiştir. Çocuğun babası icra davası açmıştır. AİHM’in Mahkeme İçtüzüğü’nün 39. maddesi (geçici tedbir) kapsamında belirtilmiş olan geçici tedbir, kararın icrasının durmasıyla neticelenmiştir. Başvuranlar çocuğun İsrail’e geri gönderilmesinin özel ve aile yaşamlarına saygı haklarının ihlal edilmesi anlamına geleceğini öne sürmüşlerdir. İlk başvurana göre, çocuğun annesinden ayrılması ve dilini konuşmadığı, iletişim noktaları olmayan bir ülkeye gönderilmesi çocuğun yararına değildir. Ayrıca, başvuran kızının İsrail’e gönderilmesi durumunda, Türk mahkemelerinde boşanmaya ve diğer ilgili hususlara ilişkin sonradan Haham Mahkemesince alınacak kararlar gibi adil yargılanma hakkından devamlı olarak mahrum edilebileceğini belirtmektedir.

Mahkeme başvurunun kabul edilemez (açıkça dayanaktan yoksun) olduğu sonucuna varmıştır. Bir bütün olarak dava dosyasının ışığında, Mahkeme, İsrail

¹¹ Eskinazi ve Chelouche / Türkiye kararı, 06.12.2005, Başvuru No: 14600/05.

merkezi yetkilileri çocuğun geri dönmesini talep ettikleri zamanda, bu çocuğun 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin amaçlarına aykırı bir şekilde götürüldüğünü varsaymıştır. Türk yetkililerinin ne Lahey Sözleşme'si kapsamında ne de başvuranların İsrail'de maruz kalabilecekleri yargılama işlemlerinde eksiklikler bulunması ihtimalinin “adil yargılanmanın alenen reddine” yol açmaya eğilimli olmasına dayanarak talebi reddedebilecekleri herhangi bir önemli gerekçeleri bulunmamaktadır. Sözleşme'nin 8. maddesinin (özel ve aile hayatına saygı hakkı) Lahey Sözleşmesi'nin ışığında yorumlanması gerektiğini yineleyen Mahkeme önündeki tüm delilleri göz önünde bulundurarak, çocuğun İsrail'e geri götürülmesi hususunda karar verirken Türk yetkililerinin Sözleşme'nin 6. maddesi (adil yargılanma hakkı), ya da 8. maddesince güvence altına alınmış aile hayatına saygı hakkı kapsamında yükümlülüklerini ihlal ettiklerinin düşünülmemeyeceğine karar vermiştir.

ÖNERİ 18: Türk ve Rus vatandaşlarının evliliklerinde çifte vatandaşlı çocuklar açısından yaşanan sorunlar giderilmelidir.

Madde 12 (ÇHS) - ÇOCUĞUN GÖRÜŞLERİNE SAYGI

Madde 12 - 1. Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar.

2. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır.

Sözleşmenin 12. maddesinde çocuğun hukuki durumunu etkileyen adli veya idari işlemler sırasında görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olan çocuklara, yaşı ve olgunluk seviyesine uygun olarak, görüş bildirme hakkı verilmesi öngörülmüştür.

Maddenin birinci fıkrası çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşünün alınması mecburiyetini getirirken, yaşı ve olgunluk seviyesi ile görüş oluşturma yeteneğini kriter olarak almıştır.

Bu husus özellikle ailenin kendi çocuğuna ilişkin konularda karar verirken ortaya çıktığı gibi, kamusal yaşamda çocuklara ilişkin oyun yerleri, parklar vs. yapılırken de gündeme gelebilir.

Maddenin ikinci fıkrası ise adli ve idari işlemler hususunda çocuğun görüşünün alınması konusunu düzenlemiştir. Bu kapsamda hukuk davalarında, ceza davalarında, sanık, tanık veya mağdur olarak bulunan çocukların dinlenmesi önem taşımaktadır.

Çocukların kendilerini ilgilendiren konularda, evde, toplumda, okulda veya kişisel adli ve idari konularda dinlenme hakkı vardır. Bu hakkın kullanılmasında usuli olarak çocuğun duruşmada değil de, yargıç tarafından özel olarak dinlenmesi çok önemli bir konudur. Örneğin babanın uyguladığı şiddet nedeniyle gündeme gelen bir velâyet davasında, çocuğun babanın bulunduğu bir salonda kendi görüşlerini rahatça ve gerçeğe uygun olarak ifade etmesi mümkün olmayabilmekte, babanın bir bakışı dahi, çocuğun konuşmasını engelleyebilmektedir. Bu sorunun giderilmesinde örnek olarak Alman modeli benimsenebilir. Almanya’da yargıç çocuğu kendi odasında ve cübbesiz olarak dinlemekte ve görüşme sonrasında konuşmaları duruşma tutanaklarına geçirmektedir.

A -Çocuğun Hukuk Davalarında Tanık Olarak Dinlenilmesi

Çocuğun tanık olarak dinlenmesine ilişkin yapılan tartışmalarda çocuğun hakim tarafından dinlenmesinin sağlıklı olmadığı ifade edilmektedir. Bu halde çocukların etki altında kalarak cevap verdikleri belirtilmektedir. Oysa ki, sosyal hizmet uzmanı çocuktan daha sağlıklı cevap alabilmektedir. Bu nedenle sosyal hizmet uzmanlarının daha işlevsel hâle getirilmesi önerilmektedir.

Nitekim Yargıtay’ın sosyal hizmet raporunu (3 kişilik bilirkişi heyeti raporu) mutlaka aradığı belirtilmekte, çocuk belli yaştan üzerindeyse mutlaka dinlenmesi gerektiği üzerinde durulmaktadır.

Çocukların tarafların etkisinden kurtarılmasının bir diğer yolu akraba olmayan bir kişi tarafından temsiline sağlanmasıdır. Çünkü çocuk ile aleyhine tanıklık yaptığı davanın tarafları arasında sağlıklı bir ilişki kurulması mümkün olmamaktadır.

Bir diğer husus ise, çocukların mahkeme salonlarına taşınmaması gerekliliğidir. Bu çerçevede sosyal hizmet uzmanlarının çalışma koşulları iyileştirilmeli ve davaya katılımları artırılmalı, çocuklar onların bulunduğu ortamda dinlenmelidir. Oysa uzmanların görüşme odaları bulunmadığı için mağdurlarla önceden görüşme imkânı dahi bulunmamaktadır.

Çocuğun görüşünün alınmasında, uluslararası düzenlemeler herhangi bir yaş sınırı öngörmemektedir. Bununla birlikte Sözleşme gereğince çocuğun yaşı ve olgunluk derecesi dikkate alınarak beş yaşındaki bir çocuk resim çizerek derdini anlatabilir.

ÖNERİ 19: Çocuğun görüşünün alınması kavramı geniş yorumlanmalıdır.

B - Çocuğun Dinlenmeyebileceği Haller

Uluslararası mevzuat ve iç hukuk, çocuğun mutlaka dinlenilmesini şart koşmamaktadır. Çocuğun durumu gözetilip ona göre dinlenmelidir. Çocuğun tanık olarak dinlenilmesine de mümkün olduğunca engel olunmalıdır. Çocuk mümkün olduğunca adli sürecin dışında bırakılması sağlanmalı ve çocuğun taraf haline getirilmesinden kesinlikle kaçınılmalıdır. Çocuğun görüşünün alınması mutlak bir kural olarak kabul edilmeden onun kullanmak isteyip istememesine bağlı bir tercih haline getirilmelidir. Özellikle taciz ve istismar olaylarında, çocukların görüşünün alınması, onlara tekrar travma yaşatmaktadır. Çocuk aynı travmayı yaşamak istemiyorsa ve hâkimin elinde yeterli delil varsa, ifade vermeye zorlamamalı ya da bu ifade mutlaka sözlü olmamalıdır.

Çocuğun dinlenilmesinden kaçınılmadığı hallerde, çocuğun menfaatinin korunması adına, CMK 236'da olduğu gibi çocuğun tek bir defa dinlenilmesi yöntemi hukuk davalarına da yansıtılabilir.

Çocuğun dinlenilmesinden sarfı nazar edilebilir mi? Çocuğun dinlenmesinde çocuğun menfaatine bakılmaktadır ve eğer menfaati gerektiriyorsa dinlenmemelidir. İsviçre Medeni Kanunu'nda buna ilişkin bir hüküm vardır, ancak Türk Medeni Kanunu'nda bu husus özel olarak düzenlenmemiştir. Uygulamada dahakim çocuğu dinlemekten sarfı nazar etmektedir. Ancak bunun hakim tarafından doğru şekilde gerekçelendirilmesi gerekmektedir.

ÖNERİ 20: Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin çocuklarla ilgili davalara ilişkin hükümlerinin iç hukuka aktarılması gerekmektedir.

C - Mağdur Çocuğun Ceza Davalarında Şikayet Hakkı ve Dinlenilmesi

Bilindiği üzere şikayet hakkı kişiye sıkı surette bağlı haklardandır. Bu hak sadece suçtan zarar gören tarafından kullanılabilir. Eğer çocuk, şikayete tabi bir suçtan zarar görmüşse, şikayet hakkını kural olarak bizzat kullanabilmelidir.

Şikayet hakkının kullanılması ile mağdurun rızası kavramlarını birbiriyle karıştırmamak gerekir. Mağdurun rızası (TCK 26) bir hukuka uygunluk sebebi iken, şikayet (TCK 73) bir kovuşturma şartıdır. Diğer bir deyişle, ortada rıza varsa fiil suç oluşturmayacakken, şikayet edilmemesi halinde suç teşkil eden bir fiilden dolayı soruşturma ve kovuşturma işlemleri başlamayacaktır.

Şikayet hakkının kullanılması özellikle TCK 104'teki "reşit olmayanla cinsel ilişki" suçu bakımından önem taşımaktadır. Türk hukukunda bir dönem bu suçta şikayet hakkının kime ait olduğu tartışılmıştır. Çocuğun yanı sıra velinin veya sadece velinin şikayet hakkı olduğunu savunanlar olduğu gibi, şikayet hakkının sadece çocuğa ait olduğunu ifade edenler de olmuştur. Netice olarak 15-18 yaş arasındaki çocukların mağdur olduğu bu suçta şikayet hakkının münhasıran suçtan zarar gören çocuğa ait olması gerekmektedir. Eğer velisi ile çocuğun iradeleri çatırırsa, çocuğun iradesine üstünlük tanınmalıdır.

Burada belirtilmesi gereken bir başka husus, özellikle cinsel suçlarla birlikte gündeme gelen TCK 234'teki çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçudur. Bu suç bakımından ise şikayet hakkının artık çocuğun velisine/ebeveynine ait olduğunu kabul etmek gerekir. Zira bu suçta korunan hukuksal yarar aile düzenidir.

Bir başka tartışmalı husus ise, TCK 104 bakımından mağdurun başta rıza göstermesi fakat sonradan şikayette bulunması ihtimalidir. Elbette rıza bir hukuka uygunluk sebebidir ve işlenen fiili en baştan itibaren hukuka uygun kılar. Dolayısıyla baştan itibaren hukuka uygun bir şekilde işlenen fiille ilgili olarak sonradan şikayette bulunulmasının bir etkisinin olmaması gerekir. Ancak özellikle Yargıtay içtihadına bakıldığında, başta rızanın varlığından bahsedilse bile, sonradan mağdurun şikayet etmesi halinde, soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin yapılması gerektiğinin vurgulandığı görülmektedir.

“Katılan mağdurenin aşamalarındaki anlatımları, savunma ile adli tıp uzmanı tarafından düzenlenen 19.04.2010 günlü, 10368 sayılı cinsel muayene raporu nazara alındığında, kayden 16.06.1993 doğumlu olup, suç tarihinde 17 yaşın içerisinde bulunan mağdure ile tanışıp arkadaş olan sanığın, olay günü dışarıda bulunduğu mağdureyle gittiği inşaatta cebir tehdit veya hile kullanmaksızın cinsel ilişkiye girmesinden sonra, onu götürdüğü evinde ihbar üzerine polis memurlarınca yakalandığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mağdurenin aşamalarda vekil huzurunda verdiği ifadelerinde sanıktan şikâyetçi olması karşısında, sanığın eyleminin TCK’nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu, bu suçun şikâyet üzerine takip edilen suçlardan olup, süresinde yapılan şikâyetin suçun oluşumu açısından yeterli olduğu göz önüne alınarak sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken anılan maddenin yorumunda hata yapılp geçerli rıza halinde sonradan başka saiklerle yapılan şikâyetin hukuken geçersiz olduğu şeklindeki kanuni olmayan gerekçeye dayanılarak yazılı şekilde beraat kararı verilmesi,” (14. CD, 28.05.2014, E. 2012/9853, K. 2014/7117).

D - Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Ceza Davasına Katılması Meselesi

6284 sK 20/2 gereğince, ASPB gerekli görmesi halinde kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan ceza davalarına katılabilmektedir. Aynı husus idari ve medeni yargılama ile çekişmesiz yargı açısından da geçerlidir.

Bakanlık tarafından yalnızca şiddet olaylarında değil, çocuklara yönelik cinsel istismar davalarında da davaya katılmayı kendi görev ve sorumlulukları arasında görmekte oldukları belirtilmiş ve 6284 sayılı yasanın yürürlüğe girişinden itibaren kadına karşı işlenen şiddet suçlarından dolayı 1030, çocuğa karşı işlenen şiddet suçlarından dolayı 796, çocuğa karşı işlenen cinsel istismar suçlarından dolayı 2345 olmak üzere toplam 4171 dava dosyasında mağdurların yanında yer aldıkları açıklanmıştır¹².

¹² <http://www.aile.gov.tr/haberler/turk-hukuk-sisteminde-aile-cocuk-ve-kadin-calistayi>

Mağdurların yanında davaya katılabilmek, bakanlık tarafından mağdur hakları açısından devrim niteliğinde bir gelişme olarak görülmektedir. Bununla birlikte, ceza muhakemesi hukukunun genel ilkeleri kapsamında şahsi dava ve şahsi hak davası kaldırılmış olduğundan asıl ceza davasının savcı tarafından yürütülen kamu davası şeklinde gerçekleştirilmesi ve katılmanın sadece çok istisnai hallerde kabul edilmesi yönündeki mukayeseli hukuk örnekleri açısından biz, çok sujeli davaların da uzadığını dikkate alarak yasa ile getirilen “kanuni katılma” taraftarı olmadığımızı belirtmek isteriz.¹³

E -Suça Sürüklenen Çocuğun Dinlenilmesi

ÇKK 15 uyarınca, suça sürüklenen çocuk hakkındaki soruşturma çocuk bürosunda görevli Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılır. Ayrıca çocuğun ifadesinin alınması veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında, çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurulabilir. Aynı kural kovuşturma evresi bakımından da geçerlidir (ÇKK 22). Mahkeme veya hâkim, çocuğun sorgusu veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurulabilir.

Madde 13 (ÇHS) - ÇOCUĞUN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Madde 13 - 1. Çocuk, düşüncesini özgürce açıklama hakkına sahiptir; bu hak ülke sınırları ile bağlı olmaksızın; yazılı, sözlü, basılı, sanatsal biçimde veya çocuğun seçeceği başka bir araçla her türlü haber ve düşüncelerin araştırılması, elde edilmesi ve verilmesi özgürlüğünü içerir.

2. Bu hakkın kullanılması yalnızca:

- a) Başkasının haklarına ve itibarına saygı,**
- b) Milli güvenliğin, kamu düzeninin, kamu sağlığı ve ahlakın korunması nedenleriyle ve kanun tarafından öngörülmek ve gerekli olmak kaydıyla yapılan sınırlamalara konu olabilir.**

¹³ YENİSEY Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2015, s. 161.

Sözleşmenin 13. maddesi çocuğun ifade özgürlüğünü düzenlemiştir. Çocuğa düşüncesini özgürce açıklama hakkı verilmiş ise de, yalnızca başkalarının haklarına saygı, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ve ahlakın korunması nedenleriyle sınırlama yapılabileceği düzenlemesiyle AİHS 10'daki daha geniş sınırlamalar çocuk hukuku bakımından kabul edilmemiştir.

Günümüzde internet erişiminin teknik imkanlar dolayısıyla artması karşısında, bilgiye ulaşma imkanları genişlemekle birlikte, akran zorbalığı ve benzer hukuka aykırı fiillerin işlenmesi de kolaylaşmıştır. Bu yönden internet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi ve bu yayınlar yoluyla işlenen suçlarla mücadele edilmesi adına 5651 sayılı kanun yürürlüğe girmiştir. Aşağıda bu husus ayrıntılı olarak açıklanacaktır. Çocuğun görüşlerini ifade etme hakkı, başka başlıklar altında da ele alındığından, ilgili başlıklara atıf yapmakla yetinmekteyiz.

Madde 14 (ÇHS) - ÇOCUĞUN DÜŞÜNCE, DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ

Madde 14 - 1. Taraf Devletler, çocuğun düşünce, vicdan ve din özgürlükleri hakkına saygı gösterirler.

2. Taraf Devletler, ana-babanın ve gerekiyorsa yasal vasilerin; çocuğun yeteneklerinin gelişmesiyle bağdaşır biçimde haklarının kullanılmasında çocuğa yol gösterme konusundaki hak ve ödevlerine, saygı gösterirler.

3. Bir kimsenin dinini ve inançlarını açıklama özgürlüğü kanunla öngörülmek ve gerekli olmak kaydıyla yalnızca kamu güvenliği, düzeni, sağlık ya da ahlaki ya da başkalarının temel hakları ve özgürlüklerini korumak gibi amaçlarla sınırlandırılabilir.

A - Türk Hukukundaki Durum

Türk Medeni Kanunu çocuğun dini eğitimini belirleme hakkını ana ve babaya vermiştir (MK 341). Sözleşmenin 14. maddesinde, çocuğun din ve vicdan özgürlüğü açısından sahip bulunduğu hakları kullanmasında ana babanın çocuğa yol gösterme hakkı bulunduğu belirtilmiştir. Ana ve babanın bu konudaki haklarını sınırlayacak her türlü sözleşmenin geçersiz ve erginin dinini seçmede özgür olduğu belirtilmiştir.

Oysa, İsviçre Medeni Kanunu'nda yeni getirilen düzenleme ile çocuğun dinini seçme yaşı 16'ya indirilmiştir. Kanaatimizce, ailenin dini eğitimi sonrasında çocuğun 16 yaşında dinini seçme özgürlüğünün verilmesi gerekmektedir. Zira dini seçme kişiye sıkı suretle bağlı bir haktır. Bu hususta ayırt etme gücüne sahip olan kişinin bu hakkını bizzat kullanabilmesi gerekmektedir.

Esas itibariyle din seçimin ailenin hakkı olmadığı, ailenin çocuğa dini eğitim verme hakkı bulunup, seçim hakkının çocuğa ait olduğu görüşü bulunmaktadır. Bu görüş çerçevesinde çocuğun nüfus cüzdanında din hanesi boş bırakılmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, uygulamada nüfus cüzdanında din hanesi boş olan bir çocuk İslam dininden sayılmaktadır. Bu sorunla TEOG sınavında karşılaşılmaktadır.

Bu çerçevede, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme suçunu düzenleyen TCK 115de göz önüne alınmalıdır. Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanat hürriyetlerini kullanılmasını engelleme TCK'da suç haline getirilmiştir. Bu maddenin çocuğun düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü koruduğu açıktır.

ÖNERİ 21: Çocuğa dinini seçme imkanı tanınmalıdır.

B - AİHM İçtihatları

I - Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye kararı (9 Ekim 2007)

Başvuran, ailesinin İslam'ın Alevilik mezhebini benimsediğini ifade ederek, İstanbul'da bir devlet okuluna devam eden kızının, 2001 yılında, din kültürü ve ahlak bilgisi dersinden muaf tutulmasını talep etmiştir. Başvuranın talepleri son olarak Danıştay önündeki temyizde reddedilmiştir. Başvuranlar, özellikle, din kültürü ve ahlak bilgisi dersinin devlet okullarında öğretiliş şeklinden, yani İslam inanç ve geleneğinin Sünni mezhebini övmesinden ve diğer dinler hakkında detaylı bilgiler sunmamasından şikâyetçi olmuştur.

Mahkeme, Sözleşme'nin 1 No.lu Ek Protokolünün 2. maddesi (eğitim hakkı) kapsamında bir ihlal bulunduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, Türkiye Cumhuriyeti Milli Eğitim Bakanlığı'nın din kültürü ve ahlak bilgisi derslerine ilişkin talimatnamelerini ve ders kitaplarını inceleyerek, özellikle, ders müfredatının, diğer dinler ve felsefelerle kıyasla İslam bilgisine daha çok ağırlık verdiğini ve kültürel dini törenler dâhil olmak üzere, Müslümanlık inancının temel ilkeleriyle alakalı belirli talimatlar verdiğini tespit etmiştir. Hristiyan veya Yahudi öğrencilerin din kültürü ve

ahlak bilgisi derslerinden muaf tutulması mümkün iken, bu dersler Alevilik mezhebini benimseyenler dâhil Müslüman çocuklar için zorunlu kılınmıştır.

Mahkeme ayrıca Sözleşme'nin 46. maddesi (bağlayıcı güç ve kararların icrası) kapsamında, tespit edilen ihlalin, Türkiye'de din dersine ilişkin ders müfredatının uygulanmasına dair bir sorundan ve ebeveynlerin inançlarına saygı gösterilmesini temin edecek uygun yöntemlerin bulunmayışından kaynaklandığı sonucuna varmıştır. Mahkeme, sonuç olarak, Türk eğitim sistemi ve mevzuatının, Sözleşme'nin 1 No.lu Ek Protokolünün 2. maddesi ile uyumlu hale getirilmesinin, uygun bir tazminat şekli olabileceği kanaatindedir.

II - Mansur Yalçın ve Diğerleri / Türkiye kararı (16 Eylül 2014)

Bu davada, İslamiyet'in mezheplerinden Alevi inancına bağlı olan başvurular, okullarda zorunlu din ve ahlak derslerinin içeriğinin İslamiyet'in Sünni anlayışına dayanmasından şikayetçi olmuşlardır.

Mahkeme, ilgili zamanda çocukları ortaokulda olan üç başvurulanla ilgili olarak Sözleşme'nin 1 No.lu Ek Protokolün 2. maddesinin (eğitim hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, özellikle dini eğitim konusunda Türk eğitim sisteminin hala ebeveynlerin inançlarına saygı gösterilmesini sağlamak için yeterli şekilde donanımlı olmadığını gözlemlemiştir.

Sözleşme'nin 46. maddesi (kararların bağlayıcılığı ve infazı) uyarınca, tespit edilen Sözleşme'nin 1 No.lu Ek Protokolün 2. maddesinin ihlalinin Hasan ve Eylem Zengin davasında hâlihazırda tanımlanan yapısal bir problemten kaynaklandığını gözlemleyerek, Mahkeme Türkiye'nin gecikmeden durumun düzeltilmesi için uygun önlemleri uygulamasına, özellikle ebeveynlerinin kendi dini veya felsefi inançlarını açıklama zorunda kalmadan öğrencilerin din ve ahlak derslerinden muaf tutulabilecekleri bir sistem getirilmesine karar vermiştir.

Madde 15 (ÇHS) - ÇOCUĞUN DERNEK KURMA VE BARIŞ İÇİNDE TOPLANMA HAKKI

Madde 15 - 1. Taraf Devletler, çocuğun dernek kurma ve barış içinde toplanma özgürlüklerine ilişkin haklarını kabul ederler.

2. Bu hakların kullanılması, ancak yasayla zorunlu kılınan ve demokratik bir toplumda gerekli olan ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni yararına olarak ya da kamu sağlığı ve ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla yapılan sınırlamalardan başkalarıyla kısıtlandırılamaz.

Sözleşmenin 15. maddesi, çocuğun dernek kurma ve barış içinde toplanma hakkını düzenlemektedir. Burada AİHS 11’de gördüğümüz dernek kurma ve toplantı özgürlüğü gündeme gelmektedir, ancak AİHS 11’den farklı olarak, sınırlama sebepleri arasında “suç işlenmesinin önlenmesi”ne yer verilmemesi dikkat çekicidir.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu uyarınca 15 yaşındakiler sendikaya üye olabilmektedirler (Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 17). Asgari çalışma yaşı da 15 olduğu için iki düzenleme paralel bir durum arz etmektedir. İş Kanunu 71 uyarınca, çalışma yaşı bakımından 14 yaşını doldurmuş olanlar da bazı hafif işler yapabilmektedirler. Ayrıca maddeye yeni getirilen düzenlemeyle reklamlarda ve dizilerde çocukların da yer almasından dolayı 14 yaşını doldurmamış olanlar da reklam, kültür ve sanat faaliyetlerinde izinle çalışabilirler. Görüldüğü üzere, belli alanlara münhasır da olsa, İş Kanunu’ndaki yaş sınırı esnetilmiştir. Ne var ki, söz konusu esneklik 6356 sayılı Kanun açısından da öngörülmediği için 15 yaşını doldurmamış çocuk işçi sendikaya üye olamayacaktır.¹⁴

ÖNERİ 22: Çocukların sendikaya üye olma hakkı genişletilmelidir.

Madde 16 (ÇHS) - ÇOCUĞUN ÖZEL YAŞAMINA SAYGI HAKKI

Madde 16 - 1. Hiçbir çocuğun özel yaşantısına aile, konut ve iletişimine keyfi ya da haksız bir biçimde müdahale yapılamayacağı gibi, onur ve itibarına da haksız olarak saldırılamaz.

2. Çocuğun bu tür müdahale ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.

¹⁴ Bu konu için ayrıca bkz. ÇOCUK İŞÇİLİĞİ

Sözleşmenin 16. maddesinde çocuğun özel yaşamına saygı hakkının korunduğu görülmektedir.

MK 23 vd. hükümleri gereğince, kişilik hakları, kişiye rağmen dahi korunmaktadır. Kişiye sıkı suretle bağlı hak olması sebebiyle kişilik haklarını kişinin bizzat kendisinin kullanması gerekmektedir. Bu çerçevede ayırt etme gücüne sahip çocuk, kişilik haklarını kendi kullanmalı ve ihlal söz konusu olması halinde dava açabilmelidir. Tam ehliyetsiz çocuğun ise, kanuni temsilcisi hakkın kullanılmaması çocuk aleyhine sonuç doğuruyor ise çocuk adına bu hakları kullanabilir.

A - Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kişisel verilere ilişkin en önemli yasal düzenleme olmuştur. Söz konusu Kanun ile çocuk ve da yetişkin ayrımı yapılmadan kişisel veriler koruma altına alınmıştır. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nda yer alan birçok hüküm de kişisel verilerin korunmasını sağlayıcı niteliktedir. Bu çerçevede; haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu (TCK 132), kişisel konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu (TCK 133), özel hayatın gizliliğini ihlal suçu (TCK 134), kişisel verilerin kaydedilmesi suçu (TCK 135), verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu (TCK 136) ve nitelikli hali düzenleyen TCK 137, verileri yok etmeme suçu (TCK 138) ve tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasına ilişkin TCK 140 sayılabilir.

B - Eğitim Kurumlarında ve Diğer Kurumlarda Yapılan Arama

Okullarda disiplinin korunması amacıyla sigara veya benzeri maddelerin bulunup bulundurulmadığını belirlemek üzere eğitim kurumlarında zaman zaman aramalar yapıldığı görülmektedir. AY 20 kapsamında her türlü arama için hakim kararı alınması gerekmekte ise de, mukayeseli hukukta bu tür önleme aramalarında idareye sınırlı olarak yetki verildiği de görülmektedir. Türk Hukukunda 2005 öncesindeki arama yönetmeliğinde buna ilişkin bir düzenleme yapılmış ve Danıştay tarafından iptal edilmişken, sonraki yönetmelik bu konuyu hiç düzenlememiştir. Okullarda hakim kararı alınarak arama yapılması ise 2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 19. maddesinde düzenlenmiştir.

C - Hapishanede Kalan Çocuklar Bakımından AİHM'in İctihadı

Bu konuda AİHM'in R.R. ve diğerleri / Macaristan kararı dikkat çekicidir.¹⁵ Dava, cezaevinde bulunan babanın suç örgütleriyle iletişimde kaldığı gerekçesiyle, bir ailenin (Macaristan'da yaşayan bir Sırp vatandaşı, nikâhsız birliktelik yaşadığı bir Macar vatandaşı ve üç küçük çocukları) resmi tanık koruma programından çıkarılmasıyla ilgilidir. Aile, mafya tarafından cezalandırılma riski bulunması sebebiyle, tanık koruma programından çıkartılmalarının hayatlarını tehlikeye soktuğunu iddia etmiştir.

Mahkeme, çocuklar ve anneleri bakımından Sözleşme'nin 2. maddesinin (yaşam hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, Macar Hükümetinin risklerin sona erdiğini göstermeden ve başvuruların yaşamlarını korumaya yönelik gerekli tedbirleri almadan, başvuruları başlangıçta kabul edildikleri programdan çıkardığını tespit etmiştir. Mahkeme Macar yetkililerin çocukları ve annelerini, suç çevrelerinden gelebilecek potansiyel bir intikam riskine maruz bıraktıkları sonucuna varmıştır. Mahkeme ayrıca Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca (kararların bağlayıcılığı ve infazı), ailenin korunması amacıyla gerekirse uygun gizli kimlikler sağlanması da dahil olmak üzere, gerekli tedbirlerin alınması gerektiğine karar vermiştir.

Madde 17 (ÇHS) - ÇOCUĞUN GEREK DUYDUĞU BİLGİLERE ERİŞİMİ

Madde 17 - Taraf Devletler, kitle iletişim araçlarının önemini kabul ederek çocuğun; özellikle toplumsal, ruhsal ve ahlaki esenliği ile bedensel ve zihinsel sağlığını geliştirmeye yönelik çeşitli ulusal ve uluslararası kaynaklardan bilgi ve belge edinmesini sağlarlar. Bu amaçla Taraf Devletler:

a) Kitle iletişim araçlarını çocuk bakımından toplumsal ve kültürel yararı olan ve 29 uncu maddenin ruhuna uygun bilgi ve belgeyi yaymak için teşvik ederler;

¹⁵ R.R. ve diğerleri / Macaristan kararı, 04.12.2012, Başvuru No: 19400/11.

b) Çeşitli kültürel, ulusal ve uluslararası kaynaklardan gelen bu türde bilgi ve belgelerin üretimi, değişimi ve yayımı amacıyla uluslararası işbirliğini teşvik ederler;

c) Çocuk kitaplarının üretimini ve yayılmasını teşvik ederler;

d) Kitle iletişim araçlarını azınlık grubu veya bir yerli ahaliye mensup çocukların dil gereksinimlerine özel önem göstermeleri konusunda teşvik ederler;

e) 13 ve 18 inci maddelerde yer alan kurallar göz önünde tutularak çocuğun esenliğine zarar verebilecek bilgi ve belgelere karşı korunması için uygun yönlendirici ilkeler geliştirilmesini teşvik ederler.

Çocuğun gerek duyduğu bilgilere erişimi hususu Sözleşmenin 17. maddesinde düzenlenmektedir. Özellikle kitle iletişim araçlarının önemine vurgu yapılan bu maddede, çocuğun toplumsal, ruhsal ve ahlaki esenliği ile bedensel ve zihinsel sağlığını geliştirmeye yönelik bilgi edinmesi gözetilmektedir.

Bu aşamada üzerinde durulması gereken kavram internettir. Özellikle bilgi çağı olarak nitelendirilen günümüzde internet, bilginin sınırlarını ortadan kaldıran bir araçtır. Günümüz çocukları adeta internetin içine doğmuşlardır. İnternet birçoğu için günlük hayatın vazgeçilmez bir parçasıdır. Öte yandan internet kullanımının faydası kadar zararı olduğu da bilinmektedir. Bu nedenle çocuklara, internetteki tehlikelerden uzak durarak azami yararı nasıl elde edebileceklerini öğretmek gerekir.

Avrupa Konseyi'nin internet bakımından çocuk haklarına özel bir önem verdiği bilinmektedir. Hatta Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından üye ülkelere yönelik CM/Rec(2014)6 sayılı İnternet Kullanıcıları İçin İnsan Hakları Rehberine Dair Tavsiye Kararı çıkarılmıştır. Bu Tavsiye Kararı'nda, çocuklar ve gençler başlığı altında, birtakım hükümlere yer verilmiştir. Buna göre, çocukların ve gençlerin internet kullanırken özel bir korumaya ve rehberliğe ihtiyaçları olduğu vurgulanmıştır. Üzerinde durulan hususlar, düşüncelerini serbestçe ifade edebilmeleri ve kendilerini ilgilendiren konularda görüş bildirmeleri, özel hayatlarının korunması, yarattıkları içeriklerin ileride kendilerine zarar verebileceğinden haberdar olmaları ve istekleri üzerine bu bilgilerin silinebileceği, kendilerine yönelik yasadışı fiiller hakkında yetkili makamlara bilgi verebilecekleri ve bu durumda isimlerinin açıklanmayacağı, cinsel istismar vb. şekillerinde ortaya çıkabilecek fiziksel,

psikolojik veya ruhsal esenliklerine yönelik müdahalelere karşı özel korumaya sahip olacaklarıdır.

İnternete ilişkin ileride başka açıklamalar da yapılacaktır.

Madde 18 (ÇHS) -ÇOCUĞUN YETİŞTİRİLMESİNDE ANA-BABANIN VE DEVLETİN SORUMLULUKLARI

Madde 18 - 1. Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler.

2. Bu Sözleşmede belirtilen hakların güvence altına alınması ve geliştirilmesi için Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesi konusundaki sorumluluklarını kullanmada ana-baba ve yasal vasilerin durumlarına uygun yardım yapar ve çocukların bakımı ile görevli kuruluşların, faaliyetlerin ve hizmetlerin gelişmesini sağlarlar.

3. Taraf Devletler, çalışan ana-babanın, çocuk bakım hizmet ve tesislerinden, çocuklarının da bu hizmet ve tesislerden yararlanma hakkını sağlamak için uygun olan her türlü önlemi alırlar.

Sözleşmenin 18. maddesinde ana-babaların, devletin yardımıyla yerine getirecekleri ortak sorumluluklardan söz edilmektedir. Bu bakımdan, çocuğun yetiştirilmesi ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın ortak sorumluluk altında olduğu vurgulanmaktadır. Yukarıda yapılan açıklamalarda, özellikle ana ve babanın birlikte yaşamadıkları durumlarda (boşanma) bile çocuk üzerinde ortak velayet haklarının olabilmesine imkan tanınmasından bahsedilmiştir. Burada da bu görüşlerin dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Devletin çocuğun yüksek yararının sağlanmasında ana-babaya yardımcı olmasını bir çocuk hakkı olarak düzenleyen bu madde devlete, çocuklara ait kreş vb. hizmetlerin sunulması yükümlülüğünü vermiştir.

Yabancı unsurlu olaylarda ise Türk vatandaşı çocuklar ciddi sorunlarla karşılaşmakta ve hatta Türkiye Cumhuriyeti'nin bu konudaki hak ve yükümlülükleri ihlal edilmektedir. Şöyle ki:

Alman mahkemeleri, Almanya' da yaşayan pek çok Türk vatandaşı çocuk hakkında Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine Ve Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Anlaşması'nın 1. maddesine dayanarak karar vermekte ve bu kararlara dayanarak Türk ailelerin, çocukları üzerindeki velâyet hakkını kaldırmakta ya da kısıtlamaktaydı. Hatta Alman makamları aldıkları tedbirlerle Türkiye' ye dönmüş ailelerin dahi Almanya' da bulunan çocuklarını Alman Gençlik Dairesine¹⁶ veya Almanya' da bulunan bir Alman koruyucu ailesinin yanına yerleştirmekte¹⁷ ve bu yolla çocukları Almanya' da tutmaktadı. Anlaşmanın yürürlüğü süresince, söz konusu durum karşısında Türk makamlarının 3. maddeye dayanan yetkilerini kullanarak neden çocuk ve ana-baba arasında bir otorite ilişkisi kurmadığı ve en azından bu otorite ilişkisine dayanarak neden çocukların Türkiye' de ki sosyal hizmetler kurumlarına ya da Türk koruyucu ailelerinin yanına yerleştirmedeği anlaşılamamaktadır. Somut olayda gerçekten velâyetin kısıtlanması veya kaldırılması gerekse dahi, bu durum Türk çocuklarının Almanya' da tutulmasına bir gerekçe oluşturmaz.

Türkiye 22.05.2016 tarihinde, Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşmeyi onaylamış ve yürürlüğe sokmuştur¹⁸. nin İlişik Çekince ve Beyanlarla Onaylanması Hakkında Karar ve 29719 Sayılı Resmî Gazete

ÖNERİ 23: Ortak velayet konusu irdelenmelidir.

¹⁶ Normal şartlar altında Alman Gençlik Dairesinin çocuğun velâyetini alma hakkı yoktur. Ancak, çocuğa (*Beistand*) adı verilen özel bir danışman atanmakta ve bu danışmana, anlaşma kapsamında çocuğu yetiştirme hakkı (*Erziehungbeistandshaft*) verilmektedir.

¹⁷ Örneğin, Berlin Eyalet Mahkemesinin 18.03.1983 tarih ve 83 T 73/83 sayılı kararı, Köln Sulh Hukuk Mahkemesinin T. 18.06.1986 ve K. 54 VIII T 919/85 kararı,.

¹⁸ RG, T. 22.05. 2016, S. 29719.

Madde 19 (ÇHS) - ÇOCUĞUN HER TÜRLÜ ŞİDDETE KARŞI KORUNMA HAKKI

Madde 19 - 1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suistimale, ihmal ya da ihmalkar muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alırlar.

2. Bu tür koruyucu önlemler; burada tanımlanmış olan çocuklara kötü muamele olaylarının önlenmesi, belirlenmesi, bildirilmesi, yetkili makama havale edilmesi, soruşturulması, tedavisi ve izlenmesi için gerekli başkaca yöntemleri ve uygun olduğu takdirde adliyenin işe el koyması olduğu kadar durumun gereklerine göre çocuğa ve onun bakımını üstlenen kişilere, gereken desteği sağlamak amacı ile sosyal programların düzenlenmesi için etkin usulleri de içermelidir.

A - Çocuğa karşı şiddet

Çocuğun her türlü şiddete karşı korunma hakkı Sözleşmenin 19. maddesinde düzenlenmektedir. Bu maddede yazılı hususlar bakımından Avrupa Konseyi çocuğun şiddete karşı korunması hususunu birkaç başlık altında ele almaktadır. Bunlar cismani ceza, cinsel şiddet, çocuk ticareti, okullarda şiddet, zorbalık ve aile içi şiddettir.

Cismani cezadan anlaşılması gereken, fiziksel gücün kullanıldığı ve belli bir dereceye kadar acı veya rahatsızlık veren her türlü cezadır. Bu ceza, çocukların insan onurunun ve vücut bütünlüğünün ihlali olarak kabul edilmektedir.

Cinsel şiddet bakımından akıllara Türkiye'nin de taraf olduğu ve 2012 yılında yürürlüğe soktuğu Çocukların Cinsel İstismara ve Cinsel Tacize Karşı Korunmasına Dair Sözleşme (Lanzarote Sözleşmesi) gelmektedir.

Bu sözleşmede de çocuğun yüksek yararı kavramı temel alınarak önleyici ve koruyucu düzenlemeler yapılması, mağdur çocuk ve ailesine yardım edilmesi, çocuk cinsel istismarı ve sömürüsünün suç haline getirilmesi, yeni suç kategorileri yaratılması, çocuğun cinsel istismar ve sömürüye karşı eğitilmesi, soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin çocuk dostu hale getirilmesi, hüküm giymiş cinsel suç faillerinin bilgilerinin kayıt ve muhafaza edilmesi gibi esaslar belirlenmiş ve

uluslararası işbirliğinin ile bir izleme mekanizması oluşturulmasının önemi vurgulanmıştır.

İnsan ticareti suçu, çocukların kimliklerini korumaları, eğitim, sağlık, dinlenme ve küçültücü muamele veya ceza görmeme haklarını da haklarını ortadan kaldırmaktadır. Avrupa’da çocuk ticareti, genellikle cinsel istismar veya zorla çalıştırma amacıyla yapılmaktadır. Ticareti yapılan çocuk başka bir alternatifi olmadığını düşündüğünden, fırsatı olsa dahi kaçmamaktadır.

B - Zorbalık ve Sindirilme

Çocuklara karşı şiddetin en fazla görülen şekli okullarda yaşanandır. Esasında okullardaki şiddet birkaç türlü olabilir: zorbalık, sindirme ve baskı altında hissettirme.

Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ile çocuğa karşı şiddet aile içerisinde önlenmeye çalışılmaktadır. Ancak maalesef bu konuda verilen tedbir kararlarının uygulanmasında sorunla karşılaşılmaktadır. Bu sorun belki buna özgü kolluk çalışanlarının özel bir birim oluşturması ve eğitilmesi ile mümkün olabilir.

Çocukların zorbalıkla ve sindirilmeye karşı karşıya geldikleri mecralardan biri de internettir. Hukuki düzenleme gereğince, internette yayımlanan görüntülerin yayından kaldırılması için karar verme süresi 4 saattir (bkz. 5651 sayılı İnternet Yoluyla İşlenen Suçlar Kanunu m. 8). Oysa çocuğun konu olduğu internetteki bazı görüntülerin 4 saatten çok daha kısa sürede ortadan kaldırılması gerekmektedir. İnternet Yoluyla İşlenen Suçlar Kanunu’ndaki süre çok uzundur, ama savcılığa ulaşırsa daha az sürede kaldırılması mümkün olabilir. Bu görüntülerin yayılması oldukça hızlı şekilde gerçekleştirilebilmektedir.

ÖNERİ 24: Çocukla ilgili tüm işlemlerin hızlandırılması gereklidir.

C - Fiziksel Cezaya ilişkin AİHM İctihatları

AİHM’in çocuğun her türlü şiddetten korunmasına ilişkin verdiği kararlar fiziksel ceza, aile içi şiddet ve taciz ile çocukların gizlice filme alınması hususlarında öne çıkmaktadır:

I - Tyre/ Birleşik Krallık (25 Nisan 1978)

15 yaşında bir erkek çocuğun okulda kendisinden büyük başka bir öğrenciye bedensel zarar verdiği gerekçesi ile fiziksel ceza ile cezalandırılmasını, bu çerçevede pantolon ve iç çamaşırının çıkartılmasından sonra bir polisin kendisine üç defa sopayla vurmasını, şiddetin kurumsallaşması olarak nitelendirerek insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağını ihlal kararı vermiştir.

II - A / Birleşik Krallık (23 Eylül 1998)

Zor bir çocuk olduğunu iddia ettiği 9 yaşındaki üvey çocuğunu sopayla birçok kez şiddetli biçimde döven baba hakkında başlatılan yargılamada, babanın makul cezalandırma savunmasını ileri sürerek beraat etmesi, AİHM tarafından çocuğun yeterli düzeyde korunmaması sebebi ile AİHS 3'ün ihlali olarak kabul edilmiştir.

Aile düzenine karşı suçlar arasında yer alan kötü muamele suçu burada ele alınmalıdır. TCK 232/1'de aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamele sayılabilecek bir davranışta bulunmanın cezalandırıldığı görülmektedir. Elbette kötü muamelenin yaralama düzeyine gelmesi halinde, TCK 86 vd.'nin uygulanması gerekecektir. Bu noktada ceza hukuku bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olarak sayılabilecek tedip hakkı gündeme gelebilir. Yukarıda da bu konudan bahsedilmiştir. Tedip hakkının sınırının iyi çizilmesi gerekir. Özellikle ülkemizde çoğu zaman tedip hakkı çerçevesinde kabul edilebilecek fiillerin aslında TCK 232/2 kapsamına girdiği bilinmektedir.

III - Kayak / Türkiye (10 Temmuz 2012)

Dava, başvuranların oğlu ve erkek kardeşi olan 15 yaşındaki bir kişinin bir öğrenci tarafından okulun önünde bıçaklanarak öldürülmesiyle ilgilidir. Başvuranlar söz konusu kişinin, okul idaresinin ihmali nedeniyle hayatını kaybettiğini ileri sürmüşlerdir. Başvuranlar ayrıca idari tazminat yargılamalarının uzunluğundan şikâyet etmişlerdir.

Mahkeme, öğrencilerin yaşı nedeniyle savunmasız oldukları dikkate alındığında, okul yöneticilerinin, öğrencilerin sağlık ve refahlarının korunmasında temel bir rol oynadıklarını ve öğrencileri okulun gözetimi altında bulundukları zamanlarda maruz kalabilecekleri her türlü şiddet ögesine karşı korumakla yükümlü olduklarını yinelemiştir. Eğitim çalışanlarından öğrencileri sürekli olarak gözetlemesi beklenemez. Ancak, okulun içinde ve dışındaki faaliyetler daha fazla gözetleme

gerektirmektedir. Mahkeme mevcut davada, okul idaresinin, güvenlik sorunlarını yetkili makamlara bildirdiğini ve hatta polis yardımı istediğini ancak herhangi bir sonuç alamadığını vurgulamıştır. Mahkeme, mevcut davanın koşulları altında, Türk yetkililerin okul binalarının denetlenmesini sağlama görevlerini yerine getiremediklerini tespit ederek, Sözleşme'nin 2. maddesinin (yaşam hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, beş yıl üç ay süren tazminat davasının aşırı uzun sürmesi nedeniyle, Sözleşme'nin 6/1 maddesinin (makul bir süre içerisinde adil yargılanma hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir.

IV - E. ve Diğerleri / Birleşik Krallık (no. 33218/96) (26 Kasım 2002)

Üç kız kardeş ve erkek kardeşleri yıllarca annelerinin erkek arkadaşı tarafından fiziksel (dört çocuğun hepsi) ve cinsel (kızlar) tacize maruz kaldığı olayda, şahıs kızlardan ikisine saldırı suçundan mahkûm edilmiş, ardından ailenin yanına yerleşip şartlı tahliye koşullarını ihlal ederek aynı eylemleri gerçekleştirmeye devam etmiştir. Şahıs, diğer fiillerinin yanı sıra çocukları zincir ve kırbaça birbirlerine vurmaya zorlamış ve bazen kendisi de bu dayak faaliyetine katılmıştır. Bu olaylar nedeniyle kızlar ağır travma sonrası stres bozukluğu, erkek çocuk ise kişilik sorunları yaşamıştır. AİHM, sosyal hizmet görevlilerinin çocukları koruyamaması nedeni ile AİHS 3'e aykırılık kararı vermiştir.

V - Juppala / İsveç (2 Aralık 2008)

Büyükannenin üç yaşındaki torununu doktora götürmesi ve torununun, babası tarafından dövülmüş olabileceği şüphesini dile getirmesinin ardından, damadına hakaret etmekten mahkûm edilmesiyle ilgili davada, AİHM ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre insanlar, uygun bir bildirme usulü bağlamında adli hüküm ya da oluşan zarar veya masraflar için tazminat ödeme yükümlülüğü korkusu olmadan, çocuk istismarına yönelik bir şüpheyi iyi niyet çerçevesinde özgürce dile getirebilmelidirler.

VI - E.S. ve Diğerleri / Slovakya (no. 8227/04) (15 Eylül 2009)

Başvuran 2001 yılında eşini terk etmiş, kendisine ve (1986, 1988 ve 1989 doğumlu) çocuklarına kötü muamelede bulunduğu ve ayrıca kızlarından birine cinsel istismarda bulunduğu iddiasıyla eş hakkında suç duyurusunda bulunmuştur. Şahıs 2 yıl sonra şiddet ve cinsel istismar suçlarından mahkûm edilmiştir. Ancak mahkeme

başvuranın, eşinin mülküne erişim hakkını engelleme yetkisinin olmadığını belirterek, eşinin evlerinden uzaklaştırılması yönündeki talebini reddetmiştir (başvuran, mülkiyet hakkını sadece boşanarak sonlandırabilir). Bu nedenle, başvuran ve çocukları arkadaşlarından ve yakınlarından uzaklaşmak zorunda kalmış ve çocuklardan ikisi okullarını değiştirmişlerdir. Mahkeme, Slovakya'nın başvuranı ve çocuklarını, başvuranın eşi tarafından gerçekleştirilen şiddete karşı derhal koruma altına alma yükümlülüğünü yerine getirmediğini kaydederek, AIHS 3 ve 8'in ihlal edildiğine karar vermiştir.

D - Çocuğun Basına Karşı Korunması

Çocukların basına karşı korunması için özellikle mağdur çocukların isimlerinin kullanılmaması, fotoğraflarının yayınlanmaması gerektiği hususunda görüş bildirilmiştir. Buradan hareketle, çocuğun ölmesi halinde dahi fotoğrafının yayınlanmaması gerekmektedir.

Elbette basına karşı getirilecek koruma çoğu zaman çocuğun özel hayatının gizliliğinin korunması amacını güdecektir. Nitekim bu konuya yukarıda değinilmiştir. Burada üzerinde durulması gereken husus, basının haber verme hakkı, dolayısıyla halkın haber alma hakkı ile çocuğun özel hayatının gizliliği arasında kurulması gereken dengedir. Bu dengenin nasıl korunacağına dair çok sayıda bilimsel çalışma ve içtihat vardır. Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu çocuğun özel hayatı olduğunda, kanaatimizce korumanın ön planda tutulması daha uygun olacaktır.

Bir başka husus ise Basın Kanunu'nun 21. maddesindeki düzenlemedir. 21. maddenin başlığı "Kimliğin açıklanmaması"dır. Maddenin birinci fıkrasının c bendine göre, süreli yayınlarda onsekiz yaşından küçük olan suç faili veya mağdurlarının kimliklerini açıklayacak ya da tanınmalarına yol açacak şekilde yayın yapanlar para cezasına mahkum edileceklerdir. Burada "suç faili çocuk" teriminin kullanılması, Çocuk Koruma Kanunu'nun kullandığı terminolojiyle bağdaşmamaktadır. Ancak 5187 sayılı Basın Kanunu'nun Çocuk Koruma Kanunu'ndan daha önce yürürlüğe girdiği ve o dönemde Türk Hukuku'nda "suça sürüklenen çocuk" kavramının kullanılmadığı da bilinmektedir.

Madde 20 (ÇHS) - AİLE ORTAMINDAN YOKSUN BIRAKILMIŞ ÇOCUKLAR

Madde 20 - 1. Geçici ve sürekli olarak aile çevresinden yoksun kalan veya kendi yararına olarak bu ortamda bırakılması kabul edilmeyen her çocuk, Devlettten özel koruma ve yardım görme hakkına sahip olacaktır.

2. Taraf Devletler bu durumdaki bir çocuk için kendi ulusal yasalarına göre, uygun olan bakımı sağlayacaklardır.

3. Bu tür bakım, başkaca benzerleri yanında, bakıcı aile yanına verme, İslam Hukukunda kefalet (kafalah), evlat edinme ya da gerekiyorsa çocuk bakımı amacı güden uygun kuruluşlara yerleştirmeyi de içerir. Çözümler düşünülürken, çocuğun yetiştirilmesinde sürekliliğin korunmasına ve çocuğun etnik, dinsel, kültürel ve dil kimliğine gereken saygı gösterilecektir.

Sözleşmenin 20. maddesi aile ortamından yoksun bırakılmış çocuklarla ilgili düzenleme getirmiştir.

Türk hukukunda da aile ortamından yoksun bırakılmış çocukların korunması ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Bu konuda başta gelen norm, “Çocukların Yerleştirilmesi” başlıklı MK 347’dir. Buna göre, “*Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa hakim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir.*” (MK347/1). Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında da, “*Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hakim aynı önlemleri alabilir.*” hükmü dikkat çekmektedir.

Türk Medeni Kanunu’nun dışında, Sosyal Hizmetler Kanunu’nun 23. maddesinde “Koruyucu aile” müessesesi düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; mahkemece korunma kararı alınan korunmaya muhtaç çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi bu Kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda olduğu kadar Kurumun denetim ve gözetiminde bir "Koruyucu Aile" tarafından da yerine getirilebilmekte, koruyucu aile, korunmaya muhtaç çocuğun bakımını ve yetiştirilmesini gönüllü olarak üstlenebileceği gibi Kurumca tespit edilecek ve ödenecek bir ücret karşılığında da yapabilmektedir. Koruyucu ailelerin seçimine, çocukla ilgili sorumluluklarına,

Kurumla olan ilişkilerine, hizmetin işleyişine ve aileye bu hizmeti karşılığı ödenecek ücrete ilişkin esaslar bir yönetmelikle düzenlenmiştir.

Yine Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesinde koruyucu ve destekleyici tedbirler arasında yer alan “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 yerleştirilmesini öngörmektedir.

Son olarak 14.12.2012 tarihli ve 28497 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Koruyucu Aile Yönetmeliği’nin hükümleri de, aile ortamından yoksun bırakılmış çocukların korunması ve koruyucu aile yanına yerleştirilmesi ile ilgili hususları düzenlemiştir.

Madde 21 (ÇHS) - EVLAT EDİNME

Madde 21 - Evlat edinme sistemini kabul eden ve/veya buna izin veren Taraf Devletler, çocuğun en yüksek yararlarının temel düşünce olduğunu kabul edecek ve aşağıdaki ilkeleri gerçekleştireceklerdir:

a) Bir çocuğun evlat edinilmesine ancak yetkili makam karar verir. Bu makam uygulanabilir yasa ve usullere göre ve güvenilir tüm bilgilerin ışığında; çocuğun, ana-babası, yakınları ve yasal vasisine göre durumunu göz önüne alarak ve gereken durumlarda tüm ilgililerle yapılacak görüşme sonucu onların da evlat edinme konusundaki onaylarını alma zorunluluğuna uyarak, kararını verir.

b) Çocuğun kendi ülkesinde elverişli biçimde bakılması mümkün olmadığı veya evlat edinecek veya yanına yerleştirilecek aile bulunmadığı takdirde, ülkelerarası evlat edinmenin çocuk bakımından uygun bir çözüm olduğunu kabul ederler.

c) Başka bir ülkede evlat edinilmesi düşünülen çocuğun, kendi ülkesinde mevcut evlat edinme durumuyla eşdeğer olan güvence ve ölçülerden yararlanmasını sağlarlar.

d) Ülkelerarası evlat edinmede, yerleştirmenin ilgililer bakımından yasadışı para kazanma konusu olmaması için gereken bütün önlemleri alırlar.

e) Bu maddedeki amaçları, uygun olduğu ölçüde, ikili ya da çok taraflı düzenleme veya anlaşmalarla teşvik ederler ve bu çerçevede, çocuğun başka bir ülkede yerleştirilmesinin yetkili makam veya organlar tarafından yürütülmesini güvenceye almak için çaba gösterirler.

A - Üvey Çocuğun Evlat Edinilmesine İlişkin Hüküm İçi Boşluk

İlk olarak eleştirilen husus evlilik birliğinin en az 5 yıl sürmesi koşuluna alternatif olarak getirilen eşlerin 30 yaşını doldurmuş olmaları koşuludur. Buna göre, eşler 5 yıl evli kalmasalar dahi 30 yaşını doldurmuş iseler diğerinin çocuğunu evlat edinebilmektedir. Oysa aranması gereken evlilik birliğinin temellerinin sağlam olmasıdır. Zira eşin çocuğunu evlat edinmelerinden sonra boşanmaları halinde önemli sorunlarla karşılaşmaktadır.

ÖNERİ 25: Evlat edinme kolaylaştırılmalıdır.

B - Mirasla İlgili Düzenleme

MK314/II gereğince, sadece evlatlık evlat edinenin mirasçısı olur, evlât edinen evlatlığa mirasçı olamaz. Ancak çocuğa uzun zaman bakmayan hatta hiç ilgilenmeyen biyolojik anne baba MK 314/V gereğince çocukla soybağı ilişkileri devam ettiği için çocuğa mirasçı olabilmektedir.

ÖNERİ 26: Evlat edinme ilişkisinde miras hakkı gözden geçirilmelidir.

Türk hukuku bakımından şekle aykırı evlat edinmelere benzeyen bir uyuşmazlık, AİHM önüne gelmiştir. Üvey kız kardeşin talebi üzerine, bir kadının evlat edinme işlemi iptal edilmiştir. Söz konusu iptal, 31 yıl sonra ve üvey annelerinin ölümünden 18 yıl sonra uygun bulunmuştur. Başvuran, dokuz yaşından beri üvey annesiyle yaşadığını ve ilişkilerinin sevgi, sorumluluk ve karşılıklı desteğe dayandığını söyleyerek kendisi özellikle evlat edinilmesinin iptal edilmesinin, aile hayatına yönelik keyfi ve orantısız bir ihlal olduğunu ileri sürmüştür. Başvuran evlat edinilmesinin iptal edilmesinden sonra üvey annesinden miras kalan ormanın beş hektarlık tapusunu kaybetmesinden dolayı da şikâyetçi olmuştur. Mahkeme ilk defa, üvey ebeveynlerin öldüğü ve evlat edinilen çocuğun erişkinliğe ulaşmasına uzun süre olduğu bağlamda bir evlat edinilme kararının iptal edilmesini dikkate almak zorunda

kalmıştır. Başvuranın davasında, Mahkeme, iptal etme kararının belirsiz olduğunu ve bu tür radikal bir tedbir almak için gerekçelendirmede bulunulmadığını tespit ederek, aile hayatına müdahalenin ilgili ve yeterli gerekçeler tarafından desteklenmediği, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) sonucuna varmıştır. Mahkeme, özellikle, her durumda, evlat edinilmenin iptal edilmesini evlat edilen bir çocuğa karşı bir tedbir olarak dahi öngörülmemesi gerektiğini belirtmiştir ve evlat edinme hususlarına ilişkin yasal hükümlerde ve kararlarda çocuk çıkarlarının en ön planda tutulması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme, bu nedenle ihtilaflı arazi üzerine başvuranın mülkiyet hakkına orantısız müdahale edildiğinden ötürü Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin (mülkiyetin korunması) ihlal edildiğine karar vermiştir (Zaiet/Romanya 24 Mart 2015)

Ceza hukuku bakımından evlat edinmenin önem arz ettiği bazı durumlar vardır. Özellikle birtakım suçlarda fail ile mağdur arasındaki evlat edinme ilişkisine hukuki sonuçlar bağlandığı görülmektedir. Örneğin TCK 102, 103, 227'deki suçlarda, suçun faili ile mağdur arasında böyle bir ilişki bulunması cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Öte yandan TCK 167'de yağma ve nitelikli yağma hariç malvarlığına karşı suçların, TCK 245/4'te de banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun evlat edinenin veya evlatlığın zararına işlenmesi durumunda, fail hakkında cezaya hükmolunmayacağı belirtilmiştir. Öte yandan TCK 82'de olduğu gibi suçun üstsoy veya altsoydan birine karşı işlenmesinin nitelikli hal olarak düzenlendiği durumlarda, aralarında evlat edinme ilişkisi olan kişilerin bu kapsamda sayıldığı bilinmektedir. TCK'daki yeknesaklığın sağlanması bakımından ya ayrıca evlat edinmeden bahsedilmemesi ve bunun üstsoy veya altsoy ilişkisi kapsamında olduğu kabul edilmeli ya da evlat edinme ilişkisi ilgili hükümlerde ayrıca vurgulanmalıdır.

Madde 22 (ÇHS) - MÜLTECİ ÇOCUKLARA ÖZGÜ HAKLAR

Madde 22 - 1. Taraf Devletler, ister tek başına olsun isterse ana babası veya herhangi bir başka kimse ile birlikte bulunsun, mülteci statüsü kazanmaya çalışan ya da uluslararası veya iç hukuk kural ve usulleri uyarınca mülteci

sayılan bir çocuğun, bu Sözleşmede ve insan haklarına veya insani konulara ilişkin ve söz konusu Devletlerin taraf oldukları diğer Uluslararası sözleşmelerde tanınan ve bu duruma uygulanabilir nitelikte bulunan hakları kullanması amacıyla koruma ve insani yardımdan yararlanması için gerekli bütün önlemleri alırlar.

2. Bu nedenle, Taraf Devletler, uygun gördükleri ölçüde, Birleşmiş Milletler Teşkilatı ve onunla işbirliği yapan hükümetlerarası ve hükümet dışı yetkili başka kuruluşlarla bu durumda olan bir çocuğu korumak, ona yardım etmek, herhangi bir mülteci çocuğun ailesi ile yeniden bir araya gelebilmesi için ana-babası veya ailesinin başka üyeleri hakkında bilgi toplamak amacıyla işbirliğinde bulunurlar. Herhangi bir nedenle kendi aile çevresinden sürekli ya da geçici olarak ayrı düşmüş bir çocuğa bu Sözleşmeye göre tanınan koruma, aynı esaslar içinde, ana-babası ya da ailesinin başkaca üyelerinden hiçbirisi bulunamayan çocuğa da tanınacaktır.

Sözleşmenin 22. maddesi mülteci çocuklar hakkında düzenleme getirmektedir. Sınıraşan suçlar nedeniyle ortaya çıkan olumsuz durumlar, insanların mülteci konumuna gelmesini sonuçlamıştır.

Bu noktada ele alınması gereken mevzuat 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'dur. Ayrıca göç idaresi ile ilgili düzenlemeler de önemlidir.

YUKK Refakatsiz çocuklar Madde 66 - "(1) Uluslararası koruma başvurusunda bulunan refakatsiz çocuklar hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır:

a) Refakatsiz çocuklarla ilgili tüm işlemlerde çocuğun yüksek yararının gözetilmesi esastır. Başvuru alındığı andan itibaren, haklarında 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu hükümleri uygulanır.

b) Refakatsiz çocuğun görüşü dikkate alınarak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından, uygun konaklama yerlerine veya yetişkin akrabalarının veya koruyucu bir ailenin yanına yerleştirilir.

c) On altı yaşını doldurmuş olanlar, uygun koşullar sağlandığında kabul ve barınma merkezlerinde de barındırılabilir.

ç) Mümkün olduğu ölçüde, çocukların yararı, yaşları ve olgunluk düzeyleri dikkate alınarak, kardeşler bir arada bulundurulur. Zorunlu olmadığı sürece konaklama yerlerinde değişiklik yapılmaz.

17.03.2016 tarihli ve 29656 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İnsan Ticaretiyle Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik’te desteklenecek ve ikamet izni verilecek mağdurların tanımı yapılmıştır. Yönetmeliğin 17. maddesinde mağdurun tanımı yapılmıştır. Yönetmelik’te ayrıca insan ticareti mağduru çocuklarla ilgili hükümler de vardır (Yönetmelik m. 24). Bu mağdurların korunması, barındırılması ve destek hizmetleri verilmesi söz konusudur (Yönetmelik m. 25 vd.).

Madde 23 (ÇHS) - ENGELLİ ÇOCUKLARIN HAKLARI

Madde 23 - 1. Taraf devletler, zihinsel ya da bedensel özürlü çocukların saygınlıklarını güvence altına alan, özgüvenlerini geliştiren ve toplumsal yaşama etkin biçimde katılmalarını kolaylaştıran şartlar altında eksiksiz bir yaşama sahip olmalarını kabul ederler.

2. Taraf Devletler, özürlü çocukların özel bakımdan yararlanma hakkını tanırlar ve eldeki kaynakların yeterliliği ölçüsünde ve yapılan başvuru üzerine, yardımdan yararlanabilecek durumda olan çocuğa ve onun bakımından sorumlu olanlara, çocuğun durumu ve ana-babanın veya çocuğa bakanların içinde bulundukları koşullara uygun düşecek yardımın yapılmasını teşvik ve taahhüt ederler.

3. Özürlü çocuğun, özel bakıma gereksinimi olduğu bilincinden hareketle bu maddenin 2 nci fıkrası uyarınca yapılması öngörülen yardım, çocuğun ana-babasının ya da çocuğa bakanların parasal (mali) durumları göz önüne alınarak, olanaklar ölçüsünde ücretsiz sağlanır. Bu yardım; özürlü çocuğun eğitimi, meslek eğitimi, tıbbi bakım hizmetleri, rehabilitasyon hizmetleri, bir işte çalışabilecek duruma getirme hazırlık programları ve dinlenme/eğlenme olanaklarından etkin olarak yararlanmasını sağlamak üzere düzenlenir ve çocuğun en eksiksiz biçimde toplumla bütünleşmesi yanında, kültürel ve ruhsal yönü dahil bireysel gelişmesini gerçekleştirme amacını güder.

4. Taraf Devletler, uluslararası işbirliği ruhu içinde, özürlü çocukların koruyucu sıhhi bakımı, tıbbi, psikolojik ve işlevsel tedavileri alanlarına ilişkin gerekli bilgilerin alışverişi yanında, rehabilitasyon, eğitim ve mesleki eğitim hizmetlerine ilişkin yöntemlerin bilgilerini de içerecek şekilde ve Taraf Devletlerin bu alanlardaki güçlerini, anlayışlarını geliştirmek ve deneyimlerini zenginleştirmek amacıyla bilgi dağıtımını ve bu bilgidен yararlanmayı teşvik ederler. Bu bakımdan, gelişmekte olan ülkelerin gereksinimleri, özellikle gözönüne alınır.

Engelli çocuğun, özel bakıma gereksinimi olduğu bilincinden hareketle bu maddenin 2. fıkrası uyarınca yapılması öngörülen yardım, çocuğun ana-babasının ya da çocuğa bakanların parasal (mali) durumları göz önüne alınarak olanaklar ölçüsünde ücretsiz sağlanır. Bu yardım; engelli çocuğun eğitimi, meslek eğitimi, tıbbi bakım hizmetleri, rehabilitasyon hizmetleri, bir işte çalışabilecek duruma getirme hazırlık programları ve dinlenme/eğlenme olanaklarından etkin olarak yararlanmasını sağlamak üzere düzenlenir ve çocuğun eksiksiz biçimde toplumla bütünleşmesi yanında, kültürel ve ruhsal yönü dahil bireysel gelişmesini gerçekleştirme amacını güder.

Taraf Devletler, uluslararası işbirliği ruhu içinde, özürlü çocukların koruyucu sıhhi bakımı, tıbbi, psikolojik ve işlevsel tedavileri alanlarına ilişkin gerekli bilgilerin alışverişi yanında, rehabilitasyon, eğitim ve mesleki eğitim hizmetlerine ilişkin yöntemlerin bilgilerini de içerecek şekilde ve Taraf Devletlerin bu alanlardaki güçlerini, anlayışlarını geliştirmek ve deneyimlerini zenginleştirmek amacıyla bilgi dağıtımını ve bu bilgidен yararlanmayı teşvik ederler. Bu bakımdan, gelişmekte olan ülkelerin gereksinimleri, özellikle gözönüne alınır.

Sözleşme tercümesinde özürlü denmesine karşın, Türk hukukunda 2013 yılında 6462 s. kanun¹⁹ ile mevzuatımız genelinde engelli bireylere yönelik yer alan ifadeler değiştirilmiştir.

¹⁹ Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Yer Alan Engelli Bireylere Yönelik İbarelerin Değiştirilmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Madde 24 (ÇHS) - ÇOCUĞUN SAĞLIK VE SAĞLIK HİZMETLERİNDEN YARARLANMA HAKKI

Madde 24 - 1. Taraf Devletler, çocuğun olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşma, tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmetlerini veren kuruluşlardan yararlanma hakkını tanırlar. Taraf Devletler, hiçbir çocuğun bu tür tıbbi bakım hizmetlerinden yararlanma hakkından yoksun bırakılmamasını güvence altına almak için çaba gösterirler.

2. Taraf Devletler, bu hakkın tam olarak uygulanmasını takip ederler ve özellikle:

- a) Bebek ve çocuk ölüm oranlarının düşürülmesi;**
- b) Bütün çocuklara gerekli tıbbi yardımın ve tıbbi bakımın; temel sağlık hizmetlerinin geliştirilmesine önem verilerek sağlanması;**
- c) Temel sağlık hizmetleri çerçevesinde ve başka olanakların yanı sıra, kolayca bulunabilen tekniklerin kullanılması ve besleyici yiyecekler ve temiz içme suyu sağlanması yoluyla ve çevre kirlenmesinin tehlike ve zararlarını göz önüne alarak, hastalık ve yetersiz beslenmeye karşı mücadele edilmesi;**
- d) Anneye doğum öncesi ve sonrası uygun bakımın sağlanması;**
- e) Bütün toplum kesimlerinin özellikle ana-babalar ve çocukların, çocuk sağlığı ve beslenmesi, anne sütü ile beslenmenin yararları, toplum ve çevre sağlığı ve kazaların önlenmesi konusunda temel bilgileri elde etmeleri ve bu bilgileri kullanmalarına yardımcı olunması;**
- f) Koruyucu sağlık bakımlarının, ana-babaya rehberliğini, aile planlaması eğitimi ve hizmetlerinin geliştirilmesi; amaçlarıyla uygun önlemleri alırlar.**

3. Taraf Devletler, çocukların sağlığı için zararlı geleneksel uygulamaların kaldırılması amacıyla uygun ve etkili her türlü önlemi alırlar.

4. Taraf Devletler, bu maddede tanınan hakkın tam olarak gerçekleştirilmesini tedricen sağlamak amacıyla uluslararası işbirliğinin geliştirilmesi ve teşviki konusunda karşılıklı olarak söz verirler. Bu konuda gelişmekte olan ülkelerin gereksinimleri özellikle göz önünde tutulur.

Sözleşmenin 24. maddesi çocuğun sağlık ve sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkını düzenlemektedir.

Bu konuyla ilgili olarak çocuk dostu sağlık bakımı kavramı gündeme gelmiştir. Hatta Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 2011 yılında Çocuk Dostu Sağlık Bakımına Dair Ana Esasları kabul etmiştir. Bu belgede çocukların hakları ve ihtiyaçlarının merkeze alındığı görülmektedir.

Madde 25 (ÇHS) - YERLEŞTİRME UYGULAMASINI DENETİM HAKKI

Madde 25 - Taraf Devletler, yetkili makamlarca korunma ve bakım altına alma, bedensel ya da ruhsal tedavi amaçlarıyla hakkında bir yerleştirme tedbiri uygulanan çocuğun, gördüğü tedaviyi ve yerleştirilmesine bağlı diğer tüm şartları belli aralıklarla gözden geçirme hakkına sahip olduğunu kabul ederler.

Sözleşmenin 25. maddesi devlete, risk altındaki çocukları koruma ve bakım altına almak yükümlülüğünü vermektedir. Buradaki amaç, çocuğun korunması, bakımı ve tedavisidir. Yerleştirilen çocuklar, aile çevresinden ayrı kalmış, evlat edinilmiş, mülteci, engelli, fiziksel veya ruhsal hastalığı olan, özgürlüklerinden yoksun bırakılan çocuklardır.

Maddede belirtilen gözden geçirmenin birkaç amacı vardır. İlki yerleştirilen yerin uygunluğunun ikincisi ise, yapılan bakımın ve tedavinin gelişiminin takibidir.

Burada özellikle gözden geçirmenin öneminin vurgulanması gerekir. Zira çocuklara karşı yapılan tacizlerin bu gibi yerlerde en ciddi şekilde ortaya çıktığı görülmektedir. Bu bakımdan gözden geçirmelerin sıkı bir şekilde gerçekleştirilmesine yönelik kurallar konmalı, zaman zaman risk analizleri yapılmalı, bu tür yerlerde ortaya çıktığı bilinen çocuklar arası cinsel davranışlarla, yöneticilerin çocuklara karşı sahip oldukları nüfuzu kötüye kullanarak gerçekleştirdikleri bilinen davranışların önlenmesi için belli aralıklarla tüm şartların gözden geçirilmesini öngören 25. maddeye uygun tedbirler alınmalıdır. Son yıllarda ortaya çıkan birtakım olaylar, bu konularda yeterli tedbirlerin alınmadığını ortaya koymuştur.

ÖNERİ 27: Risk analizleri yapılmalıdır.

Madde 26 (ÇHS) - ÇOCUĞUN SOSYAL GÜVENLİK HAKKI

Madde 26 - 1. Taraf Devletler, her çocuğun, sosyal sigorta dahil, sosyal güvenlikten yararlanma hakkını tanır ve bu hakkın tam olarak gerçekleşmesini sağlamak için ulusal hukuklarına uygun, gerekli önlemleri alırlar.

2. Sosyal Güvenlik, çocuğun ve çocuğun bakımından sorumlu olanların kaynakları ve koşulları göz önüne alınarak ve çocuk tarafından ya da onun adına yapılan sosyal güvenlikten yararlanma başvurusuna ilişkin başkaca durumlar da göz önünde tutularak sağlanır.

26. maddeye göresosyal güvenlik, çocuğun ve çocuğun bakımından sorumlu olanların kaynakları ve koşulları gözönüne alınarak ve çocuk tarafından ya da onun adına yapılan sosyal güvenlikten yararlanma başvurusuna ilişkin başkaca durumlar da gözönünde tutularak sağlanır.

Türk hukukunda asgari geçim indirimi adı altında çalışanlara yapılan bir ödeme söz konusudur. Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından açıklanan 2016 rakamlarına bakıldığında, örneğin eşi çalışan ve bir çocuğu olan bir işçiye ödenen miktarın 142,05 TL olduğu görülmektedir. Bu miktarın sembolik olduğu ortadadır.²⁰

6637 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile 633 sayılı KHK'ya eklenen Doğum Yardımı başlıklı Ek 4. maddede, doğum yardımının nasıl yapılacağı düzenlenmiştir. Bunlar, çocuğu etkileyen fakat miktar açısından oldukça düşük sosyal yardımlardır.

ÖNERİ 28: Sosyal güvenlik ödemeleri yükseltilmelidir.

²⁰ <http://www.gib.gov.tr/yarim-ve-kaynaklar/sikca-sorulan-sorular>

Madde 27 (ÇHS) - ÇOCUĞUN UYGUN YAŞAM STANDARTLARINA SAHİP OLMA HAKKI

Madde 27 - 1. Taraf Devletler, her çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ve toplumsal gelişmesini sağlayacak yeterli bir hayat seviyesine hakkı olduğunu kabul ederler.

2. Çocuğun gelişmesi için gerekli hayat şartlarının sağlanması sorumluluğu; sahip oldukları imkanlar ve mali güçleri çerçevesinde öncelikle çocuğun ana-babasına veya çocuğun bakımını üstlenen diğer kişilere düşer.

3. Taraf Devletler, ulusal durumlarına göre ve olanakları ölçüsünde, ana-babaya ve çocuğun bakımını üstlenen diğer kişilere, çocuğun bu hakkının uygulanmasında yardımcı olmak amacıyla gerekli önlemleri alır ve gereksinim olduğu takdirde özellikle beslenme, giyim ve barınma konularında maddi yardım ve destek programları uygulatırlar.

4. Taraf Devletler, Taraf Devlet ülkesinde veya başka ülkede bulunsun; ana-babası veya çocuğa karşı mali sorumluluğu bulunan diğer kişiler tarafından, çocuğun bakım giderlerinin karşılanmasını sağlamak amacıyla her türlü uygun önlemleri alırlar. Özellikle çocuğa karşı mali sorumluluğu olan kişinin, çocuğun ülkesinden başka bir ülkede yaşaması halinde, Taraf Devletler bu konuya ilişkin uluslararası anlaşmalara katılmayı veya bu tür anlaşmalar akdinin yanısıra başkaca uygun düzenlemelerin yapılmasını teşvik ederler.

Sözleşmenin 27. maddesine göre çocuğun uygun yaşam standartlarına sahip olmasının sorumluluğu ilk başta aileye aittir. Eğer ailenin olanakları yoksa, devletin giyim, yiyecek, barınma şeklinde bu yardımları yapması gerekir. Türkiye’de doğrudan çocuğa yönelik olmasa da toplum destekli polislikte ailelere yakacak ve erzak dağıtımlarının yapıldığı görülmektedir, ancak bunlar da miktar açısından sembolik kalmaktadır.

Bu konuda müstakil bir sözleşme olmamakla birlikte, başta BM tarafından kabul edilenler olmak üzere, birçok uluslararası belgede bu hususlara dikkat çekilmiştir.

Madde 28 (ÇHS) - ÇOCUĞUN EĞİTİM HAKKI

Madde 28 - 1. Taraf Devletler, çocuğun eğitim hakkını kabul ederler ve bu hakkın fırsat eşitliği temeli üzerinde tedricen gerçekleştirilmesi görüşüyle özellikle:

- a) İlk öğretimi herkes için zorunlu ve parasız hale getirirler;**
- b) Orta öğretim sistemlerinin genel olduğu kadar mesleki nitelikte de olmak üzere çeşitli biçimlerde örgütlenmesini teşvik ederler ve bunların tüm çocuklara açık olmasını sağlarlar ve gerekli durumlarda mali yardım yapılması ve öğretimi parasız kılmak gibi uygun önlemleri alırlar;**
- c) Uygun bütün araçları kullanarak, yüksek öğretimi yetenekleri doğrultusunda herkese açık hale getirirler;**
- d) Eğitim ve meslek seçimine ilişkin bilgi ve rehberliği bütün çocuklar için elde edilir hale getirirler;**
- e) Okullarda düzenli biçimde devanın sağlanması ve okulu terk etme oranlarının düşürülmesi için önlem alırlar.**

2. Taraf Devletler, okul disiplininin çocuğun insan olarak taşıdığı saygınlıkla bağdaşır biçimde ve bu Sözleşmeye uygun olarak yürütülmesinin sağlanması amacıyla gerekli olan tüm önlemleri alırlar.

3. Taraf Devletler eğitim alanında, özellikle cehaletin ve okuma yazma bilmemenin dünyadan kaldırılmasına katkıda bulunmak ve çağdaş eğitim yöntemlerine ve bilimsel ve teknik bilgilere sahip olunmasını kolaylaştırmak amacıyla uluslararası işbirliğini güçlendirir ve teşvik ederler. Bu konuda, gelişmekte olan ülkelerin gereksinimleri özellikle göz önünde tutulur.

Sözleşmenin 28. maddesi, çocuğun eğitim hakkını fırsat eşitliği temeli üzerine inşa ederek ilk, orta ve yüksek öğretim ile meslek eğitimi konularında çocuk haklarını düzenlemiştir. Ülkemizde ilköğretim temel kanun ile düzenlenmiştir. Siyasi mülahazalarla yıllar içerisinde bu konuda farklı düzenlemeler yapıldığı bilinmektedir.

Yükseköğretim ise Yüksek Öğretim Kurumu Kanunu ile düzenlenmiş ve yetenekleri doğrultusunda herkese açık olması gerekirken, üniversiteye giriş sınavlarının yapılmasındaki zaruret sebebiyle herkese açık olamamıştır. Vakıf üniversitelerinin bu konuda büyük destek sağladığı bir gerçek ise de, ücret politikasının herkesin yararlanmasını engellediği de bilinmektedir.

28. maddede düzenlenen diğer bir husus, okula devamın sağlanması ve okul disiplininin insan onuruyla bağdaşır kurallar içermesidir.

Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Ödül ve Disiplin Yönetmeliği 19.01.2007 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Yüksek Öğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği 18.08.2012 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Bu düzenlemeler ile öğrenciler açısından disiplin sağlanmaktadır.

Eğitimin geliştirilmesi açısından ise öğrencilerin yurtdışında eğitim ve araştırma yapabilmesi için başta TÜBİTAK olmak üzere çeşitli kurumlar tarafından burslar sağlanmakta ve öğrenci değişim programları düzenlenmektedir.

Bu konudaki görüşlerimiz, yukarıda ifade edilmiştir. Ayrıca belirtmek isteriz ki, eğitim ve öğretim hakkının engellenmesi TCK 112’de özel bir suç tipi olarak düzenlenmiştir.

Madde 29 (ÇHS) - EĞİTİMİN HEDEFLERİ

Madde 29 - 1. Taraf Devletler çocuk eğitiminin aşağıdaki amaçlara yönelik olmasını kabul ederler;

a) Çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve bedensel yeteneklerinin mümkün olduğunca geliştirilmesi;

b) İnsan haklarına ve temel özgürlüklere, Birleşmiş Milletler Andlaşmasında benimsenen ilkelere saygısının geliştirilmesi;

c) Çocuğun ana-babasına, kültürel kimliğine, dil ve değerlerine, çocuğun yaşadığı veya geldiği menşe ülkenin ulusal değerlerine ve kendisinininkinden farklı uygarlıklara saygısının geliştirilmesi;

d) Çocuğun, anlayışı, barış, hoşgörü, cinsler arası eşitlik ve ister etnik, ister ulusal, ister dini gruplardan, isterse yerli halktan olsun, tüm insanlar arasında dostluk ruhuyla, özgür bir toplumda, yaşantıyı, sorumlulukla üstlenecek şekilde hazırlanması;

e) Doğal çevreye saygısının geliştirilmesi,

2. Bu maddenin veya 28 inci maddenin hiçbir hükmü gerçek ve tüzel kişilerin öğretim kurumları kurmak ve yönetmek özgürlüğüne, bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen ilkelere saygı gösterilmesi ve bu kurumlarda yapılan

eğitimin Devlet tarafından konulmuş olan asgari kurallara uygun olması koşuluyla, aykırı sayılacak biçimde yorumlanmayacaktır.

Sözleşmenin 29. maddesi çocuk eğitiminin hedefi olarak “kişilik geliştirilmesi” temelinde insan hakkı ve temel özgürlüklere saygı bilincinin yerleşmesinin sağlanmasını öngörmüştür.

Çocuğun ana-babasına, kültürel kimliğine, dil ve değerlerine, çocuğun yaşadığı veya geldiği menşe ülkenin ulusal değerlerine bağlı olması doğalsa da, kültürel farklılıkların mevcudiyeti konusunda farklı düşünenlerle birlikte yaşamının gerektirdiği sorumluluğu üstlenecek şekilde eğitilmesi de gerekir. Bu kapsamda Adalet Bakanlığı bünyesinde yürütülen “Demokratik Vatandaşlık ve İnsan Hakları Eğitimi” başlıklı proje dikkat çekicidir. Projenin amacı, demokratik vatandaşlık ve insan hakları eğitimi hakkında eğitim mevzuatının ve mevcut öğretim programının geliştirilmesi, hazırlanan materyallerin pilot okullarda uygulanması, MEB personelinin ve ilgililerin konuyla ilgili farkındalıklarının artırılması ve demokratik okul kültürünün geliştirilmesi ve demokratik okul yeterlilik çerçevesinin hazırlanması olarak belirlenmiştir.

28. maddenin son fıkrasında özel öğretim kurumlarının aynı temel hedefler doğrultusunda faaliyet göstermesi koşuluyla engellenemeyeceği belirtilerek özel öğretim hakkı verilmiş bulunmaktadır. Türkiye’de ilk ve ortaöğretimde yerleşmiş olan bu uygulama, yükseköğretimde vakıf üniversiteleri şeklindedir.

Madde 30 (ÇHS) - AZINLIKLARA YA DA YERLİ HALKLARA MENSUP ÇOCUKLAR

Madde 30 - Soya, dine ya da dile dayalı azınlıkların ya da yerli halkların varolduğu Devletlerde, böyle bir azınlığa mensup olan ya da yerli halktan olan çocuk, ait olduğu azınlık topluluğunun diğer üyeleri ile birlikte kendi kültüründen yararlanma, kendi dinine inanma ve uygulama ve kendi dilini kullanma hakkından yoksun bırakılamaz.

Sözleşmenin 30. maddesi azınlıklara ve yerli halklara mensup çocukların kendi kültürlerini yaşatmak, kendi dillerini konuşmak ve kendi dinlerinin gereklerini yerine getirmek hakkını düzenlemektedir.

Sözleşmede bu hususlardan bahseden birçok farklı madde yer alsa da, özellikle sayılan gruplara yönelik ayrımcılık, bu kişilere yönelik hakların ayrıca korunmasını gerekli kılmıştır. Türkiye’de de azınlık okulları faaliyettedir. Bunun dışında kendi dillerinde eğitim hakkının önündeki engellerin kaldırıldığı ve bu tür eğitimin teşvik edildiği bilinmektedir.

Madde 31 (ÇHS) - ÇOCUĞUN BOŞ ZAMAN DEĞERLENDİRME, DİNLENME, EĞLENME VE KÜLTÜREL ETKİNLİKLERE KATILMA HAKKI

Madde 31 - 1. Taraf Devletler çocuğun dinlenme, boş zaman değerlendirme, oynama ve yaşına uygun eğlence (etkinliklerinde) bulunma ve kültürel ve sanatsal yaşama serbestçe katılma hakkını tanırlar.

2. Taraf Devletler, çocuğun kültürel ve sanatsal yaşama tam olarak katılma hakkını saygı duyarak tanırlar ve özendirirler ve çocuklar için, boş zamanı değerlendirmeye, dinlenmeye, sanata ve kültüre ilişkin (etkinlikler) konusunda uygun ve eşit fırsatların sağlanmasını teşvik ederler.

Sözleşmenin 31. maddesi, çocuğun boş zamanını değerlendirmesi, dinlenmesi, eğlenmesi ve kültürel etkinliklere katılması hakkını düzenlemektedir.

Çocukların gün geçtikçe daha az boş zamana sahip olduğu bir gerçektir. Bunun sebepleri arasında mevcut eğitim sisteminin yanı sıra, özellikle şehir hayatının getirdiği olumsuz etkiler yer almaktadır. Çocukların eğitim sistemi içinde sürekli olarak sınavlara hazırlanmaları, onlara gittikçe daha az boş zaman kalmasına neden olmaktadır. Bu boş zamanlarda da çocukların dinlenmeleri ve eğlenmeleri için yeterli koşullar maalesef bulunmamaktadır.

Günümüzde oyun hakkı kavramından bahsedilmektedir. Bilindiği üzere oyun oynamak sadece çocukların bedensel gelişimini değil, aynı zamanda zihinsel gelişimini de olumlu yönde etkilemektedir. Oyun, öğrenmeyi de kolaylaştıran bir

süreçtir. Çocuklar oyun oynayarak aynı zamanda birbirleriyle iletişim kurmayı ve işbirliği yapmayı da öğrenmektedirler.

Bu nedenle şehir planlamasında mutlaka çocukların oyun oynayabilecekleri alanların yer alması gereklidir. Bu alanların yaratılmasında, çocukların düşüncelerinin gözetilmesinde de büyük yarar vardır. Yetişkinlerin çocuklar adına karar verip, uygulama yapmaları çoğu zaman yetersiz kalacağından, karar mekanizmalarına çocuklar bir şekilde dahil edilmelidir.

Madde 32 (ÇHS) - ÇOCUK İŞÇİLİĞİ

Madde 32 - 1. Taraf Devletler, çocuğun, ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitime zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkını kabul ederler.

2. Taraf Devletler, bu maddenin uygulamaya konulmasını sağlamak için yasal, idari, toplumsal ve eğitsel her önlemi alırlar. Bu amaçlar ve öteki uluslararası belgelerin ilgili hükümleri göz önünde tutularak, Taraf Devletler özellikle şu önlemleri alırlar:

- a) İşe kabul için bir ya da birden çok asgari yaş sınırı tespit ederler;**
- b) Çalışmanın saat olarak süresi ve koşullarına ilişkin uygun düzenlemeleri yaparlar;**
- c) Bu maddenin etkili biçimde uygulanmasını sağlamak için ceza veya başka uygun yaptırımlar öngörürler.**

A - Çocuk İşçi Tanımı ve Kavramı

Bu çerçevede sorun yaratan kavram, İş Hukuku mevzuatı çerçevesinde karşımıza çıkmaktadır. İç hukuktaki çocuk işçi tanımı, uluslararası hukuka uymamaktadır. Türk hukuku açısından 14 yaşını tamamlamış ama 15 yaşını tamamlamamış olan, zorunlu ilköğretimi görmüş, toplayıcılık, sepetçilik gibi hafif işlerde çalışanlar çocuk işçi olarak tanımlanmaktadır. Ancak uluslararası metinlerde çocuk işçiliği hukuken tanınmış, yasal bir statü olarak görülmemekte ve tedricen de olsa ortadan kaldırılması gereken bir çalışma biçimi olarak kabul edilmektedir. ILO çocuk işçiyi; hukuka aykırı olarak, yani asgari çalışma yaşından evvel çalışmaya

başlayan veya niteliği itibariyle çalıştırılmaması gereken işlerde çalışan çocuk olarak nitelendirmektedir. ILO kural olarak istihdama kabul yaşını 14 olarak belirlemektedir; ancak 15 yaşını tamamlamış olmasına rağmen günde 12 saat çalışan kişi de çocuk işçidir. Dolayısıyla uluslararası hukuk açısından tek başına yaş belirleyici değildir. Ağır işlerde veya işlerin niteliği ağır olmasa da ağır koşullarda (uzun saatlerle veya sağlıksız koşullarda) yapılan çalışmalar da söz konusu işlerde çalışan küçüğü, asgari çalışma yaşını geçip geçmemesinden bağımsız olarak uluslararası hukuk açısından çocuk işçi haline getirebilmektedir.

ÖNERİ 29: Zorunlu eğitim yaşı ile istihdama başlama yaşı arasında uyum sağlanmalıdır.

ÖNERİ 30: Çocuk ve genç işçi kategorilerinin yeniden düzenlenmesi gereklidir.

B - Genç ve Çocuk İşçilere Yönelik Tartışılmalı Hususlar

18 yaşını geçmeyen kişilerin çalışamayacağı işlerin de düzenleneceği Kanun'da bildirilmiş, ne var ki bu kategori ne Kanun'da ne de yönetmelikte düzenlenmiştir. Çocuk, tehlikeli işlerin sonucunu anlayamadığından, konu hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir. Keza çocuk hakları açısından konunun yönetmelik yerine kanunla düzenlenmesi hukuken daha koruyucu olacaktır.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca, bütün işçiler işe girmeden bir sağlık raporu almaktadır. Mülga İşK 85 uyarınca, çocukların hangi işlerde çalışabileceği Sağlık Bakanlığı'nın onayı alınarak belirleniyordu. Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği kaldırıldıktan sonra yönetmelik yerine işlerin tehlike derecelerini belirleyen bir tebliğ getirilmiştir. Bununla beraber işçinin hangi tehlike derecesinde çalışabileceği sağlık raporları ile tespit edilmektedir. 6331 sayılı Kanun tüm işçiler için yalnızca genel bir sağlık raporu –çalışabilir raporu- alınmasını öngörmektedir. Eskiden çocuk işçiler için istenen rapor genel geçer bir rapor olmayıp o çocuğun o işte çalışmasının gelişimi için uygun olduğuna yönelikti ve altı ayda bir de yenilenmesi gerekiyordu. İşin niteliğinin çocuğun bedensel, ruhsal ve zihinsel gelişimine zarar vermemesi kıstas olarak kabul edilmekteydi. Mevzuattan bu nitelikteki bir raporun çıkarılıp genel bir sağlık raporunun istenmesi ILO standartlarına da aykırılık oluşturmaktadır.

ÖNERİ 31: Genç işçiler için yapılan sağlık denetimleri artırılmalı ve tehlikeli ve çok tehlikeli işlerde gençlerin çalıştırılmayacağı hususu açıkça ve kanun tarafından güvence altına alınmalıdır.

Uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin primler, 18 yaşından sonra sigortalılık süresine sayılmaktadır. Öncesinde ödenen primler, prim ödeme gün sayısına dahil edilmekte; ancak sigortalılık süresine sayılamamaktadır. Çocukların istihdam piyasasında daha fazla korunması gerekirken, bu hüküm nedeniyle ilk defa 18 yaşından sonra çalışmaya başlayanlar daha erken çalışma hayatına atılanlardan daha avantajlı durumda olmaktadır. Bu nedenle sigortalılık süresinin önem kazandığı, örneğin maluliyet sigortası açısından da ciddi sıkıntılar ortaya çıkmaktadır. Erken yaşta çalışmaya başlayan çocuklar, maluliyet sigortasından yararlanma şartlarını sağlama açısından dezavantajlı hale gelmektedir.

ÖNERİ 32: Sosyal sigortalılık süresi açısından çocuğun çalışması nazara alınmalıdır.

Tarım işçiliği, İş Kanunu'nda düzenlenmemiş, mevzuat dışında bırakılmış bir alandır. Tarımdaki çalışma ilişkilerini düzenleyen özel bir kanuna ihtiyaç vardır. Çocuklar açısından ise konu özel önemi haizdir. Bu sektörün yarısını çocuklar oluşturmasına rağmen onlar da hukuki koruma dışında kalmaktadır. Sanayideki çalışma yaşı ile tarımdaki çalışma yaşının en azından birbirine yakın şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Tarım İş Kanunu çıkarılıncaya kadar, bu hususta Borçlar Kanunu'na genel bir hüküm konulabilir. Zira, Borçlar Kanunu'ndaki iş sözleşmesine ilişkin hükümler tarımda çalışan çocuklar için çok yetersizdir.

Sanayide çalışan çocukların kimyasallara maruz kaldıkları işkollarında çalışmaları yasaktır. Bununla beraber tarımda sektöründe çalışan çocukların önemli kısmının kimyasal ilaçlara maruz kaldığı görülmektedir. Oysa tarım sektöründe çocuklar güvencesiz ve denetimsiz olarak çalıştırılmaktadır. Bunların yaptırımı, idari para cezası ve adli cezalar olmalı, ayrıca denetimler de sıklaştırılmalıdır. Aksi takdirde bu durum tarımda çalışan çocukları hukuka arkırı çalışma biçimlerinden olan çocuk işçiliği kategorisine taşımaktadır.

Tarım işçiliği kategorisi içinde de çocukların en çok zarar gördüğü işkolu gezici ve geçici tarım işçiliğidir. Oysa, gezici-geçici tarım işçiliği ILO açısından en kötü çocuk işçiliği biçimlerinden biridir. Bu çalışma biçiminin çocuklar için tamamen

yasaklanması gerekmektedir. Devletin bu işçilik şeklinin yoğun olduğu yerlerde okulların kapanma ve karnelerin verilme tarihini öne çekmesi tarımda çocukların işçiliğini destekler niteliktedir. Yapılması gereken bu çalışma biçimini teşvik etmek değil, ortadan kaldırılmasına çalışmak olmalıdır.

ÖNERİ 33: Tarımda çalışan çocuklara özel düzenleme yapılmalıdır.

C - Genç İşçilere Yönelik Tartışmalar

16-18 yaş arası işçiler genç işçilerdir ve bu kişilerin çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışmaları yasaktır. İşe girerken beden ve ruhen o işe uygun olduklarına dair rapor almaları ve raporun periyodik olarak yenilenmesi gerekmektedir.

İşK 71’de istihdama kabulde 15 yaş zorunluluğu getirilmiştir. Çocuklar, 14 yaşın doldurulmuş olması durumunda da hafif işlerde çalışabilmektedirler.

Bu alanda söylenebilecek ilk şey mevzuat anlamında görünümün iyi olduğu; ancak uygulamada sıkıntılar olduğudur. İstihdama kabulde 14 yaş sınırı da uluslararası mevzuata uygundur; ancak çocuğun ailesi tarafından çalıştırılması durumunda ailenin sorumluluğu ve çocuğun malvarlığı üzerindeki tasarruf hakkının kullanımı ayrıca değerlendirilmelidir. Burada ebeveynin cezaî sorumluluğu değil, hukukî sorumluluğu tartışılmalıdır. Zira, cezaî sorumluluk çocuk açısından yeni bir mağduriyet getirebilir. Ancak ebeveyninin bilerek ve isteyerek çocuğunu çok tehlikeli bir işte veya çocuğa zarar veren koşullarda çalıştırması halinde çocuğun iş sözleşmesi geçersiz olana kadar edindiği ücret ve ücrete bağlı hakları üzerinde ebeveyninin tasarruf sahibi olmaması, çocuk ile ebeveynin menfaat çatışması içinde olmasından hareketle vesayat makamının devreye girmesi ve ebeveynin hukuken sorumluluğuna gidilmesi söz konusu olabilir.

İkinci olarak, çocuğun ebeveynine sorumluluk yüklenmesi işverenin sorumluluğunu azaltmamalıdır. Bunun çocuğa bir faydası olmayacağı gibi zararı da dokunabilir. Bu durumda işverenin hukuki ve cezai sorumluluğu arttırılmalıdır.

ÖNERİ 34: *İşverene yönelik tazminat yanında özel hukuk cezasının öngörülmesi ve bu miktarların çocuk lehine güvence altına alınması düşünülmelidir.*

D - AİHM İçtihatları

I - Siliadin / Fransa kararı (26 Haziran 2005)

Öğrenim görmek için 1994 yılında Fransa'ya giden Togo vatandaşı başvuran, Paris'te bulunan bir evde hizmetçi olarak çalıştırılmıştır. Pasaportuna el konulan başvuran herhangi bir ücret almadan ve izin kullanmadan günde on beş saat boyunca yıllarca çalışmıştır. Başvuran bir ailenin kölesi olduğunu belirterek şikâyetle bulunmuştur.

Mahkeme, işverenlerinin başvuran üzerinde baskı kurmasına rağmen, işverenlerin, başvurunu bir “nesne” durumuna düşüren “gerçek bir yasal sahiplik hakkı” bulunmadığından, başvuranın köleleştirilmediğini belirtmiştir. Ancak Mahkeme, söz konusu dönemde yürürlükte olan ceza kanununun başvurunu yeterince korumadığına ve kanunun daha sonra değişmesine rağmen, başvuranın durumuna uygulanamadığına karar vermiştir. Mahkeme, başvuranın köle durumunda tutulduğunu belirterek, Sözleşme'nin 4. maddesinin (kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışmaya tabi tutma yasağı) ihlal edildiğine karar vermiştir.

II - C.N. ve V. / Fransa kararı (başvuru no. 67724/09) 11 Ekim 2012

Dava, 16 ve 10 yaşlarındaki Burundili yetim iki kız kardeşin, köleleştirildikleri veya zorla çalıştırıldıkları ya da zorunlu çalışmaya tabi tutuldukları (herhangi bir ücret ödenmeden teyzeleri ve enişterinin evinde günlük ev işlerini yapma) iddialarıyla ilgilidir.

Mahkeme, Devletin kulluk ya da zorunlu çalışmayla etkin bir şekilde mücadele edilmesini mümkün kılacak yasal ve idari mekanizmaları devreye sokmaması nedeniyle, birinci başvuran ile ilgili olarak Sözleşme'nin 4. maddesinin (kölelik ve zorla çalıştırma yasağı) esas açısından ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, Devletin kulluk ve zorla çalıştırma hususlarına ilişkin etkin bir soruşturma yürütme yükümlülüğüyle ilgili olarak, birinci başvuran açısından Sözleşme'nin 4. maddesinin usul bakımından ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme son olarak, ikinci başvuran açısından Sözleşme'nin 4. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Mahkeme, ücret karşılığı çalışan bir kişi tarafından icra edilse iş olarak tanımlanacak faaliyetleri, Burundi'ye geri gönderilme tehdidiyle icra etmek zorunda kalması nedeniyle, birinci başvuranın zorla ya da zorunlu olarak çalıştırıldığı sonucuna varmıştır – söz konusu faaliyetin niteliği ve miktarı dikkate alındığında, “zorla çalıştırma” karşılıklı aile dayanışması ya da birlikte yaşama kapsamında gerçekleştirilen faaliyetlerden ayırt edilmelidir. Mahkeme ayrıca birinci başvuranın, durumunun değişmediğini ve değişecek gibi görünmediğini düşünmesi nedeniyle, kendisinin kul durumunda tutulduğu kanısına varmıştır. Son olarak Mahkeme, Fransa'nın Sözleşme'nin 4. maddesi kapsamında yer alan zorla çalıştırmayla mücadele etmeye yönelik yükümlülüklerini yerine getiremediğini belirtmiştir.

Madde 33 (ÇHS) - ÇOCUKLAR VE UYUŞTURUCU KULLANIMI

Madde 33 - Taraf Devletler, çocukların uluslararası anlaşmalarda tanımladığı biçimde uyuşturucu ve psikotrop maddelerin yasadışı kullanımına karşı korunması ve çocukların bu tür maddelerin yasadışı üretimi ve kaçakçılığı alanında kullanılmasını önlemek amacıyla, yasal, sosyal ve eğitsel niteliktekiler de dahil olmak üzere, her türlü uygun önlemleri alırlar.

Sözleşmenin 33. maddesi, çocukları uyuşturucu ve psikotrop maddelerin yasadışı kullanımından korumak için devletlerin uygun tedbirleri alacağını düzenlemektedir.

Bu maddelerin neler olduğu uluslararası sözleşmelerle belirlenmiştir. Bu maddeler opiatlar, koka yaprağı ürünleri, kenevir ürünleri, amfetamin tipi stimülanlar ve bağımlılık yaratan veya toplumsal veya kamusal sağlık sorunları meydana getiren diğer psikotropik/psikoaktif maddelerdir.

Bu konuyla ilgili temel uluslararası anlaşmalar, 1961 tarihli Uyuşturucu Maddeler Tek Sözleşmesi (1972 tarihli Protokol ile değişik) ve 1971 tarihli Psikotropik Maddeler Konvansiyonu'dur.

Bu maddede sayılan uyuşturucuların yanı sıra, çocuklarda bağımlılık yaratan ve toplum sağlığını bozan alkol, tütün ve solventlerin kullanılmasının da göz önünde tutulması gerekmektedir. Bu maddelerin kullanılması ile ilgili uluslararası

sözleşmeler, anlaşmalar vs. yoksa da devletlerin yasal, idari, toplumsal ve eğitsel tedbirleri alması gerekir.

Türk Ceza Kanunu'nda uyuşturucu ile ilgili suçlar, *Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar* başlıklı bölüm altında yer almaktadır. 188. maddeden itibaren düzenlenen suçlar arasında, “*Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti*”, “*Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma*”, “*Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak*” suçları sayılmıştır.

A - Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu

Türk Ceza Kanunu 188'de esasında iki ayrı suç düzenlenmektedir. Bunlardan ilki maddenin birinci fıkrasındaki imal, ithal veya ihraç suçu iken, diğeri üçüncü fıkradaki ticaret suçudur.

Her iki fıkra da seçimlik hareketlere yer verildiği görülmektedir. Buna göre, birinci fıkradaki suçun söz konusu olabilmesi için, failin imal, ihraç veya ithal fiillerinden en az bir tanesini işlemesi gerekir.

İmal, birkaç şekilde söz konusu olmaktadır. Uyuşturucu niteliğinde olmayan bir maddenin kimyasal işlemle geçirilerek uyuşturucu madde haline getirilmesi, bir uyuşturucu maddenin bir başka uyuşturucu maddeye dönüştürülmesi, bir uyuşturucu maddenin saflaştırılması hep imal kapsamında kabul edilmektedir.

Öte yandan, ithal ve ihraçtan söz edebilmek için, uyuşturucu maddenin yurtdışından Türkiye'ye sokulması veya Türkiye'den yurtdışına çıkarılması gereklidir. Eğer uyuşturucu madde yurtdışına çıkarılmadan fail yakalanırsa, artık ihraçtan değil, TCK 188/3'teki suçtan bahsetmek mümkündür.

Bunun dışında, uyuşturucu madde suçları ile etkin mücadele yapılabilmesi için, ülkeler arası işbirliği önemlidir. Bunun sonucu olarak, kimi hallerde transit geçişlere müsaade edildiği bilinmektedir. Bu durumlarda da ülkeye sokulan uyuşturucu maddenin Türkiye'de tasarruf imkanı olup olmadığına bakılmaktadır. Eğer tasarruf imkanı yoksa TCK 188/1'deki ithal söz konusu olmamaktadır.

Türk Ceza Kanunu m. 188/3'te ise, bir başka suç düzenlenmiştir. Kısaca ticaret olarak nitelendirilebilecek bu suçta da birden fazla seçimlik harekete yer verilmiştir. Satma, satışa arz etme, başkalarına verme, sevk etme, nakletme, depolama, satın alma, kabul etme ve bulundurma bu fıkradaki seçimlik hareketlerdir.

Bu fıkradaki seçimlik hareketlerin birbirlerini tamamladıkları dikkat çekicidir. Diğer bir deyişle, TCK 188/3'teki suça teşebbüs oldukça zordur. Zira, seçimlik hareketlerden biri diğerinin bir önceki aşamasını oluşturmakta, böylelikle bir hareket bakımından teşebbüs sayılabilecek durum bir başka hareket bakımından tamamlanmış suç olarak düzenlenmiş olmaktadır.

Hatta TCK 188/7'ye bakıldığında, diğer fıkralardaki suçlar bakımından belki de hazırlık hareketi sayılabilecek hareketlerin ayrıca suç olarak düzenlendiği görülmektedir.

Maddenin üçüncü fıkrasına 6545 sayılı Kanun ile eklenen cümleye göre, uyuşturucu veya uyarıcı madde verilen veya satılan kişinin çocuk olması halinde, veren veya satan kişiye verilecek hapis cezasının alt sınırının artırıldığı görülmektedir.

Bunun yanı sıra, TCK 188/4-b'de, üçüncü fıkradaki fiillerin, “okul, yurt, hastane, kışla veya ibadethane gibi tedavi, eğitim, askerî veya sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve tesisler ile bunların varsa çevre duvarı, tel örgü veya benzeri engel veya işaretlerle belirlenen sınırlarına iki yüz metreden yakın mesafe içindeki umumî veya umuma açık yerlerde” işlenmesinin ağırlatıcı sebep olarak kabul edildiği görülmektedir.

6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler sonucunda, maddede yer alan cezaların artırıldığı görülmektedir.

B - Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu

TCK 190'da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suç olarak düzenlenmiştir. Maddede üç farklı fiil kolaylaştırma olarak cezalandırılmaktadır. Bunlar, özel yer, donanım veya malzeme sağlamak, kullananların yakalanmalarını zorlaştıracak önlemler almak ve kullanma yöntemleri konusunda başkalarına bilgi vermektir.

Ayrıca maddenin ikinci fıkrasında, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasının alenen özendirilmesi veya bu nitelikte yayın yapılması da suç haline getirilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise, failin tabip, dis□ tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sag□lık memuru, laborant, ebe, hems□ire, dis□ teknisyeni, hastabakıcı, sag□lık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile is□tikal eden kis□i olması halinde verilecek cezanın artırılacağı belirtilmiştir.

C - Kullanmak İçin Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek veya Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu

Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, Kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak suçunun cezası iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır.

Ancak bu suçtan dolayı başlatılan soruşturmada şüpheli hakkında beş yıl süre ile kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmesi öngörülmüştür. Şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmesi için, CMK171'deki koşullar aranmayacaktır. Bu erteleme zarfında şüpheli hakkında en az bir yıl süre ile denetimli serbestlik uygulanacaktır.

Eğer kişi erteleme süresi zarfında tekrar kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alırsa, kabul ederse, bulundurursa veya uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanırsa, o zaman kamu davası açılır. Ancak bu durum yeni bir soruşturma ve kovuşturma konusu olmaz (TCK 191/5). Kamu davası açıldıktan sonra, yeniden suç işlendiği gerekçesiyle başlatılan soruşturmada kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilemez (TCK 191/6).

Kişi erteleme süresi zarfında kendisine yüklenen yükümlülüklerle veya y-uygulanan tedavinin gereklerine uygun davranırsa, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almaz, kabul etmez, bulundurmaz veya uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmazsa, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir (TCK 191/7).

Eğer kişi hakkında TCK 188 veya TCK 190'daki suçları işlediği iddiası ile kovuşturma başlatılmış, ancak kovuşturma evresinde suçun münhasıran TCK 191 kapsamına girdiği anlaşılmışsa, o zaman da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilir (TCK 191/8).

Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma, kabul etme, bulundurma veya uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma fiillerinin, okul, yurt, hastane, kışla veya ibadethane gibi tedavi, eğitim, askerî ve sosyal amaçla toplu bulunan bina ve tesisler ile bunların varsa çevre duvarı, tel örgü veya benzeri engel veya işaretlerle belirlenen sınırlarına iki yüz metreden yakın mesafe içindeki umumi veya umuma açık yerlerde işlenmesi halinde verilecek ceza artırılır (TCK 191/10).

Bakıldığında TCK 191/1'deki suçun da seçimlik hareketli bir suç olduğu görülmektedir. Esasında maddede belirtilen seçimlik hareketler, kullanmak hariç, TCK 188/3'teki seçimlik hareketlerin bir kısmıyla örtüşmektedir. Bu bakımında iki

madde arasındaki fark, manevi unsurdan kaynaklanmaktadır. TCK 191'deki suçun işlenmiş sayılması için failin satın alma, kabul etme veya bulundurma hareketlerini kullanmak saikiyle yapması gereklidir. Ticaret yapmak için bu hareketlerin işlenmesi durumunda artık TCK 188/3'teki suç söz konusu olacaktır.

D - Etkin Pişmanlık

Türk Ceza Kanunu'nun 192. maddesinde etkin pişmanlık hükümleri düzenlenmiştir. Birinci fıkrada uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına iştirak etmiş olan kişinin, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerleri merciine haber vermesi ve verilen bilgininsuç ortaklarının yakalanmasını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini sağlaması halinde hakkında cezaya hükmolunmayacağı belirtilmiştir.

İkinci fıkraya göre ise, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, bu maddeyi kimden, nerede ve ne zaman temin ettiğini merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz.

Üçüncü fıkrada, ilk iki fıkrada belirtilen suçlar haber alındıktan sonra gönüllü olarak suçun meydana çıkmasına ve fail veya diğer suç ortaklarının yakalanmasına hizmet ve yardım eden kişi hakkında verilecek cezanın, yardımın niteliğine göre dörtte birden yarısına kadar indirileceği yazılıdır.

Son fıkrada ise, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişinin, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı soruşturma başlamadan önce resmi makamlara başvurarak tedavi ettirilmesini istemesi halinde, hakkında cezaya hükmolunmayacaktır.

E - İdari Bakımdan Durum

İdari bakımdan ise Milli Eğitim Bakanlığı'nın 15.09.2014 tarih ve 2014/20 numaralı Genelgesi örnek gösterilebilir. Anılan genelgede, zararlı madde ve uyuşturucu kullanımı ve bağımlılığında en önemli risk grubunun 12-18 yaş arasındaki ergenlerin oluşturduğu belirtilmekte, bu kapsamda okul, öğretmen ve ailelerin iş birliğinin çok önemli olduğu kaydedilmektedir. Genelgede aynı zamanda bir dizi önlemlerin alınmasından da söz edilmektedir. Buna göre, il/ilçe milli eğitim

müdürlükleri koordinasyonunda, tütün ve tütün ürünleri, alkol ve uyuşturucu bağımlılığı ile mücadele konusunda ulusal olarak hazırlanan eylem planlarının diğer ilgili kurum ve kuruluşlar ile işbirliği içerisinde uygulanmasına yönelik bir komisiyon oluşturulması ve bu komisyonlarda hayat boyu öğrenmeden sorumlu şube müdürleri ile rehberlik öğretmenlerinin yer almasının sağlanması, bu komisyonun çalışmalarına yönelik izleme-değerlendirme sisteminin oluşturulması öngörülmüştür.

Bunun dışında, eğitim ortamında kullanılan kırtasiye malzemeleri ile mesleki eğitim ve iş eğitiminde kimyasal maddeler içeren, koku ihtiva eden eğitim araç gereçlerinin kullanılmaması, su bazlı ürünlerin tercih edilmesinin sağlanması ve kullanım alanında kısmi veya genel havalandırma sistemi bulunması zorunluluğunun uygulanmasından söz edilmiştir.

Ayrıca öğretmenlerin hazırladıkları görsel ders araçlarında, sağlığa zararlı maddelerin adı ve resimlerinin bulunmaması, bu tür maddelere meraklandırıcı veya özendirici eğitim verilmemesi, eğitim kurumlarında tütün ve tütün ürünlerinin tüketilmemesi, okul ve eğitim kurumlarının 100 metre çevresinde sigara ve alkollü maddelerin satışının engellenmesi gibi uygulamaların hayata geçirilmesine karar verilmiştir.

Bunun dışında yine Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nin "Disiplin cezasını gerektiren davranış ve fiiller" başlıklı 164. maddesinde sarhoşluk veren zararlı maddeleri bulundurmamak veya kullanmak, bağımlılık yapan zararlı maddeleri bulundurmamak veya kullanmak ve bağımlılık yapan zararlı maddelerin ticaretini yapmak fiilleri sayılmıştır.

ÖNERİ 35: Çocuk ceza adalet sisteminin aktörleri arasında koordinasyon sağlanmalıdır.

ÖNERİ 36: Çocuk ile ilgili bir üst kurul oluşturulması düşünülmelidir.

ÖNERİ 37: Çocuk ombudsmanlığı kurulmalıdır.

Madde 34 (ÇHS) - ÇOCUKLARIN CİNSEL SÖMÜRÜYE MARUZ KALMASI

Madde 34 - Taraf Devletler, çocuğu her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suistimale karşı koruma güvencesi verirler. Bu amaçla Taraf Devletler özellikle:

a) Çocuğun yasadışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılması veya zorlanmasını;

b) Çocukların, fuhuş, ya da diğer yasadışı cinsel faaliyette bulundurularak sömürülmesini;

c) Çocukların pornografik nitelikli gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesini;

önlemek amacıyla ulusal düzeyde ve ikili ile çok taraflı ilişkilerde gerekli her türlü önlemi alırlar.

Sözleşmenin 34. maddesi, devletleri, çocukların cinsel istismar ve cinsel tacizin her türlüsüne karşı koruması gerektiğinden söz etmektedir.

Burada özellikle cinsel istismar denince üç tür fiil akla gelmektedir. Nitekim 34. maddede de bunlar sayılmıştır: cinsel taciz veya suistimal, fuhuş ve pornografi. Yine Sözleşmenin 19. maddesinde her türlü fiziksel ve ruhsal şiddete karşı genel bir koruma getirilmiş ve özellikle cinsel tacizden bahsedilmiştir. Bunun dışında, çocukların pornografi ve fuhuş amaçlı olarak kullanılması, 35. maddede düzenlenen çocukların satılmaları ve ticareti ile de bağlantılıdır.

A - Çocuklara Karşı İşlenen Cinsel Suçlar

I - Çocukların Cinsel İstismarı Suçu

1) TCK 103'teki düzenleme.

Madde 103- Çocukların cinsel istismarı

(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;²¹

²¹ Bu maddenin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan ‘...tamamlamamış...’ sözcüğü yönünden

a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.²²

(3) Suçun;

a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından,

d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Cinsel istismar için başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(1) numaralı fıkranın birinci ve ikinci cümleleri Anayasa Mahkemesi'nin 26/5/2016 tarihli ve E.: 2015/108, K.: 2016/46 sayılı Kararı ile iptal edilmiş olup, Kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı 13/7/2016 tarihinden başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır.

²² Bu fıkra; Anayasa Mahkemesi'nin 12/11/2015 tarihli ve E.: 2015/26, K.: 2015/100 sayılı Kararı ile iptal edilmiş olup, Kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı 11/12/2015 tarihinden başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır.

(6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

Bu maddeye göre, çocuğun cinsel istismarı sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasını gerektiren bir suçtur. Eğer fiil vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilirse, verilecek ceza onaltı yıldan aşağı olamaz.

TCK 103 cinsel istismar kavramının ne anlama geldiğini de açıklamaktadır. Buna göre, mağdur çocuk onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş ise, gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış cinsel istismar kabul edilmektedir. Öte yandan, diğer çocuklara karşı işlenen fiilin cinsel istismar sayılabilmesi için, cinsel davranışın cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekir.

Diğer bir deyişle cinsel istismarı, “bir çocuğun rızası olmadan veya fesada uğratılmış bir irade ile rızası alınarak yahut fiziksel ya da psikolojik baskıya maruz kalarak cinsel amaçlar için kullanılması”²³ olarak tanımlamak mümkündür.

Bir başka mesele ise, cinsel istismar suçunun işlenmesi için mutlaka vücuda temasın gerekip gerekmediğidir. Bu hususun da Yargıtay kararlarında ele alınmıştır. Yüksek Mahkeme cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının işlenmesi için vücuda temasın gerektiğini, vücuda temas olmaması durumunda ise cinsel taciz suçunun söz konusu olduğunu ifade etmiştir.²⁴

2) Korunan Hukuki Yarar.

Bu suçla korunan hukuksal yarar, çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve gelişimi ile yararlıdır.²⁵ Bununla beraber, çocukların erken yaşta cinsel deneyim yaşamaması ve bu suretle cinsel gelişiminin korunması da amaçlanmıştır. Nitekim çocuklar söz konusu olduğunda cinsel saldırı yerine cinsel istismar teriminin tercih edilmesi dikkat

²³ ÖZBEK Veli Özer / KANBUR Mehmet Nihat / DOĞAN Koray / BACAŞIZ Pınar / TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, 2015, s. 344.

²⁴ “Bu açıklamalar çerçevesinde somut olayda ise sanığın, mağdureye hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın, elinde mağdureye ait resimler bulunduğunu, bu resimleri montajlayarak kötü sitelere ve ailesine göndereceğinden bahisle mağdureyi tehdit ederek internetten görüntülü görüşme yaptığı mağdurenin elbiselerini çıkartmasını, cinsel içerikli hareketler yapmasını temin etmekten ibaret eylemlerinin 5237 Sayılı TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılgıya düşülerek, çocuğun basit cinsel istismar suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi,” (Yarg. 14. CD, 22.03.2016, E. 2014/3380, K. 2016/2793).

²⁵ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAŞIZ / TEPE, s. 345.

çekicidir. Çocukların, yaş itibarıyla kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların anlamını algılayabilmeleri çoğu zaman mümkün olmamaktadır.²⁶

TCK 103, 2014 yılında 6545 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliğin sonucu olarak cezalar artırılmış, bununla beraber maddeye sarkıntılık kavramı eklenmiştir. Nitekim TCK 103/1'in ikinci cümlesine, cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde, verilecek hapis cezasının üç yıldan sekiz yıla kadar olacağı ifade edilmektedir. Yine aynı şekilde, sarkıntılık fiilinin failinin de çocuk olması durumunda suç, şikayete tabi bir suç haline gelmektedir.

3) Yaptırım.

2014 yılında 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte artırılan cezalar Anayasa Mahkemesi'nin incelemesine konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi 12.11.2015 tarihli ve E. 2015/26, K. 2015/100 sayılı kararında TCK 103/2'yi Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının gerekçesinden önemli görülen kısma aşağıda yer verilmiştir:

“Ancak mahkemeye olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının onaltı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmesi; fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlendiği veya failin de küçük olduğu ya da fiilden sonra mağdurun yaşının ikmal ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi gibi her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânını ortadan kaldırmakta ve bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip bulunmaktadır. Bu nedenle kuralda belirlenen ceza miktarının, bu ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde olduğu söylenemez. Kural bu

²⁶ TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 12. Baskı, Ankara, 2015, s. 385.

haliyle ölçsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır.”²⁷

4) Çocuk evlilikleri.

Çocukların cinsel istismarı ile ilgili gündemdeki bir başka husus ise, çocuk evlilikleri veya çocuk gelinlerdir. Çocuk yaşta yapılan evliliklerde meydana gelen cinsel davranışların TCK 103 kapsamına girmesinin, aile kurumuna zarar vereceği ileri sürülmektedir. Özellikle Anayasa Mahkemesi’nin yine TCK 103 ile ilgili verdiği 12.11.2015 tarihli ve E. 2015/43, K. 2015/101 sayılı kararında, mesele Anayasa Mahkemesi’nin önüne getirilirken bu gerekçeye dayanıldığı görülmektedir:

“Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kuralın, çocuk yaşta gerçekleştirilen evliliklerin önüne geçilmesi ve çocuklara karşı cinsel istismarın önlenmesi nihai amacını taşıdığı, buna rağmen evlilik birliği devam eden ve bu birlik içinde çocuk sahibi olan ailelerde küçük yaşta evlenilmiş olması nedeniyle babanın ceza yaptırımına tâbi tutulmasının ülkenin sosyal ve kültürel yapısıyla bağdaşmadığı, halen evli olan şahısların durumları için farklı bir yaptırım belirlenmediği için kutsal aile kurumunu koruma imkânının ortadan kalktığı, küçük yaşta bir kıza zorla tecavüz eden bir kişi ile toplumsal alışkanlıkları gereği geleneklere göre yaşı küçük biri ile evlenen ve çocuk sahibi olan kişinin aynı yaptırıma tâbi tutulmasında kamu yararı bulunmadığı, adalet ve hakkaniyet ölçülerinin gözetilmediği, evlilik birliği içerisindeki kadının ve çocuğun haklarının ağır derecede zedelendiği belirtilerek kuralın, Anayasa’nın 2.,10. ve 41. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.”

Yakın zamanda basına da yansıyan bir kararında, Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi’nin “mağdurun suç tarihindeki bedensel gelişimi ve görünümü göz önüne alındığında, sanıkların cinsel istismar suçunu oluşturan kanun maddesinin ihlali konusunda kaçınılmaz hataya düştükleri”ne hükmedilmiştir²⁸.

²⁷ Anayasa Mahkemesi’nin 12.11.2015 tarihli, 2015/26 E, 2015/100 K. sayılı kararı (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c0fd7bd3-cdce-40f0-873d13925fb0e6c6?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>)

²⁸ <http://www.cnnturk.com/turkiye/cocuk-geline-cinsel-istismar-davasinda-kacinilmaz-hata-beraati> (Erişim tarihi: 02.06.2016)

Burada tartışılan husus, çocukların cinsel istismarı suçunun eşler arasında işlenip işlenemeyeceğidir. MK 124'e göre evlenme yaşı 17'dir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, hakim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple 16 yaşını doldurmuş olan kişinin evlenmesine de izin verebilir. Dolayısıyla her ne kadar MK 11/2 uyarınca evlenme kişiyi ergin kılsa da, kişi 18 yaşından küçük olduğu için ceza hukuku bakımından çocuk sayılmaya devam edecektir. Bu nedenle her ne kadar kişi evli olsa da, kıstas mağdurun yaşıdır.²⁹

Olağanüstü evlenme yaşı, 16 ya da tercihe göre 17 yaşının doldurulması olarak öngörülebilir. Bu durumda, mevcut düzenlemedeki gibi, hakim evliliğe izin vermesi aranacaktır. Ama tecavüzcüsü ile evlendirilmek istenen çocuklar için, hakime evliliğe izin vermemek yönünde daha geniş bir takdir yetkisi tanınmalıdır.

5) Sarkıntılık.

TCK 103/1'e bakıldığında, cinsel istismar ile birlikte sarkıntılık kavramına da yer verildiği görülmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere, TCK 103'e, 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu getirilen sarkıntılık kavramının ne anlama geldiğinin açıklanması gerekmektedir. Bir kere TCK 103 genel olarak çocuklara karşı işlenen cinsel davranışları cezalandırdığı için, sarkıntılığın da bir cinsel davranış olduğunu söylemekte yarar vardır. Öte yandan basit cinsel istismar ile sarkıntılık arasındaki farkın da ortaya konması gerekir. Buna göre, TCK 102 ve 103'te değişiklik yapan 6545 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinin gerekçelerine baktığımızda, ani hareketle gerçekleştirilen cinsel davranışın sarkıntılık olarak kabul edildiğini görmekteyiz. Bu değerlendirmenin Yargıtay tarafından da kabul gördüğü bilinmektedir.³⁰

Çocukların cinsel istismarı suçunu içtima hükümleri çerçevesinde ele aldığımızda, failin bu suçla birlikte TCK 109'daki kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunu da işlemesi durumunda, her ne kadar TCK 109/5'te suçun cinsel

²⁹ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAŞIZ / TEPE, s. 348.

³⁰ "Sanığın olay tarihinde parkta oturdukları sırada mağdurlara sarılmak, yüzlerini ve dudaklarını okşamak-öpmek, mağdurları omzuna yatırmak suretiyle gerçekleştirdiği cinsel istismar eylemlerinin sarkıntılık düzeyini aştığı, sanığın eylemlerinin ani ve kesik hareketler şeklinde olmayıp devamlılık arz eden eylemler niteliğinde olduğu ve bu haliyle sanığın mağdurlar Y. ve .S'ye yönelik eylemlerinin 6545 sayılı Kanunla değişik TCK'nın 103/1-1. cümlesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçu kapsamında kaldığı gözetilmeden suç vasfının tayininde hataya düşülerek yazılı şekilde sarkıntılık suçundan hüküm kurulması," (Yarg. 14. CD, 25.05.2015, E. 2015/2261, K. 2015/6685).

amaçla işlenmesinden bahsediliyor olsa da, failin hem TCK 103'ten hem de TCK 109'dan cezalandırılması gerekecektir. Zira TCK 109/5 failin saikini ortaya koyan bir hükümdür. Ama fail kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmanın yanı sıra aynı zamanda cinsel istismar suçunu da işlerse, o vakit her iki suçtan da cezalandırılması gerekecektir.³¹

Öte yandan Yargıtay, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarında, suçun işlendiği sırada ve işlendiği süreyle sınırlı bir zaman diliminde gerçekleştirdiği hürriyeti kısıtlayıcı fiilin, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunu oluşturmayacağını vurgulamaktadır.³²

Buna benzer bir başka örnek, çocukların cinsel istismarı suçu ile tehdit suçunun işlenmesidir. Bilindiği üzere TCK 103/4 uyarınca, cinsel istismarın onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarının algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı tehditle işlenmesi, ağırlatıcı bir sebep teşkil etmektedir. Ancak buradaki nitelikli halin söz konusu olabilmesi için, tehdidin suçun işlenmesine yönelik olarak ve suçun işlenmesinden önce veya en geç suçun işlenmesi sırasında yapılması gerekmektedir. Eğer suçun işlenmesinden sonra, suçun ortaya çıkmasını engellemek amacıyla tehdit yapılırsa, bu fiilden dolayı ayrıca ceza verilecektir.³³

³¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 398.

³² “Mağduru, anne ve babasının rızası ile tarlaya gezmek için götüren suça sürüklenen çocuğun, tarlaya gitmeden evvel cinsel istismarda bulunma amacında olduğunun dosya içeriğinden anlaşılamadığı, cinsel istismar suçunun işlendiği sırada ve işlendiği süreyle sınırlı bir zaman diliminde mağdurun iradesiyle hareket edebilme özgürlüğü ortadan kaldırılmadan cinsel istismar suçunun işlenemeyeceği ve suça sürüklenen çocuğun, cinsel istismar eylemini gerçekleştirmeye yönelik eylemleri dışında mağdurun hürriyetini kısıtlayan başkaca bir hareketinin de bulunmadığının anlaşılması karşısında, eylemin sadece çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüs olduğu gözetilmeden, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da mahkûmiyetine karar verilmesi,” (Yarg. 14. CD, 20.01.2016, E. 2014/6228, K. 2016/499); “mağdurenin kendi isteğiyle sanığın aracına binerek evine gittiği, sanığın evinde cinsel saldırı suçunu işlediği ve mağdureyi de cinsel saldırı suçu süresince tuttuğu olayda, eylemin ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmadığı gözetilerek bu suçtan beraati yerine, yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi,” (Yarg. 14. CD, 20.01.2016, E. 2014/1139, K. 2016/479).

³³ “5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinin nitelikli hali olan ve aynı maddenin dördüncü fıkrasında yer alan “tehdit” sebebiyle cezanın arttırılabilmesi için tehdit niteliğinde söz veya eylemlerin suçun işlenmesine yönelik olarak, suçun işlenmesinden önce ya da en geç suçun işlenmesi sırasında yapılması gerektiği, suçun işlenmesinden sonra, suçun ortaya çıkmasını önlemek amacıyla yapılan tehdidin ise ayrı bir suç oluşturacağı, dosya kapsamına göre suça sürüklenen çocukların, cinsel istismar eylemlerinden sonra mağdureye “olayı anlatırsan bunu tekrar yaparız” demek suretiyle, eylemin ortaya çıkmasını engellemek amacıyla tehdit etmelerinin ayrı bir suç oluşturup 5237 sayılı TCK'nın 106/2-c maddesi gereğince mahkûmiyetlerine hükmedilmesi gerekirken dosya içeriğiyle uyumlu olmayacak şekilde yazılı şekilde karar verilmesi,” (Yarg. 14. CD, 16.02.2016, E. 2014/4332, K. 2016/1310).

TCK 103, Anayasa Mahkemesi'nin 26.5.2016 tarihli kararına³⁴ da konu olmuştur. İptal talebinde bulunan yerel mahkeme, dosyasına konu olaydan yola çıkarak, TCK 103/1-a'da onbeş yaşını tamamlamadığı halde fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği olan, yani kendisine yönelik gerçekleştirilen cinsel davranışlara rızası bulunan çocuğun bu rızasına sonuç tanınmadığı ve 4 yaşındaki çocuk ile 14 yaşındaki çocuğun mağdur olması bakımından hiçbir ayırım gözetilmediği belirtmiş ve bu durumun korunan hukuki yarar ile müeyyide arasındaki dengeyi bozduğunu ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, daha önce TCK 103/2'yi iptal eden kararına da atıfla Anayasa'ya aykırılık olduğunu tespit etmiştir. Bu gerekçe ile TCK 103/1-a bendindeki “tamamlamamış” ibaresini TCK 103/1'in bir ve ikinci cümleleri yönünden iptal etmiştir.

Bizce bu karar, ceza hukuku bakımından geriye dönüşü ifade etmektedir. Daha önceki yıllarda Adli Tıp Kurumu tarafından verilen raporlarda 7 yaşından küçük çocuk ile 7 yaşından büyük çocuklara karşı işlenen cinsel suçlarda farklı cezalar uygulanmasına yol açan raporlar verilmekteydi. Şimdi 15 yaşını tamamlamamış çocuklara karşı işlenen suçlar bakımından ceza indirimine yol açabilecek bu karar bizce yerinde değildir. Mahkemenin TCK 61 kapsamında cezayı belirlerken sahip bulunduğu takdir yetkisini kullanması yeterli idi.

II - Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu

Cinsel suçlar bakımından önem taşıyan bir başka düzenleme de TCK 104'teki “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçudur:

Reşit olmayanla cinsel ilişki

Madde 104- (1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) (İptal: Ana.Mah.nin 23/11/2005 tarihli ve E: 2005/103, K: 2005/89 sayılı kararı ile; Yeniden düzenleme: 18/6/2014-6545/60 md.) Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü

³⁴ AYM 26.5.2016 tarihli 2015/108 E., 2016/46 K. sayılı karar.

bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.

Bu madde ile cezalandırılan fiil, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş bir çocukla cinsel ilişkide bulunmaktır. Suç şikâyet tabidir.

Burada tartışılan husus, şikâyet hakkını kimi kullanacağıdır. TCK 103/1-cümle 3'te sarkıntılık söz konusu olduğunda, mağdurun yanı sıra velisinin veya vasisinin de şikâyetle bulunabileceği yazılıdır. Hâlbuki TCK 104'te kimin şikâyet edebileceği belirtilmemiştir. Bu hususla ilgili olarak şikâyet hakkının mağdur çocukta olduğu, veli veya vasisinin çocuğun iradesine aykırı olarak şikâyetle bulunamayacağı belirtilmektedir.

III - Cinsel Taciz Suçu

Nihayet TCK 105'te yer alan cinsel taciz suçu da çocukları ilgilendiren bir başka cinsel suçtur. Maddeye göre;

Cinsel taciz

Madde 105- (1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Suçun;

a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

e) Teşhir suretiyle, işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz.

Her ne kadar cinsel taciz suçunun mağduru herkes olabilirse de, suçun çocuğa karşı işlenmesi durumunda verilecek ceza artırılmaktadır.

Çocuklara yönelik hem taciz hem de istismar fiilleri, maalesef son zamanlarda artış göstermektedir. Çocukluk döneminde bu fillere maruz kalan kişilerin ileriki dönemlerde depresyon, anksiyete, intihara eğilim, madde bağımlılığı gibi psikiyatrik bozukluklar yaşaması tüm geleceğini olumsuz şekilde etkilemektedir.³⁵

AIHM'in cinsel istismara ilişkin ilgi çekici kararları vardır. Bunlardan biri de X ve Y / Hollanda kararıdır. (X ve Y / Hollanda (no. 8978/80) 26 Mart 1985).

Karara konu olan olayda, zihinsel engelli bir kız (ikinci başvuran), on altıncı yaşına girdikten bir gün sonra (Hollanda'da cinsel rüşt yaşı on altıdır), kaldığı zihinsel engelli çocuklara yönelik bakımevinde, sorumlu kişinin bir akrabası tarafından tecavüze uğramıştır. Yaşanan olay kızda travmaya neden olmuş, ancak kızın zihinsel yaşının düşük olması dikkate alınarak resmi şikayeti imzalamak için elverişli olmadığına karar verilmiştir. Babası (birinci başvuran) şikayeti kızın yerine imzalamış, ancak kızın bizzat şikayette bulunması gerektiğinden, fail hakkında dava açılammıştır. Yerel mahkeme, kanunda bir boşluk bulunduğunu kabul etmiştir.

AIHM olayı 8. madde bakımından ele almıştır. Mahkemeye göre AIHS m. 8'in asıl amacı, bireyi kamu yetkililerinin keyfi müdahalelerine karşı korumak olsa da, Mahkeme, söz konusu maddenin Devleti bu tür bir müdahaleden kaçınmak mecburiyetinde bırakmadığını da anımsatmaktadır. Bu negatif güvenceye ek olarak, özel ve aile hayatına etkin bir şekilde saygı gösterilmesi hakkının özünde bulunan pozitif yükümlülükler de olabilir.

Mevcut davada Mahkeme, ikinci başvuranın maruz kaldığı türde kanuna aykırı bir uygulamada medeni hukuk tarafından sağlanan korumanın yetersiz olduğu kanısına varmıştır. Mevcut dava, temel değerler ve özel hayatın asıl yönlerinin söz konusu olduğu bir davadır. Bu alanda etkili caydırıcılık zaruri olup, bu caydırıcılığa sadece ceza hukuku hükümleri aracılığıyla ulaşılabilir. Mahkeme, Hollanda Ceza Kanununun ikinci başvurana, uygulanabilir ve etkin koruma sağlamadığını gözlemleyerek ve söz konusu suçun niteliğini de göz önünde bulundurarak, ikinci başvuranın Sözleşme'nin 8. maddesine yönelik ihlalin bir mağduru olduğuna karar vermiştir.

Bir diğer karar ise, M.C. / Bulgaristankararıdır (no. 39272/98, 4 Aralık 2003). Karara konu olan olayda, 14 yaşındaki başvuru (Bulgaristan'da cinsel rüşt yaşı on dördtür) iki erkek tarafından tecavüze uğramıştır. Başvuru, tecavüz sırasında ve

³⁵ POLAT Oğuz, Cinsel İstismar Mağduru Çocukla İletişim Yöntemleri, İstanbul Barosu Çocuk Hakları Merkezi 23 Nisan Özel Broşürü, İstanbul Barosu Yayınları 2016, s. 82.

sonrasında ağlamış, daha sonra da annesi tarafından hastaneye götürülmüştür. Hastanede, başvurucunun kızkık zarının yırtıldığı tespit edilmiştir. Öte yandan başvurucunun tecavüze direndiği veya yardım istediği tespit edilemediğinden, failer hakkında kovuşturma gerçekleştirilememiştir.

Mahkeme, razı olmamayı tecavüz ve cinsel tacizin belirlenmesinde esas unsur olarak kabul eden uluslararası eğilimi vurgulayarak, Sözleşme'nin 3. maddesinin (aşağılayıcı muamele yasağı) ve 8. maddesinin (özel hayata saygı hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Özellikle genç kızlar başta olmak üzere cinsel istismara uğrayan mağdurlar genellikle, psikolojik sebeplerle (pasif bir şekilde boyun eğerek ya da kendilerini tecavüz olayından ayrı tutarak) ya da daha fazla şiddetin yaşanacağına yönelik korku nedeniyle direnememektedir. Mahkeme, mağdurun fiziksel olarak direnmediği durumlarda bile devletlerin, rıza gösterilmeyen cinsel eylemleri soruşturmaya yönelik bir yükümlülüğü bulunduğunu vurgulayarak, hem mevcut davada yürütülen soruşturmanın hem de Bulgar hukukunun hatalı olduğuna karar vermiştir.

Yine AİHM'in verdiği P.M. / Bulgaristan (no. 49669/07, 24 Ocak 2012) kararında ise, 13 yaşında tecavüze uğrayan başvurucunun, Bulgar yetkililerce yürütülen soruşturmanın 15 yıl sürmesi ve yetkililerin saldırganlara yönelik bir kovuşturma yürütmekteki isteksizlikleri ile ilgili olarak başvurabileceği herhangi bir hukuk yolu bulunmamasının incelendiği görülmektedir.

Bu kararında Mahkeme, davaya ilişkin olayların ve failerin kimliklerinin belirlenmiş olmasına rağmen başvuranın tecavüz şikâyetine yönelik soruşturmanın etkisiz kaldığını tespit ederek, Sözleşme'nin 3. maddesinin (insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı) usul açısından ihlal edildiğine karar vermiştir.

IV - Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suç Hükümlüsüne Uygulanan Tedavi

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uygulanacak tedavi ve diğer yükümlülükler, CGTİK 108/11 maddesinde 2014-6545 sK ile yapılan değişiklik neticesinde 26.7.2016 tarihli RG'de yayımlanan yönetmelik ile düzenlenmiştir. Buna göre, TCK 102/2'de tanımlanan cinsel saldırı, TCK 103'de tanımlanan çocukların cinsel istismarı ve TCK 104/2 ve 3'de tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarından hapis cezasına mahkum olanların infaz sırasında ve koşullu salıverme sonrası denetim süresi içinde yükümlülüklerle tabi olmaları ve tıbbi tedavilerinin yapılması öngörülmüştür.

Bu yönetmelikte de çocuğun yüksek yararı gözetilerek tedavi ve yükümlülüklerin suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanamayacağına ilişkin bir hüküm sevk edilmiştir (m.2/2).

Yükümlülük ve tedavi tedbirlerine infaz hakimi tarafından C. başsavcılığının istemi üzerine karar verilmektedir (m. 6). Tıbbi tedavi; cinsel suç işlemiş hükümlü hakkında ilgili kurul tarafından uygun görülen psikiyatrik veya farmakolojik tedaviyi ifade etmektedir (m.4/1-ı).

Tıbbi tedavi yöntemi olarak cinsel dürtünün azaltılmasına veya denetimine yönelik tedaviler ile cinsel isteğin yok edilmesini sağlayan yöntemler uygulanacaktır. Hükümlünün tıbbi tedavi yükümlülüğüne karar verilmeden önce Sağlık Bakanlığı'na bağlı bir hastaneye sevk edilmesi ve kişinin tıbbi tedavisine gerek olup olmadığı, gerek varsa hangi yöntemin uygulanacağı hususunda rapor istenip gelen rapor göz önünde tutularak dosya infaz hakimliğine gönderilecektir. Tedavinin tamamlanıp tamamlanmadığı 6'şar aylık süreler ile sağlık kurumunda denetlenecektir (m. 7).

Yönetmelikte öngörülen diğer yükümlülükler, tedavi amaçlı programlara katılmak (m. 8), suç mağdurunun oturduğu veya çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak (m. 9), mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmak (m. 10), çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak (m. 11) ve çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak (m. 12) şeklinde yönetmelikte ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Hükümlünün bu yükümlülüklerle uyup uymadığının denetim ve takibi açısından elektronik cihazlar kullanılması imkanı da getirilmiştir.

ÖNERİ 38: Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan hükümlü olan çocuklar hakkında sağlık tedbiri uygulanması düşünülmelidir.

V - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması

Çocuklara yönelik işlenen cinsel suçlar bakımından AIHM kararlarına aşağıda yer verilmiştir.

1) C.A.S. ve C.S. / Romanya (no. 26692/05) 20 Mart 2012

Dava, birinci başvuranın bir erkek tarafından defalarca tecavüze uğramasına ilişkin yetkililerce yürütülen soruşturmanın beş yıl sürmesi ve en sonunda tecavüz eden kişinin beraat etmesiyle ilgili olarak yedi yaşındaki erkek çocuğunun ve

babasının şikâyetleri hakkındadır. Tecavüz fiilini gerçekleştiren kişi, 1998 yılının Ocak ve Nisan ayları arasında bir dönemde, çocuk okuldan eve tek başına geldiğinde, ailenin yaşadığı daireye zorla girmiştir.

Mahkeme yetkililerin, birinci başvuranın şiddet içeren cinsel tacize maruz kaldığına yönelik iddialarına ilişkin etkin bir soruşturma yürütemediklerini ve birinci başvuranın özel ve aile hayatına yönelik yeterli koruma sağlayamadıklarını belirterek, Sözleşme'nin 3. maddesinin (insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağı) ve 8. maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme bu kararda, Devletlerin, çocuklara karşı şiddet içeren davaların etkin bir şekilde soruşturulmasını sağlamaya yönelik olarak Sözleşme'nin 3. ve 8. maddeleri kapsamında yükümlülükleri bulunduğunu açıkça kabul etmiştir. Mahkeme ayrıca, Romanya'nın çocukların her türlü istismardan korunması³⁶ ve mağdurların iyileşme ve yeniden topluma kazandırılmalarına yardım edilmesi hususlarında uluslararası yükümlülükler üstlendiğine atıfta bulunmuş ve birinci başvurana, tecavüz ile ilgili yargılamalar döneminde ya da daha sonrasında herhangi bir danışmanlık hizmeti sağlanmadığını veya nitelikli bir psikolog desteği verilmediğini üzüntüyle belirtmiştir.

2) R.I.P. ve D.L.P. / Romanya (no. 27782/10) 10 Mayıs 2012

Kardeş olan başvuranlar, kızın yedi yaşında ve erkek kardeşinin ise üç yaşında olduğu dönemde, dedeleri (baba soyundan) tarafından annelerine tecavüz edilmesine yönelik suçlamaya ilişkin etkin bir soruşturma yürütülmemesinden ve cinsel saldırıyı teyit eden delillere rağmen 2011 yılında halen devam etmekte olan soruşturmanın uzunluğundan şikâyet etmişlerdir.

Mahkeme, davalı Devletin Sözleşme'nin 3. maddesinin (insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağı) usul yönünden pozitif yükümlülüklerinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

3) P. ve S. / Polonya (no. 57375/08) 30 Ekim 2012

Başvuranlar, bir kız ve annesidir. Birinci başvuran, 2008 yılında on dört yaşındayken, tecavüze uğradıktan sonra hamile kalmıştır. Başvuranlar özellikle, ilgili yasalarca belirlenen koşullar kapsamında, birinci başvuranın zamanında ve engelsiz bir şekilde kürtaja erişimini sağlayan kapsamlı bir yasal sistemin bulunmaması ve

³⁶ Romanya 1990 yılında Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesini, 2001 yılında ise Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesini onaylamıştır.

davaya ilişkin bilgilerin halka ifşa edilmesi hususlarıyla ilgili olarak şikâyetle bulunmuşlardır. Başvuranlar ayrıca birinci başvuranın, annesinin velayetinden alınıp önce çocuk sığınma evine daha sonra hastaneye yerleştirilmesinin hukuk dışı olduğunu ve dava koşullarının, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele teşkil ettiğini belirterek şikâyetle bulunmuşlardır.

Mahkeme, her iki başvuran açısından, yasal kürtaja erişimin belirlenmesi ve başvuranların kişisel bilgilerinin ifşa edilmesi hususlarında Sözleşme'nin 8. maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, birinci başvuranın çocuk sığınma evine yerleştirilmesindeki asıl amacın, kendisini ebeveynlerinden ayırmak ve kürtajı önlemek olduğunu tespit ederek, Sözleşme'nin 5 § 1 maddesinin (özgürlük ve güvenlik hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Son olarak birinci başvuran, yetkililer tarafından kötü muameleye maruz kalmış ve mağduriyeti, Sözleşme'nin 3. maddesi (insanlık dışı muamele yasağı) kapsamındaki minimum zorluk eşiğine ulaşarak, söz konusu maddenin ihlal edilmesine yol açmıştır.

4) O'Keeffe / İrlanda 28 Ocak 2014 (Büyük Daire)

Dava, dokuz yaşındaki bir kız öğrencinin, 1973 yılında İrlanda Ulusal Okulunda bir öğretmen tarafından cinsel tacize maruz kalmasıyla ilgili olarak Devletin sorumluluğuna ilişkindir. Başvuran özellikle, İrlanda Devletinin, kendisini tacizden koruyacak ilköğretim sistemini yapılandıramadığını ve kendisine yönelik kötü muameleye ilişkin soruşturma yürütemediğini ya da uygun bir adli karşılık sağlayamadığını belirterek şikâyetle bulunmuştur. Başvuran ayrıca, Devletin kendisini koruyamamasına yönelik bir ikrar ve tazminat elde edemediğini ileri sürmüştür.

Mahkeme, İrlanda Devletinin başvuranı cinsel tacizden koruyamaması ve başvuranın söz konusu kusur nedeniyle ulusal düzeyde bir ikrar elde edememesi ile ilgili olarak, Sözleşme'nin 3. maddesinin (insanlık dışı ya ve aşağılayıcı muamele yasağı) ve 13. maddesinin (etkili başvuru hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, başvuranın okulundaki cinsel taciz iddialarına ilişkin soruşturmaya ilgili olarak Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme, özellikle de ilköğretim bağlamında çocukların kötü muameleden korunmasının, bir Hükümetin esas yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir 1970'lerden önce yetişkinlerin çocuklara yönelik cinsel tacizlerinden haberdar olması beklenen İrlanda Devleti (önemli bir oranda yaşanan bu tür suçlarla ilgili kovuşturma yapmak

suretiyle) bu tür tacizlerin yaşanma riskine karşı etkin bir Devlet kontrolü mekanizmasını devreye sokmamıştır. Bunun yanı sıra, İrlandalı çocukların büyük çoğunluğunun yer aldığı ilköğretimin idaresini Ulusal okullara emanet etmeye devam etmiş ve dolayısıyla söz konusu yükümlülüğünü yerine getirememiştir. Buna karşılık, olası şikâyet sahipleri Devlet yetkililerinden uzaklaştırılarak Ulusal Okulların idarecilerine (genellikle yerel papazlar) yönlendirilmişlerdir. Nitekim, başvuranın okulunda uzun bir süre boyunca gerçekleşen dört yüzün üzerinde taciz olayına imkan tanıyan ve tacizin tespiti ve bildirilmesine yönelik sistem, etkisiz olarak kabul edilmelidir.

5) Manuello ve Nevi / İtalya 20 Ocak 2015

Başvuranların oğlunun yaklaşık beş yaşındaki kızının okul müdiresinin, başvuranların oğlunu çocuğa tecavüz ettiği şüphesiyle polise ihbar etmesinden sonra, başvuranların oğlu hakkında 2002 yılında ceza yargılamaları başlatılmıştır. Çocuğun annesi, 1 Ağustos 2002 tarihinde, velayet haklarının eşinden geri alınması için çocuk mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Başvuranlar, belirtilen tarihten sonra torunlarını görmemişlerdir. Başvuranlar özellikle, çocukla görüşme izni kapsamında yürütülen yargılamaların aşırı uzun sürmesi ve sosyal hizmetlerin, çocukla iletişim kurulmasına izin veren 2006 yılının Şubat ayında verilen mahkeme kararını uygulamamaları hususlarında şikayette bulunmuşlardır.

Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesi (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) uyarınca başvuranların aile hayatına saygı haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme özellikle, çocuğun büyükanne ve büyükbabasını babasıyla bağdaştırması ve çocuğun tecavüze uğradığı iddiası nedeniyle maruz kaldığı eziyet temeline dayanarak büyükbaba ve büyükanne ile torunlarının görüşmesinin yasaklanmasının, yetkililerin kötü muamele durumunda alabilecekleri bir tedbir olduğunu gözlemlemiştir. Bununla birlikte, bu tür durumlarda aşırı dikkat gerekse de ve çocuğun korunmasına yönelik tedbirler, aile üyeleriyle iletişimi sınırlamayı içerse de, Mahkeme; yetkililerin, birbirlerini yaklaşık olarak on iki yıldır görmeyen büyükanne ve büyükbaba ile torunları arasındaki aile bağlarının korunmasına yönelik gerekli çabayı göstermediklerini değerlendirmiştir.

6) *Söderman / İsveç, 12.11.2013, Büyük Daire*

Üvey babanın 14 yaşındaki kız çocuğunu çıplakken gizlice filme alma teşebbüsü ve kızın, söz konusu dönemde kişinin rızası olmadan filme alınmasına yönelik herhangi bir yasak içermeyen İsveç hukuk sisteminin, kişisel bütünlüğünün ihlal edilmesine karşı kendisini koruyamadığına yönelik şikayette AİHM, AİHS'e uygun bir biçimde başvuranın özel hayata saygı hakkının korunmasını (cezaî ya da hukuki başvuru yolu sağlayarak) güvence altına alamadığını tespit etmiştir. Üvey baba tarafından yapılan eylem, kızın kişisel bütünlüğünü ihlal etmiş ve kızın küçük olması, olayın kızın evinde gerçekleşmesi ve failin, kızın güvenmek zorunda olduğu ve güvenmesi beklenen bir kişi olması sebebiyle daha da ağır bir hal almıştır.

7) *Ş. H. H. / Türkiye (no. 22930/08)*

Babası tarafından sekiz yaşındayken cinsel saldırıya maruz kalan, üç yıldan uzun bir süre cinsel tacize uğrayan ve on iki yaşında tecavüze uğrayan başvuran, babasına verilen cezanın az olmasından ve ulusal yetkililerce yürütülen soruşturmanın yetersiz olması nedeniyle babasının tecavüzle suçlanmamasından şikâyet etmiştir.

AİHM önüne gelen bu başvuru üzerine taraflara 3 adet soru yöneltilmiştir. Sorular şunlardır:

1) Nitelikli cinsel saldırıyı (nitelikli cinsel istismar) cezalandıran, ceza hukukuna ilişkin mevzuat ve uygulama, bunların somut olaylara tatbiki, başvuruda iddia edildiği üzere, Devletin 3, 8 ve 13. maddelerden doğan pozitif yükümlülüklerinin ihlali olarak kabul edilebilir mi?

Özellikle yetkili makamlar bahsi geçen olayların koşullarını ortaya koymak için kendilerine sunulan bütün imkanlardan yararlanmışlar mıdır (tamamlayıcı tıbbî uzmanlık, bir laboratuvar tarafından tıbbî analizler, post-travmatik testler, vs.) ve olayın oldukça istisnâî koşullarını göz önünde tutarak, mağdurun tutarlı açıklamalarının inandırıcılığını yeterli bir şekilde değerlendirmişler midir? (bir baba tarafından yıllar boyunca bir çocuk üzerinde gerçekleştirilen tecavüz iddiası)

2) Olayların olduğu dönemde bir çocuk olan başvurucuya, usulî işlemler süresince etkili bir korumanın sağlanmasında yönelik hangi tedbirler alınmıştır?

3) Türk sistemini, çocukları cinsel istismara karşı korumak bakımından yeteri kadar etkili kabul edebilir miyiz?

B - Çocuk Pornografisi

Türk Ceza Kanunu'nda “çocuk pornografisi” diye bir suç tipi düzenlenmemiştir. Ancak “Müstehcenlik” başlıklı 226. maddenin üçüncü fıkrası aşağıdaki gibidir:

“Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışı arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

Çocuk pornografisi basit olarak, “çocuk içeren cinsel eylemi emsil eden görüntü veya figürler”³⁷ şeklinde tanımlanabilir. Madde metnine baktığımızda ise, bu tanıma sadece görüntülerin değil, yazı ve sözlerin de dâhil edildiği görülmektedir. Ayrıca, suçun konusunu oluşturan müstehcen görüntü, yazı veya sözlerin üretiminde, maddede 6698 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte, sadece çocukların değil, bunun yanına temsili çocuk görüntüleri ve çocuk gibi görünen kişilerin kullanılması da eklenmiştir.

Bu suçun işlenmesi bakımından günümüzde internet önemli bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi'nin 9. maddesi “Çocuk pornografisi ile bağlantılı suçlar” başlığını taşımaktadır.

Ayrıca AIHM'in de bu konudaki kararları önemlidir. K.U. / Finlandiya kararında (02.03.2009), başvuru hakkında internette bir ilan çıkmıştır. Başvurucunun haberi olmadan çıkan ilanda, 12 yaşında bir erkek çocuğu olan başvurucunun yaşı, fiziksel özellikleri yer almaktadır. Yine bu ilanda, başvurucunun resmi ve telefon numarasının bulunduğu kişisel web sayfasının da linki vardır ve başvurucunun kendisiyle yaşıt veya kendisinden daha büyük bir başka erkek çocuk ile samimi bir ilişki kurmak istediği yazılıdır.

Başvurucunun babası polise başvurarak ilanı veren kişinin kimliğinin açıklanmasını talep etmiş, fakat bu talebi mahkeme tarafından reddedilmiştir. Mahkeme burada işlenen fiili iftira suçuna benzetmiş ve bu gibi hafif suçlar

³⁷ ÖZBEK Veli Özer, Müstehcenlik Suçu, Ankara, 2009, s. 111.

bakımından internet operatörünün ilanı veren hakkında bilgi açıklamaya zorlanamayacağına karar vermiştir.

Oysaki AİHM somut olayda özel hayatın gizliliği ilkesinden yola çıkmış ve ilanı verenin kimliğinin açıklanması ve bu kişi hakkında gerekli hukuki işlemlerin yapılmamasını AİHS m. 8'in ihlali olarak kabul etmiştir.

Çocuk istismarı ile çocuk pornografisi arasındaki fark, ilkinde çocukların cinsel davranışa maruz kalmasıyken, ikincisinde ise çocuğun pornografik bir üründe kullanılması söz konusudur. Bu anlamda bir çocuğa yönelik cinsel davranışlar sergilenip de ayrıca bu fiiller bir müstehcen ürün teşkil ederse, iki ayrı suç söz konusu olur.

TCK 226/3 çocuk pornografisi teşkil eden hareketleri iki şekilde ortaya koymuştur. Bunlardan ilki “müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanmak”tır. Diğer hareket ise, “bu ürünleri ülkeye sokmak, çoğaltmak, satışa arz etmek, satmak, nakletmek, depolamak, ihraç etmek, bulundurmak ya da başkalarının kullanımına sunmak”tır.

Madde 35 (ÇHS) - ÇOCUKLARIN KAÇIRILMALARININ, SATILMALARININ VE FUHŞA ZORLANMALARININ ÖNLENMESİ

Madde 35 - Taraf Devletler, her ne nedenle ve hangi biçimde olursa olsun, çocukların kaçırılmaları, satılmaları veya fuhşa konu olmalarını önlemek için ulusal düzeyde ve ikili ve çok yanlı ilişkilerde gereken her türlü önlemleri alırlar.

A - Genel Bilgiler

Sözleşmenin 35. maddesi, çocukları kaçırılma, satılma veya ticarete maruz kalma risklerine karşı korumaktadır.

Bilindiği üzere Sözleşmenin birçok maddesi benzer hususları ele almıştır. 11. maddede çocukların yasadışı olarak transferini veya geri verilmemesi, 21. maddede uluslararası evlat edinmede uygunsuz mali kazanç amacı gözetilmemesi, 32. maddede çocukların istismar edici ve zarar verici çalışmalardan, 33. maddede

uyuşturucu ticaretine karşı korunması, 34. maddede cinsel ticarete konu olmamayı ve nihayet 36. maddede de diğer her türlü sömürüye karşı korunması düzenlenmiştir. Bu anlamda 35. madde, çocukların bu amaçlarla veya diğer amaçlarla kaçırılmalarını veya satılmalarını önlemeyi amaçlamaktadır.

2002 yılında Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Fahişeliği ve Pornografisine İlişkin İhtiyari Protokol yürürlüğe girmiştir. Bu Protokol 09.05.2002 tarihli ve 4755 sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur. Bu Protokol taraf devletlerin çocuk satışı, fahişeliği ve pornografisi ile ilgili fiilleri suç haline getirme ve kovuşturma hususunda gerekli önlemleri almasını öngörmektedir.

Protokol ile ilgili ilk ülke raporunda, TCK 80, 94, 96, 102, 103, 104, 105, 109, 226, 227, 231 ve 234'ten bahsedilerek, anılan maddelerde çocuk satışı, çocuklara karşı cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, çocuk fahişeliği ve çocuk pornografisinin suç olarak düzenlendiği belirtilmiştir.

B - Çocuk Fahişeliği

Türk Ceza Kanunu'nun 227. maddesi "fuhuş" suçunu düzenlemektedir:

Madde 227 - (1) Çocuğu fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişi, dört yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır.

(2) Bir kimseyi fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran ya da fuhuş için aracılık eden veya yer temin eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Fuhşa sürüklenen kişinin kazancından yararlanılarak kısmen veya tamamen geçimin sağlanması, fuhşa teşvik sayılır.

(3) (Mülga: 6/12/2006 – 5560/45 md.)

(4) Cebir veya tehdit kullanarak, hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimseyi fuhşa sevk eden veya fuhuş yapmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır.

(5) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların eş, üstsoy, kayın üstsoy, kardeş, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı

nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(6) Bu suçların, suç işlemek amacıyla teşkil edilmiş örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(7) Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(8) Fuhşa sürüklenen kişi, tedaviye veya psikolojik terapiye tâbi tutulabilir.

Her ne kadar madde başlığı “fuhuş” olsa da, bu hükümle cezalandırılmak istenen fiil fuhuş yapmak değil, fuhşa teşvik, aracılık, yer temini vb. faaliyetlerdir.

Fuhuş suçunda mağdurun çocuk olması durumunda ilk fıkra uygulanacak, çocuğun fuhşa teşvik edilmesi, fuhuş yapmasının yolunun kolaylaştırılması, fuhuş maksadıyla tedarik edilmesi, fuhuş maksadıyla barındırılması ve fuhuşa aracılık edilmesi fiilleri nedeniyle failer cezalandırılacaktır. Burada seçimlik hareketli bir suç söz konusudur. Bu anlamda failin suçu işlemesi için sayılan hareketlerden en azından birini yapması yeterli olup, birden fazla hareketi gerçekleştirmesi halinde de tek bir suçtan dolayı cezalandırılır.³⁸ Maddede suçun hangi hareketlerle işleneceği sayıldığı için, bu suçun bağlı hareketli suçtur.

Cebir, tehdit, hile, çaresizlikten yararlanma gibi haller maddenin dördüncü fıkrasında ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiş olduğundan, belirtilen fiillerde bunlardan birine başvurulması söz konusu olmamakta, yani çocuğun rızası bulunmaktadır. Fakat bir çocuğa fuhuş yaptırılması için yalnızca ağırlatıcı nedenler arasında sayılan haller söz konusu olmayıp kandırılmak suretiyle rızasının elde edilmesinin mümkün, hatta kolay olduğu unutulmamalıdır. Kanun burada sadece çocuktan bahsettiği için, çocuğun evlilik veya başka bir yolla reşit olmasının bir önemi yoktur.³⁹

Bu suçla korunan hukuksal yarar genel ahlakıdır. Nitekim maddenin kanun sistematigindeki yerine de baktığımızda, “Genel Ahlaka Karşı Suçlar” arasında yer aldığını görmekteyiz. Bu hükümle, çocukların korunması ve yetişkinlerin de cinsel

³⁸ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s. 854.

³⁹ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s. 854.

özgürlüklerinin gözetilmesinin amaçlandığı doktrinde belirtilmektedir.⁴⁰ Ancak bizce maddenin birinci fıkrasındaki suç tipi ile gözetilen hukuki menfaat çocuğun korunmasıdır. Zira ancak böyle bir yorum yapıldığında maddenin ÇHS'ne uygunluğundan bahsedilebilir.

Yukarıda sözü edilen seçimlik hareketlerden ilki “çocuğun fuhşa teşvik edilmesi”dir. Burada söz konusu olan, başkalarının cinsel, şehvî ihtiraslarını tatmin için çocuğun teşvik edilmesidir.⁴¹ Teşvik etme, kişi üzerinde subjektif nitelikte olan etki şeklinde tanımlanabilir.⁴² Failin, çocukta fuhşa yönelik bir irade oluşturması, çocuğa bu yönde bir karar verdirmesi, çocuğu fuhuş yapmak için ikna etmesi veya çocuğun fuhşa karşı koymamasını sağlaması, teşvik sayılabilir.⁴³

Teşvik esasında manevi bir etkidir ve bu nedenle şiddet içermez.⁴⁴ Teşvik olarak kabul edilebilecek hareketlerin neler olduğunu baştan tespit etmek mümkün değildir. Söz, nasihat, resim gösterme şeklinde olabilir. Bunun yanı sıra, çocuğa cinsel ilişki izlettirilmesi veya çocuğun fuhuş yapılan ortamlara sokulması suretiyle de teşvik söz konusu olabilir.⁴⁵ Mukayeseli hukukta cinsel davranışların çocuklara izlettirilmesi çocuğun cinsel istismarı sayılmaktadır.

Fuhşa teşvik hareketinden bahsedebilmek için mağdurun bilfiil fuhuş hayatına atılmış olması gerekmediği gibi⁴⁶ eylemin mutlaka cinsel ilişki ile sonlanması da gerekmez; çocuğun bedeninin tatmin için kullanılması maksadı da yeterli olacaktır.⁴⁷

Fuhşun yolunu kolaylaştırmak hareketi, fail tarafından gerek çocuktan yararlanmak isteyen gerekse fuhşa atılmak isteyen çocuğa fırsat, araç veya imkanlar sağlamaktır.⁴⁸ Failin fuhşa ilişkin engelleri ortadan kaldırması veya engel olma yükümlülüğüne rağmen buna engel olmaması da kolaylaştırma sayılabilir.⁴⁹

⁴⁰ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE, s. 853.

⁴¹ DÖNMEZER Sulhi, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 4. Bası, İstanbul, 1975, s. 313.

⁴² ÖNDER Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 1994, s. 590.

⁴³ ÖNDER, s. 590; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE, s. 854-855.

⁴⁴ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE, s. 855.

⁴⁵ ÖNDER, s. 590; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE, s. 855.

⁴⁶ DÖNMEZER, s. 319.

⁴⁷ DÖNMEZER, s. 316.

⁴⁸ DÖNMEZER, s. 318.

⁴⁹ ÖNDER, s. 591.

Maddedeki üçüncü seçimlik hareket “çocuğun fuhuş maksadıyla tedarik edilmesi”dir. Bu ibareden kasıt, failin çocuğu, kendisinden yaralanacak kişiye sunmasıdır.⁵⁰

Dördüncü seçimlik hareket olan barındırma, failin egemenlik alanına girmiş mağdurun fuhuş yapması amacıyla bir yere yerleşmesini ve yaşamasını sağlamak anlamına gelmektedir.

Nihayet TCK 227/1'deki son seçimlik hareket “çocuğun fuhşuna aracılık etmek”tir. Burada kastedilen, cinsel arzularını tatmin etmek isteyen kişi ile mağduru biraraya getirmektir. Bu eylemin ücret karşılığı olup olmaması önem taşımamaktadır.⁵¹

TCK 227/5'te ise bir başka nitelikli halden bahsedilmektedir. Suçun “eş, üstsoy, kayın üstsoy, kardeş, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi” cezanın yarı oranında artırılmasını sonuçlayacaktır. Buradan da anlaşılacağı üzere, mağdurun çocuk olduğu hallerde, mağdur ile fail arasındaki ilişkinin bu fıkra kapsamına girmesi nitelikli hal olarak kabul edilmektedir. Örneğin bir babanın veya büyükbabanın ya da ağabeyin; okul müdürünün veya öğretmenin fail olmaları bu fıkranın uygulanmasını gerektirecektir.

İçtima bakımından, suçun aynı mağdura karşı işlenmesi durumunda TCK 43 uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilecektir. Yargıtay bu konuyla ilgili olarak önceki kararlarında, fuhşun bünyesinde teselsülü de kapsadığı gerekçesiyle, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını kabul etmiyordu.⁵² Ancak son dönemde verdiği kararlarda, Yargıtay'ın bu içtihadından döndüğü görülmektedir.⁵³

⁵⁰ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s. 855.

⁵¹ YAŞAR Osman / GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt V, Ankara, 2010, s. 6423.

⁵² Yarg. 5. CD, 21.01.2008, E. 2007/12407, K. 2008/7.

⁵³ “Fuhuş suçu TCK'ndaki düzenleniş biçimi itibarıyla temadi eden, devamlılık gerektiren, diğer bir ifadeyle suçun gerçekleştiğinin kabulü için eylemin ardı ardına yapılmasını zorunlu kılan bir suç değildir. Ancak gerek 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, gerekse 5237 sayılı TCK döneminde bu suçun temyiz incelemesini yapan Özel Dairelerce fuhuş suçunun bünyesinde devamlılığı barındırdığı ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı kabul edilegelmiştir. Bu kabulün temelini Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün 15. maddesinde; "Başkalarının cinsi zevkini menfaat karşılığı tatmin etmeyi sanat edinen ve bunun için değişik erkeklerle münasebette bulunan kadınlara (Genel kadın) denilir" şeklinde tanımlanan "Genel kadın"

227. maddenin çocuklar açısından en büyük önemi, sayılan fiillerin işlenişine yönelik hazırlık hareketlerinin de tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağına hüküm altına alınmış olmasıdır (TCK 227/1 son cümle). Bu ifade hem çocuk mağdurlar açısından hassasiyet gösterildiğini hem de konuya ilişkin milletlerarası sözleşmelerin dikkate alındığını ortaya koymaktadır.

Avrupa Konseyi'nin 1579 (2007) sayılı tavsiye kararında, çocuklar açısından fuhuş yönünde rızanın geçerli bir rıza olmayacağı belirtilerek tüm üye devletlerde çocuk fuhuşunun yasaklanması yükümlülüğü getirilmiştir.

ÖNERİ 39: Çocuk fuhuşunda, müşteri konumundaki kişiler de cezalandırılmalıdır.

Her ne kadar çocuk ile ilişkiye giren kişi, cinsel istismar suçunun faili olsa da çocuk fuhuşu bakımından herhangi bir sorumluluğu gündeme gelmemektedir. 1579 sayılı tavsiye kararında da belirtildiği üzere, çocuk fahişelerin müşterisi olan kişiler hakkında da kovuşturma yürütülebilmesi için aktif bir politika belirlenmesi gerekmektedir. TCK'da da suç faili olarak kabul edilen kişiler maddede sayılan teşvik, aracılık ve benzeri fiilleri gerçekleştiren kişiler olmasına rağmen çocuk fahişe ile ilişkiye giren “müşteri” nin fail olarak gösterilmemesi doktrinde de belirtildiği üzere büyük bir eksikliktir. Oysaki dünyada konuya yaklaşım radikal biçimde değişiklik göstermektedir. 1999 yılında İsveç’de müşterilerin de cezalandırılması esasını benimseyen bir yasanın kabul edilmesinin ardından İsveç Modeli olarak anılan sistem ve benzer yaklaşımlar İskandinav ülkeleri arasında yayılmaya başlamıştır.⁵⁴

kavramı oluşturmaktadır. Ancak bu tanım yalnızca fuhuş kendisine meslek edinen kişi ile ilgili bir tanım olup, fuhuş suçunun maddi unsuruna ilişkin bir yönü bulunmamaktadır. Dolayısıyla genel kadın tanımından hareketle fuhuş suçunun bünyesinde devamlılığı barındırdığı sonucuna ulaşmak isabetli değildir. Kaldı ki, ne 765 sayılı TCK'nın 435 ve 436. maddelerinde, ne de 5237 sayılı TCK'nın 227. maddesinde fuhuş suçunun oluştuğunun kabulü için, suçun maddi unsurlarından olan eylemin (fiil) birden fazla kez gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde bir düzenleme yer almamaktadır. (...)TCK'nın 43/1. maddesi düzenlemesinden anlaşılabileceği üzere, zincirleme suç hükümlerinin uygulandığı hallerde aslında işlenmiş birden fazla suç olmasına karşın, fail bu suçların her birinden ayrı ayrı cezalandırılmamakta, buna karşın bir suçtan verilen ceza belirli bir miktarda arttırılmaktadır. Bu bilgiler ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde; Şikayetçi mağdureye değişik zamanlarda olmak üzere birden çok fuhuş yapması amacıyla aracılık edip, yer temin etmek suretiyle üzerine atılı suçu işlediği sabit olan sanık hakkında, 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesi uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına ilişkin yerel mahkeme kararı isabetli olup, anılan maddenin uygulanma şartlarının oluşmadığından bahisle bozulmasına yönelik Özel Daire kararı yerinde değildir.” (Yarg. CGK, 11.02.2014, E. 2013/14-310, K. 2014/60).

⁵⁴ ATALAY Ayşe Özge, Türk Ceza Hukukunda Fuhuş Suçu, XII Levha, İstanbul 2013, s. 130.

Bu konuda diğer devletlere öncülük edip fuhuşla ve özellikle mağduriyetin kat be kat fazla olduğu çocuk fuhşuyla mücadele edebilmek için Türk Ceza Kanunu'nda değişiklik yapılması ve müşterinin cezalandırılmasına ilişkin yeni suçlar ihdas edilmesi gereklidir.

Madde 36 (ÇHS) - SÖMÜRÜNÜN DİĞER BİÇİMLERİNE KARŞI KORUMA

Madde 36 - Taraf Devletler, esenliğine herhangi bir biçimde zarar verebilecek başka her türlü sömürüye karşı çocuğu korurlar.

Sözleşmenin 36. maddesi, çocukların her türlü sömürüye karşı korunmasını amaçlamaktadır. Burada özellikle toplumsal sömürü kavramına dikkat çekilmektedir.

Bu bağlamda özel yetenekli çocuklar, suçta kullanılan çocuklar, siyasi faaliyetlerde kullanılan çocuklar, medya tarafından kullanılan çocuklar ve araştırmacıların tıbbi veya bilimsel deneylerde kullandığı çocuklar konu edilmektedir.

Suçta kullanılan çocuklar bakımından ilk akla gelen kavramlardan biri dolaylı failliktir. TCK 37/2'de düzenlenen dolaylı faillik, suçun işlenmesinde bir başkasının araç olarak kullanılması durumunda söz konusu olmaktadır. Bu gibi hallerde, araç olarak kullanılan kişi değil, onu araç olarak kullanan kişi fail kabul edilmektedir. Fıkranın ikinci cümlesinde, kusur yeteneği olmayanların araç olarak kullanılması halinde, dolaylı faile verilecek cezanın üçte birden yarısına kadar artırılacağı yazılıdır.

Bunun yanı sıra, çocukların reklamlarda oynatılması bakımından elbette öncelikle İş Hukukunun hükümlerinin ele alınması gereklidir. Çocukların reklamlar dışında medya sektörünün tamamında çalıştırılmasında sorun vardır. Bilhassa televizyon dizilerinde oynatılan çocukların, uzun saatler boyunca setlerde bekletilmeleri, bir sahne için defalarca tekrar çekimlerin yapılması çocuğun günlük yaşantısına zarar vermektedir. Bunun yanı sıra, medya vasıtasıyla tanınır hale gelen çocukların, kısa zamanda gelen bu şöhretle başa çıkamadığı ve bu durumdan psikolojik olarak etkilendiği sık sık görülmektedir.

Ayrıca reklamların çocuklar üzerindeki olumsuz etkileri bakımından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun vb. düzenlemelerin hükümleri mevcuttur.

Bunun dışında bir başka mevzu da tıbbî deneylerdir. TCK 90 “insan üzerinde deney suçu”nu düzenlemektedir. Anılan hüküm çocuklar üzerinde yapılan deneyleri ayrı tutmuştur. Nitekim maddenin birinci fıkrasında insan üzerinde deney suçu verilecek cezadan bahsettikten sonra, ikinci fıkrada insan üzerinde yapılan bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmeyeceği hallerden bahsedilmiştir. Bunu takip eden üçüncü fıkrada ise, çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğu gerektirmemesi için birtakım ek koşullarına varlığı aranmıştır.

Madde 37 (ÇHS) –İŞKENCE, AŞAĞILAYICI DAVRANIŞ VE ÖZGÜRLÜKTEN YOKSUN BIRAKMAYA KARŞI KORUNMA HAKKI

Madde 37 - Taraf Devletler aşağıdaki hususları sağlarlar:

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 tutuklanması, 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 insancıl 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.

d) Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuk, kısa zamanda yasal ve uygun olan diğer yardımlardan yararlanma hakkına sahip olacağı gibi özgürlüğünden yoksun bırakılmasının yasaya aykırılığını bir mahkeme veya diğer yetkili, bağımsız ve tarafsız makam önünde iddia etme ve böylesi bir işlemle ilgili olarak ivedi karar verilmesini isteme hakkına da sahip olacaktır.

Sözleşmenin 37. maddesi, çocukların işkenceden, diğer zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muameleden, ölüm cezasından, salıverilme imkanı olmadan ömür boyu hapis cezasından, kanunsuz veya keyfi hürriyetten yoksun bırakılmadan korunmasından bahsetmektedir.

Aynı madde çocuğun yaklanması, tutuklanması veya hapis cezası alması durumunda, bunun kanuna uygun olmasını, son çare olmasını ve mümkün olan en kısa süreyle uygulanmasını öngörmektedir.

Bunun dışında madde, hürriyetinden yoksun bırakılan çocuğun insan onuruna saygı duyulmasını, kendi yaşına özgü ihtiyaçlarının gözetilmesini, yetişkinlerden ayrı tutulmasını, ailesiyle iletişim kurulabilmesini, hukuki ve diğer gerekli yardımdan yararlanabilmesini, hakkında verilen kararın hukuka uygunluğunun tartışılabilmesini ve bu hususlarla ilgili kısa sürede karar verilmesini düzenlemektedir.

Türk hukukunda artık tedip hakkı bulunmamaktadır. Bu türde fiillerin hukuka aykırı sayılmaları ve cezalandırılmaları (Bkz. TCK 232 ve 233) söz konusudur. Çocuğun soruşturma ve kovuşturma işlemlerindeki durumu ise aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

Madde 38 (ÇHS) - SİLAHLI ÇATIŞMALARDAN ETKİLENEN ÇOCUKLARIN KORUNMASI

Madde 38 - 1. Taraf Devletler, silahlı çatışma halinde kendilerine uygulanabilir olan uluslararası hukukun, çocukları da kapsayan insani kurallarına uymak ve uyulmasını sağlamak yükümlülüğünü üstlenirler.

2. Taraf Devletler, onbeş yaşından küçüklerin çatışmalara doğrudan katılmaması için uygun olan bütün önlemleri alırlar.

3. Taraf Devletler, özellikle onbeş yaşına gelmemiş çocukları askere almaktan kaçınırlar. Taraf Devletler, onbeş ile onsekiz yaş arasındaki çocukların silah altına alınmaları gereken durumlarda, önceliği yaşça büyük olanlara vermek için çaba gösterirler.

4. Silahlı çatışmalarda sivil halkın korunmasına ilişkin uluslararası insani hukuk kuralları tarafından öngörülen yükümlülüklerine uygun olarak, Taraf

Devletler, silahlı çatışmadan etkilenen çocuklara koruma ve bakım sağlamak amacıyla mümkün olan her türlü önlemi alırlar.

Sözleşmenin 38. maddesi, silahlı çatışmalarda uluslararası insancıl hukukun kurallarına saygı duyulmasını öngörmektedir.

Bu kapsamda, 15 yaşından küçük çocukların çatışmalarda yer almaması, silahlı kuvvetlere alınmaması, 15-18 arası çocukların orduya alınmasında büyüklere öncelik tanınması, silahlı çatışmalarda çocukların korunması için gerekli tedbirlerin alınması düzenlenmiştir.

Bu konuyla ilgili olarak Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocukların Silahlı Çatışmalara Daihil Olmaları Konusunda İhtiyari Protokol mevcuttur. Bu protokol 16.10.2003 tarih ve 4991 sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur.

Madde 39 (ÇHS) - MAĞDUR DURUMDAKİ ÇOCUKLARIN REHABİLİTASYONU

Madde 39 - Taraf Devletler, her türlü ihmal, sömürü ya da suistimal, işkence ya da her türlü zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da ceza uygulaması ya da silahlı çatışma mağduru olan bir çocuğun, bedensel ve ruhsal bakımdan sağlığına yeniden kavuşması ve yeniden toplumla bütünleşebilmesini temin için uygun olan tüm önlemleri alırlar. Bu tür sağlığa kavuşturma ve toplumla bütünleştirme, çocuğun sağlığını, özgüvenini ve saygınlığını geliştirici bir ortamda gerçekleştirilir.

Sözleşmenin 39. maddesi, şiddet, ihmal, istismar veya taciz, işkence veya diğer zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya silahlı çatışma mağduru olan çocukları ele almaktadır. Buna göre, çocukların tedavisi ve yeniden entegrasyonu çocukların sağlığını ve saygınlığını iyi hale getirecek ortamlarda gerçekleştirilmelidir.

Sözleşme bu tür önlemlerin tüm mağdur çocuklara ayırım yapılmadan uygulanmasını öngörmektedir. Çocuğun üstün yararı ön planda tutulmalıdır. Çocuğun gelişimi teminat altına alınmalı ve çocuğun görüşlerine saygı gösterilmelidir.

Suç işleyen kişiyi cezalandırma yükümlülüğünü üstlenen devletin, suçu önleyememesinden ötürü meydana gelen zararın giderilmesi açısından da mağdura

karşı yükümlülüğü bulunmaktadır.⁵⁵ Mağdurun çocuk olduğu hallerde bu yükümlülük çok daha büyük bir önem kazanmakta ve genişlemektedir.

Çocuk Satışı, Fahişeliği ve Pornografisine İlişkin İhtiyari Protokol'de taraf devletlere Protokolde sayılan fiillerin mağduru olan çocukların haklarının korunması ve özellikle bu çocukların rehabilitasyonunun sağlanması yükümlülüğü getirilmektedir. Silahlı Çatışmalar Protokolünde de çocuklara uygun desteğin verilmesinden bahsedilmektedir.

Mağdur çocukların rehabilitasyonunda, çocuğun özel ihtiyaçlarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu anlamda sağlık, ceza adaleti ve sosyal hizmetler ile ilgili sistem çocuğun özel ihtiyacına göre dizayn edilmelidir.

*World Report on Violence against Children*⁵⁶, mağdur çocukların yaşadıkları olayın etkisini ömür boyu taşıyacaklarını, erken ve nitelikli müdahalenin bu etkiyi hafifletebileceğini ifade etmektedir. Hatta bu müdahalenin, çocuğun ileride fail olmasını engelleyebileceği vurgulanmaktadır.

I - Mağdur ve Suçtan Zarar Gören Çocuklara Yönelik Usuller

Çocuk hakimlerinin görev alanını çok geniştir. Ayrıca çocuk hakimlerine tedbir ekranından gelen meseleler değişik iş olarak kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle iş yükü olarak sayılmamaktadır. Halbuki bu görevler çok zaman almaktadır. Bu nedenle, çocuk hakimliği istenmeyen bir görev olarak görülebilmektedir. Çocuk mahkemelerinin, Gülhane örneğinde olduğu gibi, adliyelerin dışına çıkarılması ve çocukların kendilerini rahat hissedebilecekleri bir şekilde düzenlenmesi gerekir. Ayrıca, adliyelerde sadece çocuklar için tüm engelliler bakımından da gerekli ve yeterli donanımın olması gereklidir.

Çocukların isimleri, suça sürüklenen çocuk olsun mağdur çocuk olsun, duruşma listelerinde açık bir şekilde yazılmaktadır. Bu uygulamaya son verilmesi gerekmektedir.

⁵⁵ AYTEKİN İNCEOĞLU Asuman, Ceza Hukukunda Mağdur Hakları Çerçevesinde Mağdurun Zararının Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkındaki Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt:11 Sayı: 141-142 Mayıs-Haziran 2016, s. 27.

⁵⁶ <http://www.unicef.org/violencestudy/reports.html>

ÖNERİ 40: Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay nezdinde yalnızca çocuklarla ilgili davalara bakan daireler kurulmalıdır.

II - Çocuk İzlem Merkezleri

Çocuk İzlem Merkezi adı altında kurulan merkezler, 2012 tarihli genelge⁵⁷ ile adalet sisteminde yerini almıştır. Bu genelgede belirtildiği üzere özetle, geleceğimizin teminatı olan çocuklarımızın her türlü tehlikeden korunarak bedensel ve ruhsal açıdan sağlıklı, eğitilmiş ve topluma yararlı bireyler olarak sosyal hayatta yerlerini almaları temel hedef olarak belirlenip bu hedef doğrultusunda; çocuklarımızı koruyup kollamaya yönelik mevzuat ve düzenlemeler yürürlüğe konularak, oluşturulan altyapı çerçevesinde yürütülen uygulamaların geliştirilmesi için çalışmaların devam etmekte olduğu belirtilmiştir. İstismar ve ihmal olmak üzere iki şekli bulunduğu kabul edilen kötü muamelelerin muhatabının çocuk olması, mağdur çocukların kolluk, adli makamlar ve sağlık kurumlarında yaşadıklarını tekrar tekrar anlatmak durumunda kalması ve bunun çoğu kez yeterli eğitime sahip olmayan kişilerce, gizlilik esaslarına uyulmadan gerçekleştirilmesinin travmayı arttırıcı etki doğurduğu ifade edilmiştir.

Genelgeye göre tüm bu hususlar dikkate alınarak; çocuk istismarının önlenmesi ve istismara uğrayan çocuklara bilinçli ve etkin bir şekilde müdahale edilmesi amacıyla, öncelikli olarak cinsel istismara uğramış çocukların ikincil örselenmesini asgariye indirmek, adli ve tıbbi işlemlerin bu alanda eğitilmiş kişilerden oluşan bir merkezde ve tek seferde gerçekleştirilmesini temin etmek üzere; Sağlık Bakanlığı'na bağlı hastaneler/kurumlar bünyesinde Çocuk İzlem Merkezlerinin (ÇİM) kurulması ve bu merkezlerin işleyişinin Sağlık Bakanlığı tarafından koordine edilmesi gerekli görülmüştür.

Pilot uygulama olarak Ankara'da kurulan ÇİM'ler o günden beri yurt geneline yayılmıştır. Bu merkezlerin işlerliği açısından koordinasyon büyük önem taşıdığından Sağlık Bakanlığı Müsteşarı ya da yardımcısının başkanlığında; Adalet Bakanlığı, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı, Diyanet İşleri Başkanlığı ve Adli Tıp Kurumu Başkanlığı temsilcilerinin (bakanlıklardan müsteşar yardımcısı, başkanlıklardan başkan yardımcısı düzeyinde) katılımıyla ÇİM Yönetim ve Koordinasyon Kurulu (Kurul) oluşturulmuştur.

⁵⁷ Genelge No. 2012/20. RG sayı: 28431.

Genelgede belirtilen esaslara göre; ÇİM'lerde görev yapacak personelin eğitiminin, Sağlık Bakanlığı'na uygun görülen merkezlerde gerçekleştirilmesi, özellikle çocuklarla ilgili alanlarda görev yapan öğretmen, sosyal çalışma görevlisi, sağlık personeli, din görevlisi gibi kamu görevlileri ile kolluk görevlilerine kurumlarınca eğitim verilerek ÇİM'lerin amacı ve işleyişi konusunda bilgilendirilmesi veya Sağlık Bakanlığı tarafından ihtiyaca göre belirlenecek aralıklarla verilecek eğitimlere katılımlarının sağlanması gerekmektedir.

Özellikle cinsel istismar suçunun mağduru olan çocukların etkin bir şekilde korunmalarının sağlanması, ikincil mağduriyetlerinin önlenmesi, adli ve tıbbi işlemlerin bu alanda eğitilmiş kişiler tarafından tek seferde yapılması ve istismarı önleyici tedbirlerin alınması amacıyla Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından yürütülen soruşturma işlemlerinin; Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yayımlanan "Soruşturma Usul ve Esasları" konulu Genelgenin ilgili bölümüne göre yürütülmesi gerektiği belirtilmiştir.

Ifade alma, rapor düzenleme ve delillerin hukuka uygun toplanması gibi adli işlemler yönünden Cumhuriyet başsavcılıklarınca yapılacak değerlendirme ve denetim yetkisi saklı kalmak kaydıyla, mülkî idare amirlerince; merkezde yapılacak hizmetlerin yerine getirilmesi için mekân ve personel tahsisi dâhil olmak üzere gereken tüm tedbirlerin alınarak merkezin işleyişinin takip edilmesi ve üçer aylık dönemler hâlinde hazırlanacak raporların, uygulamadaki aksaklıkları ve çözüm yollarını da içerecek biçimde Kurula sunulmak üzere Sağlık Bakanlığına gönderilmesi öngörülmüştür.

Bu esaslar doğrultusunda Çocuk İzlem Merkezleri hastaneler içinde, tıbbi ve psikolojik müdahale imkanlarına sahip birimler olarak oluşturulmuştur. Psikolog ya da sosyal çalışma görevlisi çocukla görüşürken, savcı aynanın arkasında beklemekte ve sorularını telefonla sormakta ve tüm bu işlemler ses ve görüntü kaydına alınmaktadır.

Bu işlemler sırasında çocuk polisi hazır bulunamamaktadır. Savunmanın da katılması için bir tertibat alınmış değildir. Bu iki yön açısından ÇİM'lerin ıslah edilmesi düşünülebilir. Ses ve görüntü kaydı ileride duruşmada delil olarak kullanılabileceği için, işlemler yapılırken müdafinin de hazır bulunabilmesine olanak

sağlanmalı, çocuk suçlarında önleyici görev yapan çocuk polisinin de bu süreçte belli görevler üstlenmesi sağlanmalıdır. Bu çerçevede mağdur çocuğu bu merkeze getirmek gibi bir görev yüklenebilir.

ÇİM'lerin üniversite hastanesi içinde bulunan şeklinin adı Çocuk Koruma Uygulama ve Araştırma Merkezidir. Ülkemizde, Ordu Üniversitesi, Gazi Üniversitesi (GÜÇOK), Marmara Üniversitesi (MAÇOK), Karadeniz Teknik Üniversitesi ve Kocaeli Üniversitesi bünyesinde kurulmuştur.

ÇİM'deki dinleme bir suçla ilgili olduğu için, çocuk polisi de bu görüşmeyi dinleyebilmelidir, ancak uygulamada birbirinden kopuk ayrı ayrı mekanizmalar şeklinde yer almaktadırlar. Oysaki fail çocuğun ve hatta tanık çocuğun da ÇİM'de dinlenmesi ideal olabilir.

ÇİM'lerde çocukların kalması veya ailelerinden ayrılmaları söz konusu olmamaktadır.

ÇİM'lerdeki adli görüşmeciler ile Cumhuriyet savcıları arasındaki de ilişki ayrıca ele alınmalıdır. ÇİM'lerde Cumhuriyet savcısının talimatı veya bilgisi olmadan öngörüşme yapılması eleştirilmektedir. Adli görüşmecilerin görüşme sırasında Cumhuriyet savcılarıyla irtibatta olması ve hatta lüzum halinde bir mikrofon marifetiyle savcının uygun gördüğü soruları adli görüşmecinin kulağına söyleyebilmesi de gerekmektedir.

Adli görüşmecinin yönlendirme riski bulunduğu ve bazı ÇİM'lerde sadece cinsel istismar mağduru çocukların alındığı diğer çocukların (örneğin yağma mağdur) ise karakola gönderildikleri uygulamada dile getirilen bir eleştiridir. Ayrıca ÇİM'lerle ilgili bir diğer sıkıntı olarak da, bunların bir kanun veya yönetmelik olmaksızın bir genelgeye dayanılarak işlenmesi, bunun da hukuki dayanaktan yoksun çalışma anlamına geldiği ifade edilmektedir.

Aynı şekilde, illerde bulunan koordinasyon kurullarında hiç avukat temsilci olmaması, STK'lardan temsilcinin bulunmaması eleştirilmekte ve bu konuda UNICEF gibi organizasyonların temsilcilerinin bulunmasının yararlı olacağı düşünülmektedir.

Mağdur çocuklarla ÇİM'ler dışında yapılan görüşmelerde, ikinci bir mağduriyet yaratabilecek şekilde sorular sorulması söz konusu olabilmektedir. Her ne kadar ÇİM'lerde çocuklar iyi gibi görünse de aslında psikolojik olarak iyi olmadıkları, ama bunun açığa çıkmadığı da bir sorun olarak dile getirilmektedir.

Uygulamada sosyal çalışma görevlisiningörevine ilişkin çatışma yaşanabilmektedir. ASPB temsilcileri ile de benzer sorunlar yaşanabilmektedir. Cumhuriyet savcısının çocuğun yurda teslimine karar vermesinden sonraki süreçte ilişkin olarak herhangi bir müdahalesi olmamaktadır. Çocuk İzlem Merkezinde çalışan ASPB temsilcisi tarafından gerekçe gösterilmeden çocuğun yurda teslimine karar verilmektedir. Buna sebep olarak ise sonrasında çocuğu aile ortamında görememek gösterilmektedir.

ÖNERİ 41: *Sivil toplum kuruluşlarının (STK) çocuk ceza muhakemesindeki işlevi genişletilmelidir.*

Madde 40 (ÇHS) - ÇOCUK ADALET SİSTEMİNİN UYGULANMASI

Madde 40 - 1. Taraf Devletler, hakkında ceza yasasını ihlal ettiği iddia edilen ve bu nedenle itham edilen ya da ihlal ettiği kabul edilen her çocuğun; çocuğun yaşı ve yeniden topluma kazandırılmasının ve toplumda yapıcı rol üstlenmesinin arzu edilir olduğu hususları göz önünde bulundurularak, taşıdığı saygınlık ve değer duygusunu geliştirecek ve başkalarının da insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı duymasını pekiştirecek nitelikte muamele görme hakkını kabul ederler.

2. Bu amaçla ve uluslararası belgelerin ilgili hükümleri göz önünde tutularak Taraf Devletler özellikle, şunları sağlarlar:

a) İşlendiği zaman ulusal ya da uluslararası hukukça yasaklanmamış bir eylem ya da ihmal nedeniyle hiçbir çocuk hakkında ceza yasasını ihlal ettiği iddiası ya da ithamı öne sürülemeyeceği gibi böyle bir ihlalde bulunduğu da kabul edilmeyecektir.

b) Hakkında ceza kanununu ihlal iddiası veya ithamı bulunan her çocuk aşağıdaki asgari güvencelere sahiptir:

- i) Haklarındaki suçlama yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılmak;
- ii) Haklarındaki suçlamalardan kendilerinin hemen ve doğrudan doğruya; ya da uygun düşen durumlarda ana-babaları ya da yasal vasileri kanalı ile

haberli kılınmak ve savunmalarının hazırlanıp sunulmasında gerekli yasal ya da uygun olan başka yardımdan yararlanmak;

iii) Yetkili, bağımsız ve yansız bir makam ya da mahkeme önünde adli ya da başkaca uygun yardımdan yararlanarak ve özellikle çocuğun yaşı ve durumu göz önüne alınmak suretiyle kendisinin yüksek yararına aykırı olduğu saptanmadığı sürece, ana-babası veya

yasal vasisi de hazır bulundurulurak yasaya uygun biçimde adil bir duruşma ile konunun gecikmeksizin karara bağlanmasının sağlanması;

iv) Tanıklık etmek ya da suç ikrarında bulunmak için zorlanmamak; aleyhine olan tanıkları sorguya çekmek veya sorguya çekmiş olmak ve lehine olan tanıkların hazır bulunmasının ve sorgulanmasının eşit koşullarda sağlanması;

v) Ceza yasasını ihlal ettiği sonucuna varılması halinde, bu kararın ve bunun sonucu olarak alınan önlemlerin daha yüksek yetkili, bağımsız ve yansız bir makam ya da mahkeme önünde yasaya uygun olarak incelenmesi;

vi) Kullanılan dili anlamaması veya konuşamaması halinde çocuğun parasız çevirmen yardımından yararlanması;

vii) Kovuşturmanın her aşamasında özel hayatının gizliliğine tam saygı gösterilmesine hakkı olmak;

3. Taraf 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;

b) Uygun bulunduğu ve istenilir olduğu takdirde, insan hakları ve yasal güvencelere tam saygı gösterilmesi koşulu ile bu tür çocuklar için adli kovuşturma olmaksızın önlemlerin alınması.

4. Koruma tedbiri, yönlendirme ve gözetim kararları, danışmanlık, şartlı salıverme, bakım için yerleştirme, eğitim ve meslek öğretme programları ve diğer kurumsal bakım seçenekleri gibi çeşitli düzenlemelerin uygulanmasında, çocuklara durumları ve suçları ile orantılı ve kendi esenliklerine olacak biçimde muamele edilmesi sağlanacaktır.

Sözleşme'nin 40. maddesi, özellikle kendisine suç isnad edilen, yani suça sürüklenen çocuklar ile ilgili bir düzenlemedir. Maddeye baktığımızda, çocukların sahip olması gereken birtakım haklardan söz edildiği görülmektedir. Madde çocukların topluma yeniden kazandırılmalarına vurgu yapmaktadır. Bunun dışında, ceza hukukuna hâkim bir ilke olan kanunilik ilkesinin gözetilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Yine ceza hukukunun temel ilkelerinden olan, suçsuzluk karinesi, kendisi hakkında yapılan isnadlardan haberdar edilme hakkı, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı, tanıklığa veya ikrara zorlanmama hakkı, çapraz sorgu hakkı, tercümandan yararlanma hakkı, özel hayatın gizliliği hakkı maddede üzerinde durulan hususlardır.

Ayrıca maddenin üçüncü fıkrasında, ulusal hukuklarda, çocukların ceza hukuku bakımından asgari sorumluluk yaşları ile ilgili düzenleme yapılması öngörülmektedir. Aynı fıkarda, çocuklar bakımından adli kovuşturma olmaksızın önlemlerin alınmasından da söz edilmektedir. Bu husus uzlaşma gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulması anlamına gelmektedir. Ancak Sözleşme, bu yollara başvurulduğunda da insan hakları ve yasal güvencelere tam olarak saygı gösterilmesi gerektiğinin altını çizmektedir.

Madde özet olarak çocuklara özgü bir adalet sistemi kurulmasını öngörmektedir ve bu sistemde esas amaç cezalandırma değil, çocuğun topluma yeniden kazandırılmasıdır. Bu nedenle çocuk dostu adalet kavramı ortaya koyulmuştur.

A - Çocuk Dostu Adalet Kavramı

I - Çocuk Adalet Sistemine Giriş

Adalet sisteminin iyi çalışması sadece suça sürüklenen çocukları ilgilendirmemektedir. Çocukların değişik sebeplerden ötürü adalet sistemi ile bağlantıya geçtiği bilinmektedir. Çocuk, suç mağduru veya faili olabilir, ebeveyni boşanan bir çocuk olabilir, tanık olabilir ve bütün bu hallerde çocuğun bir şekilde adalet sistemi ile karşılaşması gerekecektir. Bu durumda kalan bir çocuk, yetişkinlere ait bir dünyaya girmektedir ve haliyle çocuk üzerinde bir baskı ve çekingenlik hali oluşacaktır. Bu nedenlerle çocukların ihtiyaçlarına uyarlanmış bir adalet sistemi gereklidir.

Çocuk dostu adalet ulaşılabilir, çocuğun yaşına uygun, süratli, özenli olmalıdır. Bunun yanı sıra, çocuğun ihtiyaçlarına uyarlanmış ve odaklanmış, adil yargılama ilkesine, yargılamaya katılma ve yargılamayı anlama haklarına, özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyete saygılı olmalıdır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Çocuk Dostu Adalet ile İlgili Ana Esasları'na baktığımızda, beş temel prensipten söz edildiği görülmektedir. Bunlar; katılım, çocuğun üstün yararı, itibar, ayrımcılıktan koruma ve hukuk devletidir.

Yine Ana Esaslar'da, çocuk dostu adaletin yargılama işlemlerinden önce, yargılama işlemleri sırasında ve yargılama işlemlerinden sonra olmak üzere üç şekilde ele alındığı görülmektedir.

Çocuk dostu adalet ile ilgili olarak vurgulanması gereken bir başka husus da, çocuk dostu adaletin sahip olması gereken genel unsurlardır. Bunlardan ilki bilgilendirme ve tavsiye alınmasıdır. Çocuk ve ailesine, adalet sistemi ile karşılaşır karşılaşmaz süreçle ilgili bilgi verilmesi gerekmektedir. Bu bilgiler, çocuğun hakları, sistemin işleyişi, destek mekanizmaları, mahkeme içi veya dışı işlemlerin olası sonuçları, suç isnadı, muhakeme işlemlerinin yer ve zamanı, koruyucu ve destekliyiçi tedbirlerin uygunluğu, çocuğu etkileyen kararların denetimine ilişkin mekanizmalar, onarıcı yöntemler ve sağlık, psikolojik, sosyal, tercüme vb. hizmetlerin sağlanması şeklinde sayılabilir. Bu bilgilerin çocuğa, yaşı ile bağlantılı olarak, anlayabileceği şekilde anlatılması gerekmektedir.

İkinci unsur, özel hayat ve aile hayatının korunmasıdır. Adli veya adli olmayan işlemlere katılan çocukların özel hayatına ilişkin bilgilerinin ve kişisel verilerinin korunması gerekmektedir. Bu açıdan özellikle medya gündeme gelmektedir. Çocukların veya ailelerinin medya aracılığıyla kimliklerinin, resimlerinin, detaylı tariflerinin, isim ve adreslerinin yayımlanması kabul edilemez.

Üçüncü unsur çocukların emniyetidir. Çocukların baskı altında tutulmaları, tehdit altında bırakılması ve ikinci defa mağdur olmaları önlenmelidir. Bu noktada aileden kaynaklanabilecek zararlı fiillere karşı da çocukların emniyet altına alınmaları sağlanmalıdır.

Dördüncü unsur, profesyonellerin eğitimidir. Çocuklarla çalışan her uzman gerekli eğitimi almalıdır. Bu eğitimlerin, değişik yaş gruplarına ait çocukların hak ve ihtiyaçlarına ilişkin ve interdisipliner olması önemlidir.

Beşinci unsur olarak ise, çocuklar ile çalışacak kişilerin değişik disiplinlerden uzmanlar olmasının öneminin bilinmesidir. Bu anlamda hukukçuların, psikologların,

hekimlerin, polisin, göç idaresi memurlarının, sosyal çalışma görevlilerinin ve uzlaştırıcıların birlikte görev yapmaları gerekebilir.

Avukatlar bakımından çocuklar hakkında eğitim alma zorunluluğunun olmaması, zorunlu müdafiler noktasında sorun çıkmasına sebep olabilmektedir. Uygulamada zorunlu müdafiler bakımından birtakım sorunlar varken, konu çocuk olunca bu sorunların daha da ciddileştiği bilinmektedir.

ÖNERİ 42: Çocuk vekili veya müdafii olan avukata özel eğitim verilmelidir.

Son olarak altıncı unsur, hürriyetten yoksun bırakılmadır. Hürriyetten yoksun bırakılma son çare olmalıdır. Hürriyetinden yoksun bırakılan çocuklar mutlaka yetişkinlerden ayrı bir yerde kalmalıdır. Eğer çocuklar yetişkinlerle birlikte kalacaklarsa da bu istisna olmalı ve sadece çocuğun üstün yararının gerektirdiği hallerde uygulanmalıdır.

ÖNERİ 43: Çocuk ceza hukukunun kendine has özellikleri her zaman dikkate alınmalıdır.

II - Suça Sürüklenen Çocukların Diğer Hukuk Dalları ile İlgili Sorunları

Çocuk Hukukunda önleme ve koruma tedbirleri ile suç işlendikten sonra yapılan işlemler içiçe geçmiştir. Bir çocuğun mağdur veya fail olarak sistem içine girdiği hallerde, doğal olarak aile hukuku ile ilgili Medeni Kanun kapsamında tedbirler alınması da gündeme gelmektedir. Mahkemelerin görevleri açısından aile mahkemesi ile ceza mahkemesi arasında uyumsuzluk çıkabilir.

Sözleşmenin 9. maddesi ile ilgili açıklamalarda da değinildiği gibi, diğer hukuk dallarını ilgilendiren sorunların belki de en büyüğü, çocukların icra yoluyla alınmasıdır. Kendisine velayet bırakılan ebeveynin, çocukla kişisel ilişki kurulması hakkını kullanmak isteyen diğer ebeveyne çocuğu göstermemesi halinde çocukla icra vasıtasıyla görüşülebilmektedir ve bu durum çocuklar bakımından çok büyük bir travma yaratmaktadır.

İİK 25/b gereğince çocuk icrasında pedagog bulundurma zorunluluğu vardır, ancak hafta sonları pedegoglar yetişememekte ve hafta sonları çalışmamaktadır.

Çocuk icrasına ilişkin bir diğer husus ise, çocuk haczinde çok fazla harç ödenmesidir. Velayet hakkına sahip olmayan ve sürekli bu harcı ödemek zorunda kalan ebeveyn bir süre sonra çocuğu görememektedir.

ÖNERİ 44: Çocuk tesliminde harç ödenmemelidir.

B - Koruyucu ve Destekleyici Tedbirler

I - Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Türleri

Çocuk hakkında alınabilen tedbirler ikiye ayrılmaktadır: “koruyucu ve destekleyici tedbirler” (ÇKK 5) ve “çocuklara özgü güvenlik tedbiri” (TCK 56 yollaması ile ÇKK 11).

Kanunda çocuklara özgü güvenlik tedbirleri ayrıca düzenlenmemiş, “koruyucu ve destekleyici tedbirlerin” (ÇKK 5), suça sürüklenen veya ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından, ‘çocuklara özgü güvenlik tedbiri’ olarak anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.

Koruyucu ve destekleyici tedbirlerin amacı, çocuğu kendi aile ortamında tutarak korumaktır. Bu korumayı sağlamak üzere, çocuğa danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma kolaylıkları sağlanmaktadır (ÇKK 5/1).

Tehlike altında olmakla birlikte, ailenin tehlikeyi bertaraf edebileceği hallerde, veliye teslim tedbiri uygulanabilir. Çocuk veliye teslim edilirken, bir “koruyucu ve destekleyici tedbir” de uygulanabilir.

Çocuk Koruma Kanunu’nun 5’nci maddesinde düzenlenen tedbirler çifte karakterlidir: Türk Medeni Kanunu ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununda yer alan *medeni hukuk tedbiri* niteliği taşıyan tedbirler olarak koruma ve önleme işlevi görmelerinin yanı sıra, ceza hukuku bakımından da *güvenlik tedbiri* olarak hizmet ederler.

Sosyal çalışma görevlisi tarafından hazırlanan SİR (sosyal inceleme raporu), tedbirlerin uygulanması açısından hakime yol gösteren bir unsur olarak büyük önem taşır.

ÖNERİ 45: Sosyal inceleme raporu (SİR) çocukla ilgili her davada alınmalıdır.

Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK 7), aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacak olan şu kural ve tedbirleri düzenlemiştir: tedbirlerde yetki (ÇKK 8); acil koruma kararı

alınması (ÇKK 9); bakım ve barınma tedbirinin yerine getirilmesi (ÇKK 10), çocuklara özgü güvenlik tedbiri (ÇKK 11, TCK 56). Suça sürüklenen çocuğun aynı zamanda akıl hastası olması halinde (TCK 31/1 ve 2 kapsamına giren çocuklar) tedbir olarak ÇKK 11 uygulanır (ÇKK 12).

Kanunda; tedbir kararının verilmesinde usul (ÇKK 13) ile, tedbir kararına karşı kanunyolu (ÇKK 14) da düzenlenmiştir.

1) Danışmanlık Tedbiri

Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye yönelik bir tedbirdir (ÇKK 5/1-a).

Bu tedbir çocuğun bizzat kendisine yönelik olmayıp, çocuğun bakımından sorumlu kişiye hitap ederek, onun karşılaştığı sorunları çözmesine yardımcı olur. Çocuk böylece ailesinin yanında kalır. Mahkeme bir veya birden fazla uzmanı görevlendirebilir.

Danışmanlık hizmeti veren kişilerin de kural olarak sosyal çalışma görevli olması yararlıdır.

Danışmanlık tedbirinin yerine getirilmesi Milli Eğitim Bakanlığı, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ve yerel yönetimlere ait bir görevdir.

2) Eğitim Tedbiri

Çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzleri veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacı ile bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine yönelik bir tedbirdir (ÇKK 5/1-b).

3) 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 yönelik bir tedbirdir (ÇKK 5/1-c).

4) Sağlık Tedbiri

Çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına yönelik bir tedbirdir (ÇKK 5/1-d).

5) Barınma Tedbiri

Barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya yönelik tedbirdir (ÇKK 5/1-e). Hakkında barınma tedbiri uygulanan kimsenin talebi halinde, kimlik ve adresi gizli tutulur (ÇKK 5/2).

6) Veli, vasi, bakım ve gözetimden sorumlu kişiye teslim tedbiri.

Çocuk açısından tehlike bulunmadığı tespit edilirse, çocuk veliye teslim edilir (ÇKK 5/3). Diğer tedbirler bir yana bırakılıp genellikle sadece bu tedbir uygulanmadığı için, aslında tedbir uygulamak değil, “tedbirsizlik” yapıldığı söylenebilir.

7) Tedbirlere hükmedilmesi.

Bir çocuk hakkında mahkemece bir tedbir kararının alınması, çocuğu bakıp gözetmekle yükümlü olan ana babanın görevlerini yeterince yerine getiremediklerinin ifadesidir. Bu konudaki eksiklik, çocuk hakkında başvurulacak tedbirin niteliğini belirler. Temel prensip, çocuğun ailesi ile birlikte olması ve onun yanında korunmasıdır.

Yapılan çalışmalarda, ağır ceza mahkemeleri açısından suç mağduru çocuklarla ilgili tedbir talebi verilmediği, çoğu kez rapor talebinde de bulunulmadığı belirtilmiştir. Mahkeme, bu kararı vermediği için mağdurlar hakkında sadece sağlık tedbiri kararı verilmesi ve bunların uygulanması söz konusu olmakta, diğer tedbir kararları uygulanamamaktadır.

Soruşturmanın başlamasından kovuşturmaya kadar geçen sürede çocuğun yaşının değişmesi ve tedbir uygulanma olanağının kalmaması da önemli bir sorun teşkil etmektedir.

ÇKK’na göre, çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı hakim veya mahkeme tarafından verilebilmektedir. Bununla birlikte, derhal korunma altına alınmasını gerektiren bir durumun varlığı halinde çocuk SHÇEK (yeni adıyla Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü) tarafından bakım ve gözetim altına alınmakta, sonra da

acil korunma kararının alınması için çocuğun kuruma geldiği tarihten itibaren 15 gün içinde çocuk hakimine müracaat edilmektedir. Bu müracaat üzerine hakim tarafından karar verilmesi için 3 günlük süre düzenlenmiştir (ÇKK 9).

ÖNERİ 46: Tüm çocuklar, koruyucu ve destekleyici tedbirlerin kapsamına girmelidir.

ÖNERİ 47: Koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarına UYAP üzerinden erişilebilmesi gereklidir.

ÖNERİ 48: Koruma tedbiri muhakemesi için özel bir mahkeme oluşturulmalıdır.

II - Diğer Kanunlardaki tedbirler.

1) Medeni Kanun'da öngörülen tedbirler.

Mahkeme, korunma ihtiyacı olan çocuk hakkında (suça sürüklenen çocuk hariç), koruyucu ve destekleyici tedbir kararı yanısıra (çocuklara özgü güvenlik tedbiri kararı hariç), Medeni Kanun'a göre verilmesi gereken kararları da verebilir (ÇKK 7/7).

Medeni Kanun'un 346'ncı maddesi, çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkimin, çocuğun korunması için uygun önlemleri almasını öngörmektedir. Eğer, çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş hâlde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma da yerleştirebilir. Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hâkim aynı önlemleri alabilir (MK 347).

Velayetin kaldırılmasına esas teşkil eden haller Medeni Kanun'da düzenlenerek örneklendirilmiştir (MK 348/1). Bu haller ana ve babanın kusurunun aranmadığı haller olarak sayılmaktadır. Madde devamında ise hakkın kötüye kullanılması veya yükümlülüklerin ağır biçimde savsaklanması ihmali durumlar olarak sayılmaktadır (MK 348/2). Çocuğun güvenliği veya menfaatini zedeleyen haller ile tehlikeye düşüren durumlar koruma tedbiri alınması ve velayetin kaldırılması işlemlerinin gerekçesini oluşturmaktadır.

2) Umumi Hıfzısıhha Kanunu.

1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununun 161 inci maddesinde, terk edilmiş çocukların 6 yaşını dolduruncaya kadar belediye, belediye olmayan yerlerde ise köy ihtiyar heyeti tarafından himaye edilmesi bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir.

3) Belediye Kanunu.

1580 sayılı Belediye Kanununun 15 inci maddesinin ilgili hükümlerine göre gerekli önlemler alınmasını öngörmektedir.

4) Sosyal Hizmetler Kanunu.

Bu Kanunun 3. maddesinin (b) bendinde korunmaya ihtiyacı olan çocuk tanımını şöyle yapmaktadır: “Beden, ruh ve ahlak gelişimleri veya şahsi güvenlikleri tehlikede olup; 1. Ana veya babasız, 2. Ana veya babası veya her ikisi de belli olmayan, 3. Ana ve babası veya her ikisi tarafından terk edilen, 4. Ana veya babası tarafından ihmal edilip; fuhuş, dilencilik, alkollü içkileri veya uyuşturucu maddeleri kullanma gibi her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız bırakılan ve başıboşluğa sürüklenen çocuk”. Aynı Kanunun 3. maddesinin (f) bendinde de korunmaya muhtaç çocukların da yararlanacakları sosyal hizmet kuruluşları sayılmaktadır: çocuk yuvaları, yetiştirme yurtları, kreş ve gündüz bakımevleri doğrudan çocuğa hizmet veren sosyal hizmet kuruluşları olup görev alanları yasada şöyle tanımlanmaktadır:

"Çocuk Yuvaları"; 0 - 12 yaş arası korunmaya ihtiyacı olan çocuklarla gerektiğinde 12 yaşını dolduran kız çocuklarının, bedensel, eğitsel, psiko sosyal gelişimlerini, sağlıklı bir kişilik veya iyi alışkanlıklar kazanmalarını sağlamakla görevli ve yükümlü yatılı sosyal hizmet kuruluşlarıdır. Bu kuruluşlar ÇMK 10. maddesinin 3. bendinde ifade edilen kuruluşlardandır.

"Yetiştirme Yurtları"; 13 - 18 yaş arası korunmaya ihtiyacı olan çocukları korumak, bakmak ve bir iş veya meslek sahibi edilmeleri ve topluma yararlı kişiler olarak yetişmelerini sağlamakla görevli ve yükümlü olan yatılı sosyal hizmet kuruluşlarıdır. Bu kuruluşlar ÇMK 10. maddesinin 3. bendinde ifade edilen kuruluşlardandır.

"Kreş ve Gündüz Bakımevleri"; 0 - 6 yaş grubundaki çocukların bakımlarını gerçekleştirmek, bedensel ve ruhsal sağlıklarını korumak ve geliştirmek ve bu

çocuklara temel değer ve alışkanlıkları kazandırmak amacıyla kurulan ve yatılı olmayan sosyal hizmet kuruluşlarıdır.

Ayrıca anılan kanunun 23'ncü maddesinde “koruyucu aile” müessesesi düzenlenmektedir.

5) İcra ve İflas Kanunu.

İcra ve İflas Kanunu, çocuk teslimine ilişkin olarak 25. maddesindeki düzenleme ile “çocuğun teslimine dair ilam icra dairesine verilince yazılı şekilde bir icra emri tebliği suretiyle boçluya yedi gün içinde çocuğun teslimini emreder. Borçlu bu emri yerine getirmez ise çocuk nerede bulunursa bulunsun ilam hükmü zorla icra olunur” demektedir. Çocuk teslim edildikten sonra diğer taraf haklı bir sebep olmaksızın çocuğu tekrar alırsa ayrıca hükme hacet kalmadan zorla elinden alınıp öbür tarafa teslim olunacaktır.

İİK 25(a) maddesince de çocuk ile şahsi münasebet tesisine dair ilamın icrası düzenlenmiştir. Çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra memuru çocuğun ilam hükümleri dairesince lehine hüküm verilen tarafla şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını; aksi halde ilam hükmünün zorla yerine getirileceğini borçluya icra emri ile tebliğ edecektir.

İİK 25 (b) maddesi ise çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında uzman bulundurulması şartını aramaktadır. İcra müdürü ile birlikte Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulundurulması suretiyle yerine getirileceğini hükme bağlamaktadır.

Madde metinleri içinde çocuğun teslimine ilişkin olarak “zorla yerine getirilir”, “nerede bulunursa bulunsun” gibi zorla icra usulünden bahsedilmiştir. Ancak maddede adı geçenler aynı zamanda çocuğun anne veya babasıdır, ebeveynidir. Çocuk kısaca menkul mal hükümleri içinde ele alınmaktadır. Tüm bu durumlar gerek uygulama sırasında çocuğun istismarını gerekse çocuğun üstün yararı ilkesinin ihlali sonucunu doğuracaktır. Çocuk uyurken, okulunda iken veya arkadaşları ile oynarken gibi günlük yaşamı içinde kolluk görevlisi, icra memuru, avukat tarafından alıkonulacaktır. Bu kişilerin çocuk konusunda eğitim almamış kişiler olduğu açıktır.

Bu nedenle bu düzenlemenin çocuk yararına yapılması ve “derhal” hükmünün değiştirilmesi daha uygun olacaktır.

6) İş Kanunu.

Yukarıda ilgili bölümde de detaylıca açıklandığı üzere 4857 sayılı İş Kanunu, çocukların çalıştırılması açısından yaş sınırı getirmektedir. Ayrıca çocukların çalıştırılmayacağı işler ve izin sürelerine ilişkin de düzenlemeler mevcuttur.

7) Mesleki Eğitim Kanunu.

3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu ile çırak olarak çalıştırma yaşı belirlenmiştir. Kanunun 10. maddesine göre, çıraklık yaşı 14 yaşını doldurmamış olmak ve 19 yaşından gün almamış olmaktır. Bir diğer şart ise en az ilköğretim okulu mezunu olma şartıdır (MEK 10 (a)). Çırak olan çocuklara, okulların tatil olduğu aylara rastlamak üzere 1 ay ücretli izin verilir. Ayrıca mazeretleri kabul edilenlere okul müdürlüğünün görüşü alınarak 1 aya kadar ücretsiz izinde verilebilir (MEK 26).

8) Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Hakkında Kanun.

2012 yılında yürürlüğe giren Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Hakkında 6284 sayılı kanuna göre tedbir kararı, bu kanun kapsamında şiddet mağdurları ve şiddet uygulayanlar hakkında hâkim, kolluk görevlileri ve mülkî amirler tarafından, istem üzerine veya re’sen verilecek tedbir kararlarını ifade etmektedir (2/1-ğ). Bu kanunda, koruyucu ve önleyici tedbirler, hakim tarafından verilecek tedbirler ile mülki amir tarafından verilecek tedbirler olmak üzere ikiye ayrılmıştır.

Mülki amir tarafından 3’ncü maddede sayılan tedbirlerinden birine, birkaçına ya da uygun görülecek benzer tedbirlere karar verilebilecektir. Barınma yeri sağlama, maddi yardım yapılması, danışmanlık hizmeti sağlanması ve hayati tehlikenin bulunması durumunda ilgilinin talebi üzerine veya re’sen geçici koruma sağlanması bunlardan başlıcalarıdır.

Hakim tarafından da 4’ncü maddede sayılan tedbirlerinden birine, birkaçına ya da uygun görülecek benzer tedbirlere karar verilebilecektir. Bunlardan en dikkat çeken korunan kişinin hayati tehlikesinin bulunması ve bu tehlikenin diğer tedbirler ile ortadan kaldırılmasının mümkün olmaması durumunda Tanık Koruma Kanunu hükümlerinin uygulanarak kişinin kimlik ve diğer belgelerinin değiştirilmesine karar

verilebilmesidir. Hakim tarafından aynı zamanda şiddeti uygulayan kişiye yönelik, aralarında konuttan uzaklaştırmanın da bulunduğu değişik tedbir kararları verilebilmektedir (6284 sK 5).

6284 sayılı Kanun gereği hükmedilen tedbir kararlarına aykırılık halinde gerçekleştirilen eylemin bir suç oluşturması durumunda bile, tedbirin niteliği ve aykırılığın oranı dikkate alınarak 3-10 gün arasında zorlama hapsi uygulaması, ihlalin tekrarı halinde sürenin uzatılması mümkündür. Ancak toplam süre 6 ayı geçmemektedir (6284 sK 13).

III - Hakkında Tedbir Kararı Uygulanacak Kişiler ve Görevli Mahkeme

1) Talepte bulunma yetkisi.

Çocuk hakkında koruyucu tedbir kararı tali nitelikte bir muhakeme yapılarak verilir. Hakimin karar verebilmesi için, prensip olarak, talep gerekli olduğu için, ana, baba, vasi, bakım ve gözetiminden sorumlu olan kimse, SHÇEK (yeni ismiyle Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü) ve Cumhuriyet savcısının “istemi” üzerine alınabileceği gibi, “re’sen” çocuk hakimi tarafından alınabilir (ÇKK 7/1).

2) Sosyal inceleme yapılması.

Çocuk Hukukunun bel kemiğini oluşturan “sosyal inceleme”, Çocuk Koruma Kanununda etraflı bir şekilde düzenlenmiştir (ÇKK 33 - 35). Çocuğun denetimi ayrı bir bölüm oluşturmaktadır (ÇKK 36 - 41).

Çocuk hakkında tedbir kararı verilmeden önce ‘sosyal inceleme’ yaptırılması, hakim tarafından bırakılmıştır (ÇKK 7/2). Derhal tedbir alınmasını gerektiren durumlarda sosyal inceleme daha sonra da yaptırılabilir (ÇKK 35/2).

ÇKK kapsamındaki çocuklar hakkındaki, çocuğun bireysel özellikler ve sosyal çevresi hakkında yapılan “sosyal inceleme”, çocuğun “işlediği fiilin hukuki anlamı ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği, yani ceza sorumluluğu olup olmadığının değerlendirilmesi açısından çok önemlidir (ÇKK 35/1).

Sosyal inceleme raporu, 12-15 yaş grubuna dahil olan suça sürüklenen çocukların algılama ve hareket yeteneğinin gelişmişliğini tespit etmek için uzman hekimden alınacak rapordan farklıdır. Bu iki raporun işlevi, kapsamı, hakime yardımcı olacağı hususlar ve bunları düzenleyecek uzmanların eğitimleri birbirinden farklılık göstermektedir. Bununla birlikte, hem sosyal inceleme raporunun hem de uzman

hekim raporlarının kamu görevlisi olmayan kişiler tarafından hazırlanması durumunda bile bilirkişi raporu olarak kabul görmesi gerekmektedir.⁵⁸

Adalet Bakanlığı çocuk mahkemelerine yeterli sayıda ‘sosyal çalışma görevlisi’ atar (ÇKK 33/1). Çocuk başka bir mahkemenin yargı çevresinde ise, sosyal inceleme talimatla yaptırılır (ÇKK 33/4).

Ceza veya tedbir uygulanmasından önce çocuk hakkında sosyal inceleme (ÇKK 35, mülga ÇMK 20) yapılması gerekir⁵⁹. Çocuğun bedensel, ruhsal, zihinsel gelişme derecesi ve çevresinin, öğretim ve eğitim görgüsünün araştırılması gerekir.

Sosyal inceleme raporu (ÇKK 35) bir tür “bilirkişi incelemesidir”. Rapor gerekçeli olmalıdır. Rapor bilirkişinin kanaatini içermelidir. Fakat, neticede çocuğun ceza sorumluluğu konusundaki kararı, hakim verir.

Karar vermeden önce küçüğün aile, terbiye, okul durumu, gidişatı, içinde yetiştiği ve bulunduğu şartlar veya bunlar gibi gerekli görülen sair hususların araştırılması gerekir. Bu araştırma çocuk mahkemeleri nezdinde görevlendirilmiş olan sosyal hizmet uzmanları veya yardımcıları veya pedegog veya psikolog veya psikiyatr gibi uzmanlar tarafından yapılır. Çocuk mahkemelerinde görevlendirilmiş olan bu personelin iş durumlarının müsait olmaması veya görevin bunlar tarafından yapılmasında bir engel bulunması ya da atama yapılmamış olması hallerinde çocuk mahkemeleri bu araştırmanın yapılması için resmi veya özel kurum ve kuruluşlarda çalışan bu tür uzmanları, bunların da bulunmaması halinde bu araştırmayı yapabilecek nitelikte olan kimseleri görevlendirir.

Mahkeme ‘sosyal inceleme raporu’⁶⁰ ile bağlı değildir; çocuğun işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme

⁵⁸ BALO Yusuf Solmaz, Çocuk Ceza Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 146. Yargıtay kararlarına bakıldığında da bu görüşün kabul edildiği görülmektedir. Bkz. Yargıtay 14. CD 2013/4232 E. 2014/14863 K. 25.12.2014, 13. CD 2014/6141 E. 2014/28965 K. 21.10.2014, 12. CD 2014/1236 E. 2014/21852 K. 5.11.2014. Bununla birlikte, Yargıtay Ceza Daireleri arasında görüş birliği bulunmadığı ve kimi zaman sosyal inceleme raporu (SİR) ile uzman hekim raporu’nun birbiriyle karıştırıldığı da görülmektedir (BALO, s. 147).

⁵⁹ Mülga Çocuk Mahkemeleri Kanunu da, ceza ve tedbirlerin uygulanmasından önce küçüğün işlediği suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yönünden bedeni, akli ve ruhi durumunun (farik ve mümeyyizlik) tespit ettirilmesi gerekiyordu. Kanun araştırmanın mütehassıs kimselerce yapılmasını öngörmekte idi. Yargıtay, mütehassıs kimselerden adli tıp uzmanlarının anlaşılması gerektiğini kabul etmişti. Farik ve mümeyyizlik araştırması, “çocuğun anlama ve isteme yeteneğinin bulunup bulunmadığının” araştırılması demektir. Farik ve mümeyyiz olmak, “aklen sağlam olmak, zeka geriliğinin bulunmaması, çocukluk devresi sendromu arazi göstermemek, biyolojik gelişmişlik” demek anlamını taşıyordu.

⁶⁰ ULUĞTEKİN Sevdâ, Çocuk Mahkemeleri ve Sosyal İnceleme Raporları", Ankara 2004 ; TAN Ümran Sölez "2253 Sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 19 ve 20. Maddeleri" Yeni Adalet Dergisi, İstanbul

yeteneğine sahip olup olmadığını takdir ederken, sosyal inceleme raporunu da göz önünde bulundurur (ÇKK 35/1). Derhal tedbir alınmasını gerektiren durumlarda sosyal inceleme daha sonra da yaptırılabilir (ÇKK 35/2). Mahkeme veya çocuk hakimi sosyal inceleme raporu almadan da karar verebilir. Ancak, çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılmamışsa, bunun gerekçesinin kararda gösterilmesi mecburiyeti vardır (ÇKK 35/3).

3) Kararın içeriği.

Tedbir kararında, beşinci maddede sayılan tedbirlerden hangisine hükmedildiği, türü belirtilerek açıklanacaktır. Bir veya birden fazla tedbire hükmedilmesi kabul edilmiştir (ÇKK 7/3).

4) Çocuğun ‘denetim altına alınması’.

Ceza Kanunun öngördüğü ‘denetimli serbestlik’, çocuklar hakkında da uygulanabilir. Hakim, çocuk hakkında ‘koruyucu ve destekleyici tedbire’ karar verirken, çocuğun ‘denetim altına alınmasına’ da karar verebilir (ÇKK 7/4).

5) Tedbirin kaldırılması veya değiştirilmesi.

Kanunda yapılan bu düzenleme ile önemli bir yenilik gerçekleştirilmiştir. Hakim daha önce verdiği kararı kendiliğinden kaldırabilmekte veya değiştirebilmektedir. Bu yeni kararını verirken, çocuğun gelişimi göz önünde tutacaktır (ÇKK 7/5). Tedbiri kaldırma veya değiştirme yetkisi, ilk kararı verene aittir. Ancak acele hallerde bu hakime bildirmek koşulu ile, çocuğun bulunduğu yer hakimi tarafından da verilmesi kabul edilmiştir.

6) Tedbirin sona ermesi.

Çocuğun 18 yaşını doldurması ile, tedbir kendiliğinden sona erer. Ancak yetişkin olan bu kişinin rızası ile belli bir süre daha sürdürülebilir (ÇKK 7/6).

IV- Koruyucu ve destekleyici tedbirler ile ilgili sorunlar.

1) Tedbirler konusunda ayrı birim oluşturulması önerisi.

Tedbirlere bakacak, olaya zamanında müdahale edecek, gerekirse olay yerinde inceleme yapabilecek ayrı bir birim oluşturulması gerekmektedir. Bu şekilde, kurumların işlerliği ve iş birliği sağlanmalıdır.

2) Aile mahkemeleri ile çocuk mahkemelerinin görev uyuşmazlıklarının önlenmesi.

Suçta sürüklenen çocuklarla ilgili karar vermek çocuk mahkemesinin görevine girmektedir, ancak bazı tedbir kararlarının verilmesi, değiştirilmesi ve kaldırılması da bu mahkemelerden talep edilmektedir. Bu durum hem çocuk mahkemelerinin iş yükünü arttırmakta hem de mahkemelerin kağıt üzerinden karar vermesi gibi yetersiz bir durumu ortaya çıkarmaktadır.

Aile mahkemesi ile çocuk mahkemesi bazı durumlarda birbirine çok yakın konularda görev yapmaktadır. Aile içi şiddete maruz kalmış çocuklarda kovuşturma çocuk mahkemeleri tarafındanyapılmakta, yani olayın suç boyutuna çocuk mahkemesi bakmaktadır. Ancak aile mahkemesi hakiminden de koruyucu tedbir kararı istenebilmektedir. İki mahkemenin ayrı disiplinleri olduğu için görev uyuşmazlığı çıkmamaktadır. Aile mahkemesi hakiminin önüne çocukla ilgili herhangi bir talep geldiğinde, hakimler karar almak zorundadır. Aile hukuku bağlamında çocuğun korunmasına ilişkin önleyici ve koruyucu tedbirler alınmaktadır. Çocuk mahkemeleri ise kendi disiplini içinde tedbirler almaktadır.

ÖNERİ 49: Koruyucu ve destekleyici tedbir kararı veren ayrı bir hakimlik makamı oluşturulmalıdır.

3) Tedbir Türleri İle İlgili Sorunlar

Mahkemeler tarafından barınma ve koruma tedbirleriverilmektedir, ancak danışmanlık, eğitim ya da ailenin çocukla ilişki kurması yönünde tedbir kararları pek verilmemektedir, çünkü bu tür tedbir kararlarının denetimi, iş yükünü arttırmaktadır ve hâkimler tarafından bu kararlar verilmek istenmemektedir.

Düzenlenen çalıştaylarda da bu husus ortaya konularak yasada düzenleme bulunmasına rağmen süreli tedbirlerin takibinin zor olması nedeniyle tercih edilmediği uygulamacılar tarafından ifade edilmiştir. Örneğin, ebeveyn çocuğunu okula göndermezse zorlama hapsi uygulanacaktır. Fakat önce bunu denetleyebilecek ayrı bir hâkimlik oluşturulması gerekir. Çocuklarla diyalog kuran, sadece tedbirlerle ilgilenen ayrı bir hâkimlik oluşturulmalıdır.

Yazışmalar sırasında izlenmesi gereken prosedürler de hâkimlerin iş yükünü arttırdığından bu tür işlemlerin mahkemelerin üzerinden alınması gerektiği

düşünülmektedir. Ayrıca kurumların işlerliği ve iş birliğinin sağlanması da büyük önem taşımaktadır.

Çocuğun velisine dava açması durumunda, ayırt etme gücüne sahip değilse, kayyım atanması gerekmemelidir. Çocuğun korunmasına yönelik alınabilecek bu yöndeki tedbirlerde mevzuat hükümleri yeterli olmasına rağmen usule ilişkin sorunlar bulunmaktadır.

Tedbir kararlarının yerine getirilmesinde yaşanan sorunlardan biri de çocukların kurumdan kaçıp ve suç işlemeye devam etmesidir. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na bağlı yatılı bakım kurumlarının infaz veya ceza işlevleri olmadığından bu kurumlarda açık kapı sistemi mevcuttur. Bu sistem gereği çocuklara zorlama yapılamamakta, çocuğun kurumdan kaçışını destekleyen aileye de herhangi bir yaptırım uygulanamamaktadır. TBMM İnsan Hakları Komisyonu raporuna⁶¹ da yansıdığı üzere açık kapı sistemi uygulanması dolayısıyla kurumda kalmamakta ısrar eden tedbir kararlı çocuklar için özel bir önlem mekanizmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Ayrıca suça itilen çocukla suç mağduru çocuğun bir arada kalması da çeşitli sağlık ve emniyet sorunlarına neden olmaktadır. Yalnızca kurum yetkilileri, kolluğa ihbarda bulunarak çocuğun kuruma geri döndürülmesini isteyebilmekte, fakat çocuklar tekrar kaçabilmektedir.

Sorunlu bu çocuklar kurumlar tarafından istenmemekte, üstelik kurumlar çocukların rehabilitasyonunu sağlayacak nitelikler taşımamaktadır. Rehabilitasyon hizmetlerine ve özellikle psiko-sosyal boyuta ağırlık verilmesi gerekmektedir. Özellikle uyuşturucu veya uyarıcı madde tedavisi açısından yeterli kurum bulunmaması nedeniyle bu ihtiyaç giderilememektedir.

Yapılan çalışmalarda uygulama açısından belirtilen sorunlardan biri de tedbirlerin uygulanmasında sadece ASPB çalışanlarına ücret ödenmesinin diğer bakanlıkların mensuplarının görev alma konusunda isteksiz davranmasına neden olduğu, ayrıca bakanlıkların tedbirlerin uygulanmasında ve sosyal inceleme yapılmasında görevli memur istihdamında liyakata uygun davranmıyor olmasıdır.

Bir başka sorun aslında çocukların farkına varılmasının ancak suç işlediklerinde veya mağdur olduklarında söz konusu olmasıdır. Oysaki çocuğun çocuk olma özelliğinin korunması için her türlü çalışmanın yapılması ve onların asla

⁶¹ <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/mersincocukyuvalari.pdf>

“mağdur” ya da “suça sürüklenen” sıfatlarını almaması, her zaman sadece çocuk olarak kalması için çalışılması gerekmektedir.

Bir diğer sorun veri kaydı yapılamaması ve bu verilerin ortak şekilde kullanılarak çocukların izlenmesinin sağlanamamasıdır. Bu nedenle aynı çocuk hakkında farklı mahkemeler çelişkili kararlar verebilmektedir.

Bir diğer tespit, çocukların açık liseye yönlendirilmesinin olumlu sonuçlar vermediğidir. Zira bu şekilde çocuklar düzenli bir eğitim sistemine dahil olamamaktadır.

4) Sosyal Çalışma Görevlisinin Rolü ile İlgili Sorunlar

Adalet Bakanlığı tarafından her çocuk mahkemesi ile çocuk ağır ceza mahkemesine en az 1 kişi olmak üzere yeterli sayıda psikolojik danışmanlık ve rehberlik, psikoloji, sosyal hizmet alanında en az lisans düzeyinde eğitim veren kurumlardan mezun olan sosyal çalışma görevlisi atanmaktadır.

Sosyal çalışma görevlilerine ilişkin hususlar esas olarak TCK ve ÇKK’da düzenlenmiş olmakla birlikte, CMK’da yer verilen bazı kurumların uygulanması ve gerek ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı gerekse infazdan sonraki süreç açısından da bu kişilere ihtiyaç duyulmaktadır.⁶²

Sosyal çalışma görevlilerinin görevlerinin ve görevlerini yerine getirirken uymaları gereken esasların belirlenmiş olduğunu, bu kişilere her yerde görev verildiğini ve hazırladıkları sosyal çalışma raporlarının kullandığı yerlerin de çok geniş olduğunu görmekteyiz. Fakat buna mukabil bu kişilerin çalışma koşullarının iyi olmadığı, statü sorunları olduğu ve hatta rahatça çalışacak odalarının dahi bulunmadığı dile getirilen sorunların başında gelmektedir. Bu nedenle, böyle önemli görevler yüklenen bu kişilerin sistem içine daha çok entegre edilmesi ve ortak görev tanımlarının belirlenmesi gerekmektedir.

V - Tedbir Kararı Verilirken Uygulanan Yöntem

1) Uygulamaya İlişkin Tespitler

Daha önce de ifade edildiği üzere tedbir kararlarına ilişkin yazışma prosedürü hâkimlerin iş yükünü oldukça arttırdığından, bu yazışmaların mahkemelerin üzerinden alınması gerekmektedir.

⁶² BALO, s. 362.

Tedbirlere bakacak, olaya zamanında müdahale edecek ve gerekirse olay yerinde inceleme yapabilecek ayrı bir birim oluşturulması gerekmektedir. Belirtildiği üzere, aile mahkemeleri ve çocuk mahkemelerinin görev alanları birbiriyle çakışmaktadır. Suça sürüklenen çocuklarla ilgili karar vermek çocuk mahkemesinin görevine dahil olmasına rağmen bazı tedbir kararlarının verilmesi, değiştirilmesi, kaldırılması da bu mahkemelerden talep edildiği için bu durum hem çocuk mahkemelerinin iş yükünü arttırmakta hem de mahkemelerin kağıt üzerinden karar vermesi yeterli olmamaktadır.

Menfaat çatışması varsa çocuğa kayyım atanması ya da avukat tayin edilmesi mümkün olmaktadır, ancak velayet davalarında çocuk adına konuşacak bir mekanizma yoktur. Kayyımlığın evlat edinme, babalık ve velayete ilişkin davaların tümünde uygulanması ve bu kişinin bağımsız bir kişi olması gerekir. Uygulamada bu davalarda çocuk dinlendiği ve 7- 8 yaşlarındaki çocuğun idrak çağına ulaştığının kabul edildiği görülmektedir.

ÖNERİ 50: Gerekli olan hallerde çocuğa kayyım atanmalıdır.

2) Uzmanlarla ilgili tespitler

Yapılan çalışmalarda ileri sürülen bir husus da mahkemelerde çalışan uzmanların bir süre sonra kendisini sadece memur ve karşısındakini de bir çocuk değil dosya olarak görmeye başladığı ve bu nedenle bir fayda sağlanamadığı olmuştur. Bununla birlikte, görüşmelere katılan hakimler ve uzmanlar bu görüşü doğru bulmayarak psikologların görevlerini tam olarak yaptığını, çocuğun diliyle konuştuklarını ve çocuğun olayları anlatmasına önemli katkı sağladıklarını belirtmişlerdir. Ayrıca, çocukların duruşmada dinlenmesi yerine sosyal hizmet uzmanıyla birlikte dışarıda dinlenmesi daha sağlıklı olarak görülmektedir. Bu sorunun giderilmesinde örnek olarak Alman modeli benimsenebilir. Almanya’da yargıç, çocuğu kendi odasında ve cübbesiz olarak dinlemekte ve görüşme sonrasında konuşmaları duruşma tutanaklarına geçirmektedir.

Çocukların mahkeme salonunda değil, hakimlerin odasında tanık olarak dinlenilmesinin mümkün olup olmadığı da tartışılmıştır ve çocuğun hakim tarafından dinlenilmesinin sağlıklı olmadığı ifade edilmiştir. Bu halde çocukların etki altında kalarak cevap verdikleri ve sosyal hizmet uzmanının daha sağlıklı cevap alabildiği belirtilerek sosyal hizmet uzmanlarının daha işlevsel hâle getirilmesi önerilmiştir.

Yargıtay'ın da sosyal hizmet raporunu (3 kişilik bilirkişi heyeti raporu) mutlaka aradığı belirtilmiş, çocuk belli yaşı üzerindeyse muhakkak dinlenilmesi gerektiği üzerinde durulmuştur.

Çocukların taraflardan kurtarılmasının yolu akraba olmayan bir kişi tarafından temsilinin sağlanmalıdır. Çünkü çocuk ile aleyhine tanıklık yaptığı taraf arasında sağlıklı bir ilişki kurulamamaktadır. Çocuklar mahkeme salonlarına taşınmamalı, sosyal hizmet uzmanlarının çalışma koşulları iyileştirilmeli ve davaya katılımları arttırılmalıdır.

Uzmanların görüşme odaları bulunmadığı için mağdurlarla önceden görüşme imkânının söz konusu olmadığı da ifade edilmiştir. Uzmanların çalışma şartlarının kötü olması nedeniyle bir yanda uzman, çocukla görüşürken diğer yanda hakim başka bir duruşmaya başlaması yüzünden verim elde edilememektedir.

ÖNERİ 51: Her çocuk belirli bir uzmanın sorumluluğunda olmalıdır.

C - Çocuk Ceza Muhakemesinde Soruşturma Evresi

Suç işlediği iddia edilen çocukların yeni suçlar işlemelerinin önlenmesi ve topluma yeniden kazandırılmaları bakımından soruşturma evresinin klasik ceza muhakemesi soruşturmasından farklı bir şekilde yapılandırılması gereklidir. Aşağıda genel usulden farklı olan soruşturma evresi sükeleri ve işlemlerine değinilecektir.

I - Cumhuriyet Savcısı, Kolluk ve Avukat.

1) Cumhuriyet Başsavcılığı çocuk bürosu.

Kanun Cumhuriyet Başsavcılıklarında bir çocuk bürosu kurulmasını emretmiştir (ÇKK 29 - 30). ÇKK 28'de de belirtildiği üzere, tercihen çocuk hukuku alanında uzmanlaşmış, çocuk psikolojisi ve sosyal hizmetler alanında eğitim almış olan Cumhuriyet savcıları bu bürolara atanmaktadır ve soruşturmayı bizzat çocuk savcısı yapmaktadır (ÇKK 15/1).

Yalnızca gecikmesinde sakınca bulunan hallerde çocuk bürosunda görevli olmayan Cumhuriyet savcıları tarafından da görevler yerine getirilebilecektir. Soruşturmanın bizzat çocuk savcısı tarafından yapılması bir zorunluluktur, yetkinin devredilmesi mümkün görülmemiştir. Bu zorunluluğunun altında yatan gerekçe, suça sürüklenen çocuklar hakkındaki soruşturma işlemlerinin en kısa sürede sonuçlandırılması, suç kolluğu ile yakından muhattap olmanın çocuk üzerinde

yaratacağı muhtemel zararların önlenmeye çalışılması ve ayrıca “çocuğun yüksek yararı” ile “yaşama ve gelişme hakkı” kavramlarını garanti altına almaktır.⁶³

2) Çocuk Kolluğu.

Çocuk polisi kavramı ilk kez, 13 Nisan 2001 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan “Emniyet Genel Müdürlüğü Çocuk Şube Müdürlüğü-Büro Amirliği Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği” ile ortaya çıkmış, daha sonra ÇKK yürürlüğe girince, kolluğun çocuk birimi kanun seviyesinde bir düzenlemeye kavuşmuştur.⁶⁴ Buna göre; çocuklarla ilgili kolluk görevi, öncelikle kolluğun çocuk birimi tarafından yerine getirilir (ÇKK 31-32). Çocuklar için özel bir kolluk birimi oluşturulması uluslararası ölçütlere uygunluğun bir ön şartını teşkil etmektedir.

Kolluğun çocuk birimi, korunmaya ihtiyacı olan ve suça sürüklenen çocuklar hakkında işleme başladığında, durumu çocuğun veli veya vasisine ya da bakımını üstlenmiş olan kimseye, Baroya ve Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü’ne, eğer çocuk zaten resmi bir kurumda kalıyorsa o kurumun temsilcisine bildirir. Eğer çocuğun yakınının suça azmettirdiğinden veya istismar durumundan şüphe duyulursa, yakınına haber ve bilgi verilmez (ÇKK 31/2).

Yasa, çocuk için kolluk biriminin, çocuğun kollukta kalmasının çocuğun yararına aykırı olacağını gösteren nedenlerin varlığı halinde, ÇKK 9 uyarınca acil korunma kararını beklemeden, kolluğa gerekli önlemleri alarak, çocuğu en yakın ve en kısa sürede olmak üzere, Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumuna teslim etme yetkisini de vermiştir (ÇKK 31/5).

Suçta sürüklenen çocuk ile ilk karşılaşan görevliler kolluk kuvvetleri olduğu için çok önemli bir rolleri bulunmaktadır ve bu nedenle hem çocuk psikolojisi hem de çocuk hukuku açısından özel eğitim almaları gerekmektedir.⁶⁵

Çocuk polisinin çocuk adalet sistemi içinde çok önemli bir yeri ve görevi olduğunu kabul etmekle birlikte, kolluktan gelen önerilerin aksine, gerek şüphelinin gerek suça sürüklenen çocuğun ve mağdur çocuğun ifadesinin alınması sırasında kolluk tarafından yapılması isteğine karşı çıkıyoruz. Bu görüşümüzün nedeni, fail veya mağdur olan çocuğun ifadesinin alınmasının mükerrer mağduriyetleri önlemek açısından tek seferde, uzman nezaretinde ve savunmaya da yer verecek şekilde kayıt

⁶³ BALO, s. 292.

⁶⁴ YENİSEY Feridun, Kolluk Hukuku, 2. Baskı, Beta, İstanbul 2015, s. 64.

⁶⁵ AKYÜZ Emine, Çocuk Hukuku, Pegem Akademi Yayınları, Ankara 2015, s. 569.

altına alınarak yapılması gerektiğini düşünmemizdir. Bu nedenle çocuk konusunda yetiştirilmiş olmalarına rağmen ifadenin kolluk mensupları tarafından değil, uygulamasına başlanan ÇİM örneğinin yaygınlaştırılarak her iki grubu da kapsayacak biçimde düzenlenmesini öneriyoruz.

3) Müdafî ve mağdur vekili.

Avukatlar bakımından çocuklar hakkında eğitim alma zorunluluğunun olmaması, zorunlu müdafiler açısından sorun çıkmasına sebep olabilmektedir. Zorunlu müdafiler bakımından farklı konularda mevcut birtakım sorunlar varken, konu çocuk olunca bu sorunlar iyice ciddileşmektedir.

II - Çocuk suçları hakkında yapılan araştırma ve soruşturma işlemlerindeki özellikler.

1) Özellikler hakkında genel bilgiler.

Suçta sürüklenen çocuklar hakkında yapılan soruşturma ve kovuşturmanın, yetişkinlerin muhakemesine oranla farklı yanları vardır. Bu farklar özellikle, soruşturmada yapılan işlemlerin türü, bunların yapılış biçimi, yakalama, tutuklama, beden muayenesi ve arama kurumlarında görülür.

Ayrıca, 12-15 yaş grubu açısından, ‘işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin’ veya ‘davranışlarını yönlendirme yeteneğinin’ bulunup bulunmadığının araştırılması (eskiden ‘farik ve mümeyyizlik araştırması’ denilen tetkik) ve çocuklara özgü bir araştırma biçimi olan ‘sosyal inceleme raporu’ (ÇKK 35) ile ‘denetim planı ve denetim raporu’ (ÇKK 39) hazırlanması gibi özellikler vardır. Çocuğun bu yeteneği gelişmemişse, hakkında ceza muhakemesi yapılamaz. Fiili işlediği sabit olursa, tedbir uygulanabileceği için, “güvenlik tedbiri muhakemesi” yapılabilir.

Çocuklar hakkındaki araştırma ve soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılır (ÇKK 15/1). Cumhuriyet savcısı gerekli gördüğü hallerde yardımcı olmak üzere kolluğun çocuk birimini görevlendirebilir. Adli kolluk kendiliğinden adli araştırma işlemi yapamayacağı için, çocuk polisi Cumhuriyet savcısının emri olmadan işlem yapamaz. İllerde “Çocuk Şube Müdürlükleri”, ilçelerde ise “Çocuk Büro Amirlikleri” vardır.

Çocuk bir yetişkinle birlikte suç işlemişse, çocuk hakkındaki soruşturma ve kovuşturma ayrı yürütülür (ÇKK 17/1). Davaların birleştirilerek görülmesi “zorunlu”

ise ve her iki mahkeme de uygun görürse, yargılamanın her aşamasında birleştirme kararı verilebilir. Birleştirilen davalar “genel mahkemede” görülür (ÇKK 17/3).

Çocuk ceza hukukunun en önemli özelliği, koruyucu ve destekleyici tedbirler ile çocuğun suç ortamından kurtarılmasıdır. Bu nedenle, çocuk hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilebilir, gerekirse çocuk hakkındaki kovuşturmada durma kararı (CMK 223) verilir (ÇKK 17/2).

Soruşturma evresinde çocuk savcısı, gerekli ise, çocuk hakiminden “koruyucu ve destekleyici tedbir” kararı vermesini isteyebilir (ÇKK 15/3).

Hakkında “KDK” (koruyucu ve destekleyici tedbir kararı) verilen (ÇKK 5, 7), kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı onanan (ÇKK 19/2), hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararı verilen çocuğun, “denetim altına alınmasına” karar verilebilir (ÇKK 36). Denetim altına alınan çocuğa bir “denetim görevlisi” görevlendirilir (ÇKK 37).

2) İfade alma.

Suçta sürüklenen çocukların işlediği iddia edilen suçların soruşturulması bakımından ifade alma konusu öncelik taşımaktadır. Türk hukuku suçta sürüklenen çocukların ifadesinin alınmasını mecburi tutmuştur ve bunun Cumhuriyet savcısı tarafından yapılmasını öngörmüştür; kolluğun bu konuda yetkisi yoktur; buna karşılık mağdur çocukların ifadesi kolluk tarafından alınabilmektedir. Uygulamada çocuk savcılar 7/24 nöbet tuttukları için tüm ifade almaların C. Savcısı tarafından yapılmakta olması açısından uygulamada bir sorun olmadığı ifade edilmişse de kolluk mensupları ile yaptığımız görüşmelerde, suçta sürüklenen çocuğun ifadesinin kendileri tarafından alınması gerektiği belirtilmiştir.

Bununla birlikte uygulamada suçta sürüklenen çocukların önce normal savcılarla daha sonra ise çocuk savcılarıyla görüştüğü, olaydan sonra çocukla ilk teması çocuk konusunda özel uzmanlığı olmayan kolluk görevlilerinin sağladığı, daha sonra çocuk polisinin devreye girdiği anlaşılmıştır. Kolluk mensuplarının ifadesine göre, çocuk şubesi daha ziyade kayıp ve suç önleme bakımından etkin olmakta, buna karşın suçta sürüklenen çocuklar bakımından yetersiz kalmaktadır.

Burada yapılması gereken, savcılık ve kolluğun koordineli bir şekilde çalışmasının sağlanmasıdır. Tüm işlemlerin savcılığın çocuk birimi tarafından yapılması gerekir. Bu işlemlerin karakolda yapılmaması lazımdır. Ayrıca tüm işi

çocuklarla ilgilenmek olan personel yetiştirilmeli ve çocuklarla ilgili işlemlerin bunlar tarafından yapılması sağlanmalıdır.

Mağdur çocukların, örneğin cinsel istismara uğrayan çocukların, ifadesinin kolluk tarafından alınmasında yasal bir engel bulunmamaktadır. Aşağıda belirtilecek olan ÇİM devreye girmekte ise de kolluğun mağdur çocuk ifadesini almasını engelleyen birdüzenleme yapılması ihtiyacı vardır. Örneğin bir olay yaşandığında, önce çocuk hakkında rapor yazılmakta ve hastane polisine verilmektedir. Çocuk, hastaneden mahalle polisine gönderilmekte ve çocuğun nereye teslim edileceği orada belli olmaktadır. Aslında bütün bu işlemlerin çocuk psikolojisi konusunda uzman kişiler tarafından yapılması gereklidir.

Diğer taraftan çocuk savcılarının ve sosyal çalışma görevlilerinin sayıları yetersizdir. Savcılık görevinde süreklilik yoktur. Bu nedenle, çocukların ifadesi genellikle, Çocuk Koruma Kanunu 15/2'ye aykırı olarak sosyal çalışma görevlileri olmaksızın alınmaktadır. Mağdur çocukların ifadesinin alınması ilden ile farklılık göstermektedir. Ankara'da günde 30-35 ifade alındığı belirtilirken, Mersin'de bu sayının iki katı kadar olduğu söylenmiştir.

Türkiye'de çocuk polisi kurulmuş ve yararlı hizmetler yapmıştır. Ancak görevde süreklilik olmaması nedeniyle, çocuk eğitimi almış olan polislerin görev yeri sıkça değiştirilmekte ve göreve uzmanlık eğitimi almamış polisler getirilebilmektedir.

ÖNERİ 52: Polislere çocuk hukuku eğitimi verilmelidir.

Çocuk polisinin toplum destekli polis ile bağlantısı kurulmalıdır. Zira toplum destekli polis, toplumun birçok kesimine dönük faaliyetler yürütmekte, risk analizi yapmaktadır. Ama daha önceden bir takım verileri risk analiziymiş gibi değerlendirip belli gruplar içinde çalışmalar yürütmüştür. Polislikle çok alakalı olmayan sosyal sorumluluk projeleri yürütmek yerine güvenliğe odaklı hizmetler verilmesi gereklidir.

Toplum destekli polisin asıl işi o yeri tanımaktır. Çocuk da ailenin içinde kötü muamele görüyorsa, okuldan da haber alınabilir, toplum destekli polisten de yararlanabilir. Ama toplum destekli polis sadece çocuk polisine yardım etmekle görevli değildir, örneğin terör mücadelede de yardımcı olmaktadır. Çocuklarla alakalı konularda ise çocuk polisinin sosyal çalışma uzmanı ile bağlantısının güçlü olması gerekmektedir.

Adli kolluk suça sürüklenen çocuğun ifadesini alamaz. Çocuğun ifadesi C. Savcısı tarafından bizzat alınır (ÇKK 15/1). Kolluk ifade alamaz ama, çocuğun kollukta bulunduğu sırada, yakınlarından birinin çocuğun yanında bulunmak imkanı vardır (ÇKK 31/3).

Cumhuriyet savcısı ifade alırken veya diğer işlemleri yaparken, çocuğun yanında “sosyal çalışma görevlisi” bulundurulabilir (ÇKK 15/2, 34/1-b). Şüpheli veya sanığın 18 yaşını doldurmamış olması durumunda ifade alma sırasında müdafinin hazır bulunması da mecburidir (CMK 150/2). Veli de hazır bulunabilir.

3) Yakalama.

Koruma amaçlı yakalama, yani tehlike (risk) altındaki bir çocuğun korunması amacı ile, ‘muhafaza altına almak üzere’, yakalanması mümkündür (PYSK 1, 2, 13.d; YakalamaYönetmeliği 4).Suçüstü halinde, suçun takibi amacıyla adli yakalama da yapılabilir (CMK 90 – 100, PYSK 13; YakalamaYönetmeliği 19).

Yakalama sebepleri ve yakalama usulü yaş gruplarına göre değişmektedir: 0-12 yaş grubuna giren çocuklar adli amaçlı olarak yakalanamaz ve suç tespitinde kullanılamazlar (YakalamaYönetmeliği 19/1a). Çünkü kendilerine suç isnat edilemez. Fakat kimlik tespiti ve suç tespiti amacı ile yakalama mümkündür (YakalamaYönetmeliği 19/1). İdari amaçla yakalanabilirler. Kimlikleri tespit edildikten sonra derhal karar verecek merci önüne çıkartılırlar.

12-15 yaş grubu: Yakalama sebepleri bakımından çocuklara özgü farklılıklar bu yaş grubunda ortaya çıkar. Suçüstü hali yakalaması yapılabilir (CMK 90/1, YakalamaYönetmeliği 19). Ancak, 15 yaşından küçükler hakkında üst sınırı 5 yılı aşmayan cezayı gerektiren suçlarda çocuklar hakkında tutuklama kararı verilemeyeceği (ÇKK 21) için, gözaltına alma kararı verilemez. Bununla birlikte kimlik tespiti amacı ile yakalama mümkündür. Bu grup hakkında Cumhuriyet savcısı gözaltına alma kararı veremez.

Yakalama emri (CMK 98) ise; ancak şüphelinin kaçak olması halinde düzenlenebilir. Bunun için kaçak sayılmasını gerektirecek davet işlemlerinin önceden yapılmış olması gerekir. İHAS’nin 5 ve Çocuk Hakları Sözleşmesinin 37. maddesine göre, bir küçüğün özgürlüğüne müdahale, ancak çocuğun yüksek yararını korumak amacıyla yapılmalıdır.

15-18 yaş grubuna giren çocukların yakalanması ve gözaltına alınması yetişkinler gibidir.

4) Gözaltına alma.

Ceza Muhakemesi Kanunu ‘yakalama’ ve ‘gözaltına alma’ yetkilerini kesin çizgilerle ayırmıştır. Kolluk yakalama yetkisi ile donatılmış, fakat ‘gözaltına alma’, Cumhuriyet savcısının kararına bağlanmıştır (CMK 91/2).

Bununla birlikte, 2015 yılında, kamuoyunda İç Güvenlik Paketi olarak adlandırılan 6638 sK ile CMK 91’e ekleme yapılmış ve suçüstü halleriyle sınırlı olmak üzere CMK 91/4’te yer verilen katalog suçlardan birinin işlenmiş olması durumunda mülki amir tarafından belirlenecek kolluk amiri tarafından da gözaltına alma kararı verilmesi mümkün hale getirilmiştir.

Diğer taraftan 21 Temmuz 2016’da ilan edilen OHAL uyarınca çıkartılan 667 sayılı KHK’nın 6. maddesi ile gözaltı sürelerinin 30 güne kadar uzatılması olanağı öngörülmüştür. Çocukların karıştıkları suçların, maddede belirtilen TCK’nın ikinci kitap dördüncü kısım; dördüncü, beşinci, altıncı ve yedinci bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar olması uzak bir ihtimal ise de, 6. maddenin toplu işlenen suçlar bakımından da uygulanacak olması, çocukları da etkileyecek bir durum ortaya çıkarabilir. Yetişkinler bakımından da 4 günü aşan gözaltı sürelerinin insan hakları açısından ihlal nedeni oluşturduğu dikkate alınırsa, toplu suçişleyen çocukların gerek suçüstü halinde CMK 91/4 uyarınca veya suçüstü olmayan diğer hallerde 667 s. KHK 6. madde uyarınca 30 güne kadar gözaltında tutulmaları çocuğun üstün menfaati ile bağdaşmayan ağır bir ihlal oluşturabilir.

Cumhuriyet savcısının kararı ile gözaltına alınan çocuk, kolluğun çocuk biriminde tutulmakta, böyle bir birim henüz oluşturulmamışsa, yetişkinlerden ayrı tutulmaktadır (ÇKK 16).Çocuğun nakli sırasında zincir, kelepçe ve benzeri aletler takılması yasaktır; kaçmasını ve hayat ile beden bütünlüğü açısından tehlike yaratmasını engelleyecek “önlem” alınabilmesi ise mümkün görülmüştür (ÇKK 18, YakalamaY 19/ 10).

5) Adli kontrol.

Adli kontrol (CMK 109), tutuklamanın zararlı etkilerini azaltmak amacı ile, Yeni Ceza Adalet Sisteminin kabul ettiği önemli bir kurumdur. Yetişkinler hakkında bazı sınırlamalar (CMK 109/1) altında uygulanabilen adli kontrol, suça sürüklenen

çocuklar hakkında genel kural haline getirilmiş (ÇKK 20) ve çocuklar için genişletilmiştir (ÇKK 20/1).

Çocuklar hakkında önce adli kontrol tedbiri uygulanmadan, doğrudan tutuklama kararı verilmesi yolu da kapatılmıştır (ÇKK 20/2). ÇKK’da genel hükümlerin (CMK 109) aksine, adli kontrol için ceza veya yaş sınırlaması konulmamış, bütün suçlar bakımından “hakimin takdirine bağlı” olarak adli kontrol tedbiri uygulanması kabul edilmiştir. Hakimin takdirini kullanırken hangi ölçütleri kullanacağı ilgili maddesinde gösterilmiş değildir, ancak, temel ilkeleri vazeden ÇKK 4 burada uygulanabilir.

ÇKK 20. madde ayrıca CMK 109/3 maddeye ek olarak, sadece çocuklara özgü olan üç adli kontrol yöntemi daha düzenlemiştir (ÇKK 20/1). Bunlar; belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak, belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek ile belirlenen kişi veya kuruluşlarla ilişki kurmamak şeklindedir.

Bu farklı adli kontrol kararlarının uygulanmasına ilişkin olarak, Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği’nin değişik maddelerinde düzenlenmelere yer verilmiştir. DSHYön 6’da çocuğun yüksek yararı kavramı düzenlenmiştir ve bu yönetmeliğin uygulanmasında yetişkin ve çocuklar hakkında yürütülecek işlemlerin ayrı ayrı yapılacağı ve çocukların yüksek yararının korunmasına özen gösterileceği açıkça belirtilmiştir. Adli kontrol tedbirlerinin yerine getirilmesini düzenleyen 57’nci maddede, suça sürüklenen çocuklara yönelik adli kontrol kararlarının infazında çocuğun ailesi veya sosyal çevresi ile iş birliği yapılmasının gerekli olması halinde her aşamada özel hayatın gizliliğine dikkat edileceği ve çocuğun ifşa olmaması için gerekli önlemlerin alınacağı belirtilmiştir.

6) Tutuklama.

Tutuklama kararı ‘kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde verilebilir (CMK 100/1). Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok altı ay idi ve zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek dört ay daha uzatılabiliyordu (CMK 102/1). Bu düzenleme Aralık 2006’da 5560 sK m.18 ile değiştirildi ve ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerdeki süre en çok bir yıl, zorunlu hallerdeki uzatma ise altı ay daha oldu. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren hallerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Ancak, bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek, üç yıl daha uzatılabilir (CMK 102/2). Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK 102) düzenlenen süreler, çocuklara özgü süreler değildir. Çocuk Hakları

Sözleşmesi'nin 37'nci maddesi ise, çocukların özgürlüklerine müdahalenin son çare olarak ve mümkün olan en kısa süre ile başvurulması gereken bir yol olduğunu kabul eder.

Sadece para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez (CMK '2005.5353' 100/4).Çocuklara özgü tutuklama yasağı da bulunmaktadır. Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK 21) onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında, üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı, 'tutuklama yasağı' koymuştur. Onbeş yaşını dolduran çocuklar hakkında ise, genel hükümler uygulanır. Ancak, yaşı ne olursa olsun, çocuk hakkında tutuklama kararı verilebilmesi için, adli kontrol tedbirinin uygulanmış ve sonuç alınamamış veya uygulama sırasında sonuç alınamayacağının anlaşılmış olması mecburiyeti vardır. Önce adli kontrol tedbiri uygulanmadan tutuklama kararı verilmesi yolu kapatılmıştır (ÇKK 20/2). Adli kontrol tedbirine uymama halinde, hakime tutuklama kararı verme konusunda yetki tanınmış (...tutuklama kararı verilebilir...), fakat yerinde bir düzenleme ile, 'tutuklama mecburiyeti' getirilmemiştir (ÇKK 20/2).

III - Suça Sürüklenen Çocuklar Tarafından İşlenen Suçlar

1) Çocuk Muhakemesinde Amaç Suça Sürüklenen Çocuğun Korunmasıdır

Ceza muhakemesinde suç faili soruşturma evresinde şüpheli, kovuşturma evresinde sanık ismini almaktadır, ancak ÇKK bu genel ayırmadan farklı şekilde suça sürüklenen çocuk ifadesini kullanmaktadır. Bunun temel nedeni, çocuk adalet sisteminde her zaman için çocuğun iyileştirilmesi amacının ön planda tutulmasıdır. Çocuk hakkındaki soruşturma ve kovuşturmadaki özellikler, Çocuk Koruma Kanunu'nda düzenlenmiştir (ÇKK 15 – 24). Burada dikkat çeken kurum, 'uzlaşma' idi; fakat Aralık 2006 tarihinde yapılan değişiklikle, çocuk hukukuna ilişkin bütün özellikler kaldırılmıştır (ÇKK '2006.5560' 24).

İnsan hakları açısından tüm şüpheli ve sanıklar için geçerli olan ilkelere ilaveten çocuklar için özel koruma ilkeleri de kabul edilmiştir. Bir çocuğun yaşı itibarıyla eğitilmesi, rehabilite edilmesi ve topluma yeniden kazandırılması yetişkinlere göre daha kolay olduğundan, ceza muhakemesi sürecini çocuğun en hafif şekilde atlatması için çocuk polisi, çocuk savcılığı, ÇİM'ler gibi yukarıdaki bölümlerde anlatılan ve ilerideki bölümlerde anlatılacak olan, özel olarak oluşturulan kurumların tümü görev yapmaktadır.

2) İştirak hâlinde işlenen suçlar

ÇKK 17'ye göre çocukların yetişkinlerle birlikte suç işlemesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturma ayrı yürütülür. Suça Sürüklenen Çocukların (SSÇ) yetişkinlerle iştirak halinde suç işlemesi durumunda soruşturma dosyaları birbirinden ayrılmakta ve SSÇ dosyaları çocuk suçları soruşturma savcısı tarafından, yaşı büyüklerin dosyaları ise ilgili şube tarafından hazırlanarak ilgili Cumhuriyet savcısına intikal ettirilmektedir. Bu şekilde soruşturma farklı makamlar tarafından yürütüldüğünde yaşı büyük olan şüphelilerin ifadeleri kolluk tarafından alınabilmekte ancak SSÇ ifadeleri kolluk tarafından alınamadığından, işlenen suçtaki iştirakler ve bağlantılar belirlenememekte, karışmış oldukları suçlarda gerçekleşen suç eylemi ve maddi gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılması mümkün olamamaktadır.

3) Soruşturmanın Cumhuriyet savcısı tarafından yapılması.

ÇKK 15 gereğince suça sürüklenen çocuk hakkındaki soruşturma çocuk bürosunda görevli Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılmaktadır. Çocuğun ifadesinin alınması veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında, çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurulabilmekte, Cumhuriyet savcısı soruşturma sırasında gerekli görüldüğünde çocuk hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirlerin uygulanmasını çocuk hâkiminden isteyebilmektedir.

Soruşturmada Suça Sürüklenen Çocukların (SSÇ) karışmış oldukları suçlarla ilgili ifadeleri avukat huzurunda bizzat Cumhuriyet savcıları tarafından alınmaktadır. SSÇ ile ilgili olarak, kolluk görevlileri ifade alamadıklarından, suçla ilgili yeterli bilgi sahibi olamamakta, olayın aydınlatılması ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için proaktif davranamamakta ve toplanması gereken deliller konusunda yeterince çalışma yapılamamaktadır. Meydana gelen olayın sıcaklığında ve hemen ertesinde olayla bağlantısı olan şahıs ya da şahıslar belirlenerek yakalanamadığından, kaçma ihtimalleri gerçekleşmekte, maddi delillerin karartılması veya yok edilmesi mümkün olmaktadır. Ayrıca SSÇ gözaltına alınması durumunda ertesi gün savcılığa intikal ettirilerek ifadesine geçildiğinden, ifade sonrası savcının vermiş olduğu talimatlara göre olayla bağlantısı bulunan, SSÇ için Çocuk Şube Müdürlüğünce, yaşı büyük şüpheli şahıslar ile ilgili çalışma ise ilgili birimce yapıldığından, soruşturma bölünmekte adaletin tecellisi burada sayılamayacak kadar sakınca nedeniyle zorlanmaktadır. SSÇ yakalandığında ifadelerinin kolluk görevlileri tarafından

alınması durumunda, olayda adı geçen diğer şüpheli şahısların yakalanma oranı artırılmış olacak ve aynı zamanda SSC lehine veya aleyhine olan maddi delillerin gecikmeksizin karartılmadan toplanması sağlanmış olacaktır.

4) Mağdur çocuğun ÇİM’de yaşadığı sorunlar.

Eğer mağdur, onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olan bir kişi ise ve bir vekili de yoksa istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir (CMK 234/2).

Uygulamada, mağdurun çocuk olması durumunda, ebeveynleri ile olayın meydana geldiği yer polis merkezine gitmekte ve polis merkezi olayla ilgili oluşturduğu tahkikat evrakının bir suretini, yaşı küçük mağdur çocuğun ifadesi alınmak üzere Çocuk Şube Müdürlüğüne intikal ettirmektedir. Mağdurun ifadesinin alınabilmesi için Barodan avukat talep edilmekte, avukatların gelmesi zaman aldığından (asgari iki saat) ifadenin alınma süresi uzamakta, ebeveyn ile mağdur çocukların bu uzun bekleme süresince mağduriyeti artmaktadır. Hem polis merkezinde müşteki müracaatı esnasında, hem de çocuk biriminde avukat beklerken olayı meydana gelmesiyle mağdur ifadesine geçildiği zaman aralığında, çok uzun süre geçtiğinden, suçun failleri tespit edilememekte ve kaçma ihtimali artmaktadır. Aynı zamanda mağdurun ifadesinin alınması da belirtilen nedenlerle geciktiğinden olayın aydınlatılmasına yardımcı olacak bilginin edinilmesi ve gerekli soruşturmaya başlanması geciktiğinden suç şüphelisinin kaçması ve maddi delillerin karartılması imkânı sağlanmış olmaktadır. Ceza yargılamasında suç soruşturmasının ivedilikle yürütülmesinin zorunluluğu ilkesi gözetilmiş olacaktır.

Uygulamada, yaşanan bu gecikmenin yetişkin faillerin yakalanmasını zorlaştırdığı sıklıkla görülmektedir. Adana’da yaşanan bir olayda mağdurun ilk müracaatı ile ifadesinin alınması arasında yaklaşık bir gün zaman geçmesi nedeniyle yakalama mümkün olmamıştır.

5) Çocuk hakkında zor kullanma (kelepçe takma sorunu)

ÇKK 18’e göre çocuklara zincir, kelepçe ve benzeri aletler takılamaz. Ancak; zorunlu hâllerde çocuğun kaçmasını, kendisinin veya başkalarının hayat veya beden bütünlükleri bakımından doğabilecek tehlikeleri önlemek için kolluk tarafından gerekli önlem alınabilir.

Meydana gelen olaylarda kolluğun görev yapması sırasında direnen, kaçan veya saldıran kişilerin özelliklerine ve bulunulan ortamın hassasiyetlerine uygun tedbirler almaktadır. Kolluk görevlilerinin meşru savunma, zor kullanma ve kanunun emrini yerine getirme gibi durumlarda dahi çocuğun sahip olduğu fiziksel özelliklerin yani boy, kilo ve gelişim durumu gözardı edilerek sadece 18 yaşından küçük olması nedeniyle kelepçe takamayacağının kanunda ifade edilmesi hayatın olağan akışına ve gerçekliklerine uymamaktadır.

Zorunlu hâllerde çocuğun kaçmasını, kendisinin veya başkalarının hayat veya beden bütünlükleri bakımından doğabilecek tehlikeleri önlemek için kolluk tarafından gerekli önlem olarak Birleşmiş Milletler mevzuatında dahi el kelepçesi gerekirse ayak kelepçesi takılması mümkündür.

Uygulamada, 17 yaşlarında güçlü kuvvetli delikanlılar, çocuk olarak kelepçe takma yasağı kapsamına girdiklerinden kolluğun bunları denetim altında tutmakta zorlandığı bilinmektedir. Bu nedenle kolluktan gelen öneriler arasında ÇKK 18'in yürürlükten kaldırılması isteği bulunmaktadır.

IV - Soruşturma Evresinde Sosyal Çalışma Görevlilerinden Beklenen Hizmet

Sosyal çalışma görevlilerinin daha iyi entegre olması ve sistem içindeki yerlerinin artırılmasına gayret edilmelidir. Yapılan grup çalışmalarında yer alan sosyal çalışma görevlisi katılımcıların bu konudaki bilgilendirmelerine göre, sosyal çalışma görevlilerinin sadece çocuk mahkemelerinde çalışmadıkları, bu nedenle iş yüklerinin çok olduğu anlaşılmıştır.

Sosyal çalışma görevlileri tedbire uygun davranmayan aileleri, bu tedbirlere uygun davranmamaları halinde uyardıklarını ve bu maksatla mümkün mertebe ailenin konutuna gittiklerini ifade etmişlerdir.

Ayrıca sosyal inceleme raporlarının şekli de tartışılmıştır. Bir yandan raporların nasıl yazılacağına dair bir standart olmadığı beyan edilmiş, öte yandan da standart olması gerekip gerekmediğinin de ayrı bir tartışma konusu olduğu söylenmiştir. Ortaya çıkan görüşlerden biri de sosyal inceleme raporlarının tedbir kararının ekinde gönderilmesi gerektiğidir. Ama gizlilik kararı olduğundan bunun gönderilmediğine dikkat çekilmiştir.

Sosyal çalışma görevlisi olan uzmanların çok sık değiştiği, olanların da eğitimlerinin yetersiz olduğu ifade edilmiştir. Türkiye’de pedagoji veya çocuk psikolojisi diye bölümler olmadığı, bu alanda çalışmak isteyenlerin çok değişik eğitim

alanlarından gelenler olduğu belirtilmiştir. Bilhassa adli görüşmecilerin nitelikli olmalarının önemli olduğu, örneğin bir çocuk hemşiresinin adli görüşmeci olamadığı söylenmiştir. Burada ileri sürülen görüşlerden biri, hakim, savcı ve sosyal çalışma görevlilerinin birlikte eğitim almalarıdır. Hatta böyle bir eğitimin UNICEF tarafından bir kere verildiği ama bir daha tekrarlanmadığı anlatılmıştır. Sosyal çalışma görevlilerinin meslek içi eğitimleri de yetersiz olarak nitelenmiştir. Meslek içi eğitimlere katılmak istemeyenlerin, sağlık raporu alarak kolaylıkla bu eğitimlerden kaçtıkları ifade edilmiştir.

Ayrıca aile mahkemelerinde çalışan uzmanlarla çocuk mahkemelerinde çalışanların dosya yoğunluklarının farklı olduğuna da dikkat çekilmiştir

Sosyal çalışmanın kapsamı oldukça geniştir. Bu kapsam dahilinde çalışmaların nasıl yürütülmesi gerektiğini belirlemek adına Uluslararası Sosyal Çalışmacılar Federasyonu tarafından 3 husus belirlenmiştir. Bunlardan ilki; çocuk adalet sistemine paralel fakat ondan bağımsız yürütülen çalışmalardır. Yani, sosyal çalışmalar hem kişilerin başvurularına açık olup birey ya da aile sorunlarına uygun şekilde müdahale edebilecek şekilde olmalı hem de sosyal çalışmacılar aile içi şiddet, ihmal ve suç işleme gibi sorunların kaynağında çözülebilmesi için ailelere destek verebilmelidir.

İkinci husus adalet sistemiyle birlikte yürütülen çalışmalardır. Bu bağlamda sosyal çalışmacılar hem suç işleyen hem suç mağduru olan hem de özellikle ebeveynleri suç işlediğinde zarar gören çocuklarla yakından ilgilenmelidir. Bunların hepsindeki ortak amaç çocuğun iyi olmasının garanti altına almasıdır.

Üçüncü husus adalet sistemi bünyesinde yürütülen çalışmalardır. Geniş ölçüde anlatıldığı üzere mevzuat dahilinde sosyal çalışmacılara verilen görevler bu kapsama girmektedir.⁶⁶

V - Sosyal İnceleme İle İlgili Sorunlar

Sosyal inceleme yapma ile görevlendirilen meslek elemanlarının sosyal inceleme konusunda lisans eğitimi almamış kişilerin görevlendirilmesi incelemelerin kalitesini olumsuz etkilemektedir. Sosyal inceleme raporunun mahkeme kararlarında değerlendirilmemesi ise sistem içinde geri bildirim almayı ve gelişmeyi engellemektedir.

⁶⁶ Çocuk Adalet Sisteminde Sosyal Çalışmanın Rolü, UNICEF 2013, s. 6.

Ayrıca sosyal çalışma görevlilerinin mesleki gelişmelerini destekleyecek bir işleyiş bulunmamaktadır. Örneğin bu kişiler çeşitli seminer vb. geliştirici programlara katılamamaktadır.

Emniyetin kadrolu psikologları vardır, ancak psikologlarla sosyal çalışma görevlileri birbirinden farklıdır. Meslekleri çeşitlendirmek gereklidir ve zaten her çocuk emniyetinde psikolog bulunmamaktadır. Sosyal Hizmetler Kurumu'ndaki psikologlar geçici olarak çocuk emniyetinde çalıştırılmakta, ancak istenen her zaman psikolog ya da sosyal çalışma görevlisi bulunamamaktadır.

Aynı sosyal çalışma görevlisinin aynı çocukla devam etmesi gibi bir uygulama da bulunmamaktadır. Oysaki görevlinin çocuğu tanınması önemli ve gereklidir. Hakimler ise çocukları bireysel çaba ile tanımaya çalışmaktadır.

Emniyetin ifade alırken yararlandığı psikolog ya da diğer kişiler suçla ilgili bilgi sahibi olmadıkları için, çocuğu suça iten nedenlerin araştırılması gibi hususlarda yeterli olamayabilmektedir.

VI - Fail ve Mağdurun Yaşının Tespiti

Suç failinin çocuk olması, içinde bulunduğu yaşa göre ceza sorumluluğunu tamamen kaldırabileceği gibi yalnızca azalmasına da yol açabilecektir. Bu nedenle çocukların ceza sorumluluğunun tespiti çocuk adalet sisteminin en önemli konularından birini oluşturmaktadır. Zira, sanığın yaşının bilinmesi, hakkında yürütülecek soruşturma ve kovuşturma kurallarının belirlenmesi, hakkında takdir olunan ceza ve güvenlik tedbirinin infazı bakımından önem taşımaktadır.

Yaşın belirlenmesi, mağdurun çocuk olduğu suçlar açısından da aynı önemi taşımaktadır. Bazı suçların mağduru yalnızca çocuk olabilmekte bazı suçlarda ise mağdurun çocuk olması nitelikli hal teşkil etmektedir. Belirtilen tüm bu nedenlerden ötürü hem mağdurun hem de failin yaşının tespit edilmesi önem taşımaktadır.

Yaşın belirlenmesinde temel olarak Nüfus Hizmetleri Kanunu uyarınca tutulan kayıtlar esas alınmaktadır. Nüfus kaydındaki yaş yıl, ay ve gün olarak hesaplanmalıdır. Yalnızca doğum yılı yazan kişilerin Temmuz ayının 1'inde doğduğu, yıl ile birlikte ay da yazan ama gün yazmayan kişilerin ise o ayın 1'inde doğduğu kanun gereği kabul edilecektir (5490 sK 39/2).

Resmi kayıtlardan yaş belirlemenin mümkün olmadığı durumlarda veya yasal yaş ile görünen yaşın farklı olması durumunda çocuğun yaşının tespiti için heyet raporu alınması gerekmektedir. Bu heyet, tam teşekküllü bir hastanede yaş tespitine esas

olacak şekilde kemik grafilerinin de çektilirdiği ve içinde radyoloji uzmanının da bulunduğı bir sağıık kuruluunu ifade etmektedir. Gerekirse Adli Tıp Kurumu'ndan da görüş alınabilecektir.⁶⁷

Ancak yine de yasal kayıtların esas alınması zorunlu olduğundan, heyet raporu sonucu belirlenen yaşa göre C. savcılığı tarafından yaş düzeltme davası açılması gerekmektedir. Ceza mahkemesi, kendi kanunlarında belirtilen esaslar dahilinde sorunu çözemiyorsa, yaş düzeltme davasını bekletici mesele yaparak buna göre karar verecektir.

VII - Uzlaşma, Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

1) Uzlaşma.

Genel usuldeki uzlaşma (CMK 253) ile, çocuk hukukundaki uzlaşma, temelde aynı kurum olmakla birlikte, çocuk hukukundaki uzlaşmanın⁶⁸ (ÇKK 24) daha geniş bir uygulama alanı vardı. 6 Aralık 2006 tarihli 5560 numaralı Kanun, 24'ncü maddesi ile uzlaşmanın yapısını değıştirdi ve çocuk hukukundaki uzlaşma ile genel hükümler uyarınca yapılan uzlaşmayı aynı kurallara bağıladı.

5560 numaralı Kanunla değışen CMK 253 ile öngörülen uzlaşma modelinde şu özellikler vardır: Kanunun uzlaşma hükümlerinin uygulanmasına izin verdiği suçlarda (CMK '2006.5560' 253/1,2,3), Cumhuriyet savcısı veya talimatı ile adli kolluk, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanuni temsilcilerine yapılır. Teklif üç gün içinde kabul edilmezse, reddedilmiş sayılır (CMK '2006.5560' 253/4).

Suçta sürüklenen çocuk ile, suçun mağduru arasında genel hükümlere göre uzlaştıırma usulünün uygulanması mecburidir (CMK '2006.5560' 253). Uzlaştıırma girişimi yapılmadan düzenlenen iddianamenin, iadesi gerekir (CMK 174).

Ceza yargılaması içinde alternatif bir yöntem olarak kabul edilen uzlaşma yükümlölüklerine uygun davranma, bizim mevzuatımızda Denetimli Serbestlik Müdürlüğünün görevleri arasında sayılmamıştır.

⁶⁷ BALO, s. 163.

⁶⁸ Çocuk suçlarında uzlaşmanın koşulları, 2006.5560 numaralı Kanunla yapılan değışiklikten önce, şunlardı (ÇKK 24/1): Suçun şikayete bağı olması veya Kasten işlenen suçlarda cezanın alt sınırının iki yılı aşmayan hapis cezası (onbeş yaşını doldurmayan çocuklar bakımından, üç yıl: ÇKK 24/2) olması veya, Suçun taksirle işlenen bir suç olması.

ÖNERİ 53: Alternatif uyumsuzluk yöntemleri yaygın bir şekilde uygulanmalıdır.***2) Kamu davasının açılmasının ertelenmesi.***

Suçta sürüklenen çocuk hakkında yapılan soruşturmada toplanan deliller “yeterli şüphe” ortaya koyarsa, çocuk savcısı iddianame düzenlemez ve “kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı” verebilir (ÇKK “2006.5560” 19/1). 5560 sK ile yapılan değişiklikte, genel usul (CMK “2006.5560” 171/2) ve çocuk hukuku birleştirilmiştir.

Uzlaşmadaki edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması halinde de, “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” kararı verilir.

ÖNERİ 54: Çocuk ceza muhakemesinde kamu davasının takdiriliği sistemi kabul edilmelidir.***3) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması.***

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kovuşturma evresine ilişkin bir kurum olmasına rağmen koşulları ve nitelikleri itibarıyla benzerlik gösterdiğinden, kamu davasının açılmasının ertelenmesinden sonra incelemeyi uygun bulduk. Yapılan yargılama sonucunda en çok üç yıla kadar (üç yıl dahil) hapis veya adli para cezası verilmiş ise çocuk hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir (ÇKK 23).

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının bazı koşulları vardır (ÇKK 23/1); çocuğun daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış bulunması, tekrar suç işlemeyeceği konusunda kanaat oluşması, duruşmalardaki hal, tutum ve davranışları da göz önüne alınarak beş yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulur.

Denetim süresi boyunca zamanaşımı işlemez. Bu süre içinde çocuk tekrar suç işlerse, mahkeme geri bıraktığı hükmü açıklar ve hüküm aynen infaz edilir (ÇKK 23/6).

Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması vs. halinde sanık hakkında CMK 231’nci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Uzlaşma gerekleri yerine getirilmezse CMK 231/11 deki şartlar aranmadan hüküm açıklanır (CMK “2006.5560” 254/2).

VIII - Soruşturma evresinin sona ermesi.

1) *Kovuşturmaya yer olmadığı kararı.*

Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanarak CMK 171/1 uyarınca kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermesi, çocuk şüpheli hakkında da mümkündür.

Genel hükümlere göre: Suça sürüklenen şüpheli çocuk hakkında yapılan soruşturma sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturmuyorsa, çocuk hakkında genel hükümler uyarınca “kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar” (CMK 172) verilecektir. Suça sürüklenen şüpheli çocuğun işlediği iddia edilen suçun cezası iki yıldan fazla hapis cezasını gerektiriyorsa, gene genel hükümlere göre işlem yapılacaktır.

Çocuk Koruma Kanununa göre: Çocuğun “işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin” bulunup bulunmadığının saptanması için alınan sosyal inceleme raporu (ÇKK 35) olumsuz netice verirse, ceza sorumluluğu bulunmadığı için, 12-15 yaş grubundaki çocuk hakkında ceza davası açılmaz.

Çocuk için tehlike varsa, “KDT (koruyucu ve destekleyici) tedbir” alınması mümkündür (ÇKK 5,7).⁶⁹

Dava açılmayan hallerde, uygulanmakta olan tedbir kararlarının akibeti: Suça sürüklendiği için suç işleyen ve hakkında tedbir kararı verilmiş olan bir çocuk hakkında “kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar” verilince, “korunma ihtiyacı olan çocuk” statüsünde olduğu için, hakkında “koruyucu ve destekleyici tedbir (KDT) alınmış olan çocuk için uygulanamakta olan tedbirin akibeti ne olacaktır? Genel usulde olsa, sona ermesi gereken koruma tedbiri, Çocuk Hukukunda devam edebilir. Çocuk halen tehlike altındaysa, koruyucu ve destekleyici tedbir devam etmelidir. Uygulanan tedbir tutuklama gibi bir “koruma tedbiri” ise, bunun sona ereceği aşıkardır (CMK 103/2).

Kamu davasının açılmasının ertelendiği hallerde (CMK “2006.5560” 171/2,3; ÇKK “2006.5560” 19/1), üç yıllık erteleme süesi (ÇKK “2006.5560” 19/1) içinde,

⁶⁹ (Dava açıldıktan sonra bu durumun saptanması halinde, “kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir (CMK 223(3)). Fiilin işlendiği sabitse, bu durumda “güvenlik tedbirine hükmedilecektir” (CMK 223(1)). CMK güvenlik tedbiri muhakemesini düzenlememiştir. Kanunda boşluklar vardır. Ancak neticede TCK açısından “çocuklara özgü güvenlik tedbiri” ile, KDT tedbiri aynı şey olduğu için (CMK 11), değişen bir şey de yoktur.)

çocuk kasıtlı bir suç işlemediği takdirde, “kovuşturmaya yer olmadığına karar” verilir (CMK “2006.5560” 171/4).

2) İddianamenin düzenlenmesi ve kovuşturma evresine geçiş.

Suçta sürüklenen şüpheli çocuk hakkında “kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı” verilmemişse, genel hükümler uyarınca iddianame düzenlenecek ve mahkeme tarafından iddianamenin kabulü kararı verilirse, kamu davası açılmış sayılacaktır.

Kamu davasının açılmasının ertelendiği (CMK 171/1,3) hallerde, çocuk üç yıllık deneme süresi (ÇKK 19) içinde kasıtlı bir suç işlerse, kamu davası açılır, yani iddianamesi düzenlenir ve mahkemeye verilir. Mahkemenin iddianamenin kabulü kararı vermesi ile de “kamu davası açılmış sayılır” (CMK 175/1).

ÖNERİ 55: Sosyal inceleme raporu (SİR) alınmadan iddianame düzenlenmemelidir.

3) Soruşturma evresinin sona ermesi (ara soruşturma evresi).

Genel usulde Cumhuriyet savcısının iddianame düzenleyebilmesi için, yeterli şüphe sebeplerinin varlığının saptanması gerekir (CMK 170). Yeterli şüphe varsa, uzlaşmaya tabi suçlarda Cumhuriyet savcısının önce uzlaşma yolunu uygulaması gerekir. Uzlaşma yoluna gitmeden düzenlenen iddianamenin iadesi kararı verilir (CMK 174/1-c). Ancak, düzenlenen iddianamenin mahkemeye verilmesi ile kamu davası açılmış sayılmamakta, mahkeme tarafından “iddianamenin kabulü kararı” verilmesi gerekmektedir (CMK 175/1).

Ç - Çocuk Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Evresi

I - Çocuk Mahkemeleri.

Çocuk mahkemesi. Çocuk mahkemeleri de yeniden yapılandırılmış ve, “çocuk mahkemesi” ve “çocuk ağır ceza mahkemesi” olarak kurulmuştur (ÇKK 25 - 28).

Çocuk Mahkemesi tek hakimden oluşur (ÇKK 25/1). Cumhuriyet savcısı bu mahkemelerde yapılan duruşmalarda bulunmaz. Ancak, çocuk mahkemesinin bulunduğu yerdeki Cumhuriyet savcısı mahkeme kararlarına karşı kanun yoluna başvurabilir.

Çocuk mahkemelerine hem hukuki, hem de cezai görevler verilmiştir. Korunmaya muhtaç çocuklar ile, suça sürüklenmiş, ancak cezai sorumluluğu olmayan çocuklar için uygulanacak tedbir kararlarını vermek ve suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olan çocuklar için, asliye ceza ve sulh ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar bakımından görevlidir (ÇKK 26/1).

Çocuk mahkemesinin yargı çevresi, kurulduğu il ve ilçenin mülki sınırları ile belirlenmişken, çocuk ağır ceza mahkemelerinin yargı çevresi geniştir ve bulunduğu il merkezi ve ilçeleri ile, bunlara bağlanan ilçelerin idari sınırları olarak belirlenmiştir (ÇKK 27/2). Yargı çevresi HSYK tarafından değiştirilebilir (ÇKK 27/3).

Çocuk ağır ceza mahkemesi. Bir diğer mahkeme olan çocuk ağır ceza mahkemeleri ise, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren çocuklara özgü ceza davalarına bakmakla görevlidir (ÇKK 26/2). Bu mahkemeler heyet halinde kurulmuş olup, bir başkan ve iki üyeden oluşur (ÇKK 25/2).

Suçta sürüklenen çocuk onbeş yaşın üzerinde ise, CMK 250/1 de belirtilen suçlardan açılan dava, bu madde ile kurulan ağır ceza mahkemelerinde görülür (TMK '2006.5532' 9): "Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarla ilgili davalara, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 250 nci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ağır ceza mahkemelerinde bakılır. Bu suçlardan dolayı onbeş yaşın üzerindeki çocuklar hakkında açılan davalar da bu mahkemelerde görülür."

II - Duruşma Hazırlığı

Suçta sürüklenen çocuk hakkında düzenlenen iddianame mahkemesince kabul edilince genel hükümler uyarınca duruşma hazırlığı başlar.

III - Duruşmadaki Özellikler

1) Yargılamanın Çocuklara özgü mahkemede yapılması.

Çocuk Hakları Sözleşmesinin 40'ncı maddesinin 3'ncü fıkrasında, "kanunla ihtilaf halindeki çocuklar" hakkında özel usuller uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Çocuklar için yapılan çocuklara özgü mahkemelerde, yetişkinlerden farklı bir muhakeme usulü uygulanır. Çocuk Koruma Kanunu'nun 25'nci maddesi ile çocuklara özgü mahkemeler kurulmuştur. Bu mahkemeler, asliye ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından suça sürüklenen çocuklar hakkında açılacak olan

davalara bakmaktadır.Çocuk ağır ceza mahkemeleri ise çocuklar tarafından işlenen ve ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlara bakmaktadır.

Çocukların yargılanmasında ayrı bir yapılanmanın oluşturulmuş olması, uzman hakim ilkesi doğrultusunda gereklidir. Zira, çocuk ceza hukukunda işlenen fiil değil fail dikkate alınmakta ve çocuk ruhunun anlaşılmasına hizmet edecek uygulamalara yer verilmektedir.⁷⁰

ÖNERİ 56: Hakimlerin çocuk hukuku konusunda uzmanlaşması sağlanmalıdır.

2) Duruşmada hazır bulunabilen süjeler.

Çocuk, velisi, vasisi, mahkemece görevlendirilmiş sosyal çalışma görevlisi, çocuğun bakımını üstlenen aile ve kurumda bakılıyorsa kurumun temsilcisi duruşmada hazır bulunabilir (ÇKK 22/1). Ayrıca, kanunun katılan sıfatını verdiği Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı adına görevlendirilen avukatın da bulunması gündeme gelmiştir. Bakanlığın katılan sıfatı alması hakkındaki görüşlerimizi yukarıda açıklamıştık.

Mahkeme veya hakim, çocuğun sorgusu veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurabilir (ÇKK 22/2).

Duruşmalarda hazır bulunan çocuk, yararı gerektirdiği takdirde duruşma salonundan çıkarılabileceği gibi sorgusu yapılmış çocuğun duruşmada hazır bulundurulmasına da gerek görülmeyebilir (ÇKK 22/3).

ÖNERİ 57: Sisteme katılan süjelerin daha iyi çalışmaları sağlanmalıdır.

3) Gizlilik.

Ceza muhakemesi hukukunun temel prensiplerinden biri kovuşturma evresinin aleniliğidir, ancak çocuk yargılamasının özelliklerinden ötürü bir istisna getirilmiştir. CMK 185 gereği, duruşmada zorunlu kapalılık söz konusu olmakta, sanık 18 yaşını doldurmamış ise duruşma kapalı yapılmaktadır. Şayet kovuşturma esnasında suça sürüklenen çocuk 18 yaşını doldurursa bu takdirde duruşmalar artık açık olarak yapılabilecektir.

⁷⁰ ARTUK Mehmet Emin, Küçüklerin İşlediği Suçlar ve Ceza Sorumluluğu; Çocukların ve Gençlerin Ceza Muhakemesindeki Yeri, Hukuk Kurultayı 2000, Ankara Barosu, s. 222.

Suçta sürüklenen çocuk hakkındaki dava yetişkinler hakkındaki dava ile birleştirilip genel ceza mahkemelerinde görüldüğünde ise, çocuk 18 yaşını doldurana kadar duruşmalar kapalı olarak yapılacaktır.

Mülga ÇMK ya göre, küçüklerin duruşması mutlaka gizli olur, hüküm de gizli tefhim olunurdu (ÇMK 25, mülga CMUK 375). Çocuk Koruma Kanununda ise, gizlilik konusunda açık bir madde bulunmamaktadır. Çocukların yargılama işlemleri hakkındaki hüküm, CMK 185'nci madde ile düzenlenmiş ve 'zorunlu kapalılık' başlığı ile, 18 yaşını doldurmamış çocukların duruşmalarının ve hükümde dahil kapalı oturumda yapılacağı belirtilmiştir. Bu hüküm kovuşturma safhasındaki gizliliği düzenlemiştir. Yakalama Yönetmeliğinin çocuklara özgü 19. maddesinde, 'çocukların kimlikleri ve eylemleri mutlaka gizli tutulur', denilerek soruşturma safhasında da gizlilik kabul edilmiştir. Ancak Çocuk Koruma Kanununda ise, 4 ncü maddenin son fıkrasında, sadece kimliklerinin gizli tutulacağına (kimliğin başkaları tarafından belirlenememesi) yer verilmiştir. Oysa AİHS 6. maddesi çocuğun yararının gerektirdiği durumlarda duruşmaların gizli yapılmasını aleni yargılanma hakkının bir istisnası olarak öngörmektedir. Ayrıca, Pekin Kurallarının (Çocuk Mahkemelerinin Yönetimi Hakkında BM Asgari Standart Kuralları) 8 nci maddesi, "küçüğün damgalanmasını önlemek amacıyla gizliliğe azami özenin gösterilmesini" öngörmektedir.

4) Yayın yasağı.

Mülga Çocuk Mahkemeleri Kanunu (ÇMK), suç işlemiş küçüklerle ilgili yayınları yasaklamakta idi (ÇMK 41). Mülga Basın Kanunu, mülga ÇMK'na göre çok daha kapsayıcı ve koruyucu bir düzenleme içermekte idi.

Yeni Basın Kanununa göre, onsekiz yaşından küçük olan suç faili veya mağdurlarının kimliklerini açıklamak ya da tanınmalarına yol açacak şekilde yayın yapılması yasaktır (BasK 21).

Çocuk Koruma Kanununda ise, gizlilik kuralı gibi, çocuklar açısından basın ile ilgili bir koruyucu hüküm düzenlenmiş değildir. Ceza Muhakemesi Kanununda da, çocuklara özel bir hüküm yer almamaktadır. Sadece, CMK 183 deki genel yasak vardır: adliye binaları içinde ve dışında adli işlemler sırasında sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletlerin kullanılması yasaktır.

5) Hakimın takdir yetkisi.

Genel usulde hakim, kanun ve hukuka bağlı kalarak, maddi olguları bağlı takdir yetkisini kullanarak değerlendirme yapmaktadır. Çocuk ceza hukukunda ise, hakimın takdir yetkisinin kapsamı daha geniş olup, uluslararası standartlara bağlanmıştır.

Pekin Kuralları'nın 6'ncı maddesi hakimın takdir yetkisini düzenler. Muhakemenin her aşamasında, özellikle inceleme, soruşturma, kovuşturma ve tedbirlerin uygulanması sırasında hakime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.

Çocuk Koruma Kanunu'nda yer alan bazı müesseselerde de hakimın takdir yetkisi vardır. Mesela tedbir kararı alınması (ÇKK 7, 8), koruma kararı alınması (ÇKK 9, 13), adli kontrol (ÇKK 20), hükmün açıklanmasının geri bırakılması (ÇKK 23) ve sosyal inceleme yaptırılması (ÇKK 35) konularında hakime takdir yetkisi tanındığı görülmektedir.

6) Sosyal Çalışma Görevlisi Bulundurma

ÇKK 22/2'ye göre; mahkeme veya hakim duruşmada çocuğun sorgusu veya çocuk hakkındaki diğer işlemler yapılırken çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurabilmektedir. Bu, mahkeme veya hakim takdirine bırakılmış olduğundan zorunluluk arz etmemektedir. Fakat her işlemde çocuğun üstün yararı dikkate alınacak olduğundan sosyal çalışma görevlisinin bulunması büyük fayda sağlayacaktır.

7) Cumhuriyet Savcının Hazır Bulunması Sorunu

Çocuk mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmamaktadır, ancak mahkemenin bulunduğu yerdeki Cumhuriyet savcıları çocuk mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yoluna başvurabilmektedirler (ÇKK 25/1). Çocuk mahkemeleri, asliye ceza mahkemesi görevine giren suçlar bakımından suça sürüklenen çocuklar hakkında açılacak davalara bakmaktadır.

Çocuk ağır ceza mahkemeleri ise çocuklar tarafından işlenen ve ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlarla ilgili davalara bakmaktadır. Bu mahkemelerde Cumhuriyet savcısı duruşma işlemlerine katılmaktadır.

Doktrinde, savcılık kurumunun uygulamada daha ziyade suç ithamları ve ceza talepleriyle kendini göstermesi söz konusu olduğu için çocuk mahkemelerinde savcının yeri olmaması gerektiği şeklinde bir fikir bulunsa da, sanığın lehine olan hususları da araştırmakla görevli olan savcının bir iddia makamı olarak bulunması gerekmektedir. Savcının duruşmada bulunması zorunluluğu yanında bir takım

niteliklere sahip bulunması gerektiği de unutulmamalıdır. Çocuk hakimlerinde aranan kişilik ve bilgi özelliklerinin çocuk savcılarında da bulunması aranmalıdır.⁷¹

IV - Çocuk Mahkemesi Tarafından Verilebilen Hükmedilebilen Yaptırımlar

1) Güvenlik Tedbirleri

TCK 56’da öngörülen ve ÇKK 11’in yaptığı atıf ile, ÇKK 5’deki koruyucu ve destekleyici tedbirlerin, ‘çocuklara özgü güvenlik tedbiri’ kararı olarak alınması kabul edilmiş, ancak usulü kanunda ayrıca gösterilmemiştir.

ÇKK madde 11, ‘çocuklara özgü güvenlik tedbiri’ kavramından aynı yasanın 5. maddesinde ‘koruyucu ve destekleyici tedbir’ olarak gösterilmiş olan ve yukarıda ayrıntıları ile açıklanan tedbirlerin anlaşılması gerektiğini ve alınacak tedbir kararının bunlardan oluşacağını hükme bağlamıştır.

Türk Ceza Kanunu’nun 56’ncı maddesindeki, ‘çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin neler olduğu ve ne suretle uygulanacakları ilgili kanunda gösterilir’, hükmü uyarınca, çocuklar hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri, Çocuk Koruma Kanununda (ÇKK 11) düzenlenmiştir.

Çocuk Koruma Kanunu, Türk Ceza Kanunu’nun öngördüğü ‘çocuklara özgü güvenlik tedbirlerini’ tek tek düzenlemek yerine, ‘koruyucu ve destekleyici tedbirlerin’ (ÇKK 5) ve acil korunma kararının (ÇKK 9) “çocuklara özgü güvenlik tedbiri” olarak anlaşılacağını hükme bağlamıştır (ÇKK 11). Anlaşılan, önce ‘koruyucu ve destekleyici tedbir’ olarak uygulanan bir tedbir, daha sonra, ‘suça sürüklenen’ ve ‘ceza sorumluluğu olmayan çocuk’ bakımından, ‘çocuklara özgü güvenlik tedbirine’ dönüşecektir.

ÖNERİ 58: Çocuk ceza hukukunun tedbir ve güvenlik tedbiri hukuku olduğu unutulmamalıdır.

ÖNERİ 59: Çocuğa özgü güvenlik tedbirleri düzenlenmeli ve güvenlik tedbiri muhakemesine ilişkin kurallar belirlenmelidir.

⁷¹ ARTUK, s. 223.

2) Cezalar

TCK, suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak uygulanan cezaları, hapis ve adlî para cezaları olarak belirlemiştir (TCK 45). Hapis cezaları; ağırlaştırılmış müebbet (TCK 46), müebbet hapis (TCK 48) ve süreli hapis cezasıdır (TCK 49). Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz. Hükmedilen bir yıl ve daha az süreli hapis cezası, ‘kısa süreli’ hapis cezasıdır.

Ceza sorumluluğu olan çocuklar (TCK 31/2 ve 3) için, sadece süreli hapis cezası uygulanabilir.

Fiili işlediği sırada 12 yaşını doldurmuş olup da 15 yaşını doldurmamış olanlardan ‘işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı halinde’ ceza sorumluluğu vardır ve bunlar hakkında hükmedilecek cezalar şunlardır: Suç ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiriyor ise, oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis; müebbet hapis cezasını gerektiriyor ise, dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz (TCK ‘2005.5377’ 31/2).

Fiili işlediği sırada 15 yaşını doldurmuş olup da 18 yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında hükmedilecek cezalar şunlardır: Suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiriyor ise, onsekiz yıldan yirmidört yıla kadar hapis; müebbet hapis cezasını gerektiriyor ise, oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası 12 yıldan fazla olamaz (TCK ‘2005.5377’ 31/3).

3) Hapis cezasının ertelenmesi.

İşlediği suçtan dolayı 2 yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkum edilen kişinin cezası ertelenebilir (TCK 51/1). Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış (veya altmışbeş yaşını bitirmiş) olan kişiler bakımından üç yıldır (TCK 51/1-cü.2).

Erteleme kararının verilebilmesi için kişinin; a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması, b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekmektedir.

Cezanın ertelenmesi şartsız olabileceği gibi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı da tutulabilir (TCK 51/2). Kanun bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilmesini; koşulun yerine getirilmesi halinde, hakim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilmesini öngörmektedir.

Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz.

Mahkeme; hükümlünün denetim süresi içinde; a) bir meslek veya sanat sahibi değilse, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesine karar verebilir. b) Hükümlü bir meslek veya sanat sahibi ise, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına karar verebilir. c) Onsekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine karar verilebilir (TCK 51/4-c).

Hapis cezasının ertelenmesinde ‘denetim süresi’ tayin edilmesi mecburidir. Fakat yükümlülük belirlemek veya rehberlik edecek uzman görevlendirmek, mahkemenin takdirine bağlıdır. Mahkeme, deneme devresindeki gelişmelere göre, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlemeden veya uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine de karar verebilir (TCK 51/6).

Ancak, mahkeme takdir yetkisini kullanarak, denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi de görevlendirebilir (TCK 51/5). Kanun rehberlik edecek uzman kişi, yani ‘gözetim delegesinin’ görevini şöyle tarif etmektedir: “Bu kişi, kötü alışkanlıklardan kurtulmasını ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya nezdinde çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hakime verir.”

Ertelemedeki denetim süresi sırasında hükümlüyü izlemek, denetlemek ve yükümlülüklere uymasını sağlamak görevi, Denetimli Serbestlik Müdürlüklerine verilmiştir.

Şube Müdürlüğü bu görevi, ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesini, gerektiğinde kolluk ve diğer makamlarla işbirliği içinde yerine getirir (DSHYön 46/2).

4) Onsekiz yaşını doldurmamış olan mahkum hakkındaki kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi.

Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, ‘kısa süreli’ hapis cezasıdır (TCK 49/2). Bu cezalar yerine ‘seçenek yaptırımların’ uygulanması tercih edilebilir (TCK 50/1). Kısa süreli hapis cezası bakımından, hakime seçenek yaptırıma çevirme bakımından ‘takdir yetkisi’ tanınmıştır. Ancak, fiili işlediği tarihte 18 yaşını doldurmamış bulunanlar hakkında verilecek bir yıl veya daha az süreli hapis cezalarının aşağıda sayılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunludur (daha önce hapis cezasına mahkum edilmemiş olmak koşulu ile) (TCK 50/3). Ayrıca, bilinçli taksir hariç, taksirli suçlarda ‘uzun süreli’ hapis cezalarının da seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi mümkündür (TCK 50/4). Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre aşağıdaki seçenek yaptırımlara çevrilebilir: a) Adli para cezasına, b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine, c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı 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.

Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek yaptırımın gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Bu durumda, beşinci fıkra hükmü uygulanmaz (TCK 50/6).

Hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir (TCK 50/7).

Hükmedilen seçenek yaptırımların yerine getirilmesini sağlamak açısından kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi (TCK 50/1-a) ve mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi (TCK 50/1-b) seçenek yaptırımları dışındaki seçenek yaptırımların yerine getirilmesini sağlamak görevi, Denetimli Serbestlik Müdürlüklerine verilmiştir (DSHYön 62).

Şube Müdürlüğü seçenek yaptırımların yerine getirilmesini sağlarken, gerektiğinde (zor kullanma ihtiyacı vs doğduğunda) kolluk ve ilgili makamlarla işbirliği yapar.

5) Denetimli Serbestlik.

Çocuklar hakkında verilecek tedbir ve kararların uygulanmasına, gerek soruşturma gerekse kovuşturma safhasında rastlanılmaktadır. Denetimli serbestlik ve yardım ile koruma hizmetleri sırasında temel ilkeler olarak; insan onuruna saygı ve dürüstlük, gizlilik ve tarafsızlık sayılmıştır (DSHYön 5).

Denetimli serbestlik müdürlükleri, denetimli serbestlik kararlarının infazı ve diğer işleri bürolar aracılığıyla yürütmektedir. Adli kontrol kararlarını yerine getirmek, Cumhuriyet savcılığının gerekli görmesi halinde şüpheli hakkında sosyal araştırma raporu düzenlemek, istek halinde şüpheliye veya suçtan zarar görmüş olan kişilere psikolojik danışmanlık yapmak soruşturma evresine ilişkin görevler olarak belirtilmiştir (DSHK 12).

Sanık hakkındaki adli kontrol kararının devamını sağlamak, sanık hakkında mahkeme veya hakimin istemi üzerine topluma veya mağdura karşı taşıdığı risk hakkında ayrıntılı sosyal araştırma raporu hazırlamak ve istek halinde psikolojik danışmanlık yapmak ise kovuşturma evresine ilişkin görevler olarak belirtilmiştir (DSHK 13).

TCK 51/4'te belirtilen hapis cezasının ertelenmesine dayalı olarak (c) bendinde belirtilen çocuk hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesi sağlanacaktır.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 107. maddesinin 8. fıkrasında düzenlenmiş bulunan çocuk hükümlülerin, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna yerleştirilmesidir.

Denetim, mahkeme kararındaki esas ve usullere göre kollukla işbirliği içinde yürütülür. Yükümlülüğe uyulmadığı kolluk, kurum veya denetimli serbestlik ve yardım merkezinin tespiti halinde cumhuriyet savcılığına bildirilir. Çocuklar bakımından CMK 109. maddeye ek olarak genişletilmiş olan adli control tutuklama yerine geçen de bir uygulama olduğu için çocuk yararına olarak değerlendirilmektedir.

Hükümlü çocuklar hakkında verilen adli para cezası ile kısa süreli hapis cezasından çevrilen adli para cezasının ödenmemesi halinde bu cezalar hapse çevrilemez.

TCK para cezalarının ertelenmesini kabul etmemiştir. Artık erteleme ceza sisteminde sadece hapis cezaları için sözkonusudur. Fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan çocuklar hakkında verilen hapis cezaları 3 yıl ve daha az bir süreyi kapsamakta ise cezası ertelenecektir. Hemen belirtelim ki erteleme yeni sistemimizde infaz edilmiş bir ceza sayılmaktadır. Erteleme süresi aynı zamanda denetim süresidir. Bu denetim süresi içinde onsekiz yaşından küçük çocuk için TCK 51 nci maddesinin 4. fıkrasına göre meslek veya sanat edinme amacıyla bir eğitim kurumuna gönderilebilecektir. Ancak aynı madde uçucu ve uyuşturucu madde bağımlılığı gibi tedavi gerektiren durumlarda çocuk için buna yönelik bir tedbir uygulamasına yer vermemiştir. Bu da bir eksiklik olarak değerlendirilmelidir.

Tedbir, ceza dışında bir başka yaptırım türü olarak ele alınmıştır. Ancak ÇKK 11, daha öncede belirttiğimiz gibi ‘çocuklara özgü güvenlik tedbiri’ deyimiyle hukuki bir karar olarak nitelendirilen tedbirleri ceza sorumluluğu olan çocuklar açısından cezai bir tedbir olarak ele almış görünmektedir. Çocuk hakkında verilecek olan tedbir kararının öncesinde mahkeme veya hakimin ya da soruşturma aşamasında savcının çocuk için uygun tedbir veya tedbirleri bulması gerekmektedir. Bunun içinde yasanın ‘sosyal inceleme raporu’ başlığı ile ÇKK da belirttiği aslında ‘sosyal araştırma raporu’ olması gereken ön araştırmanın yeri büyüktür. Bu nedenle de denetimli serbestlik müessesesi içinde sosyal araştırma raporunun ne şekilde ve nasıl hazırlanacağı detaylı olarak ele alınmalıdır. DSHK 13. madde sosyal araştırma raporlarının içeriğini düzenlemiştir. Buna göre bu raporlarda çocuğun suça yönelmesine etki edebilecek tüm faktörlerin incelenmesi gerekmektedir. Amaç kararı verecek olan mahkemeye çocuğu tam olarak tanıtabilmek olmalıdır. Ancak ÇKK 35 e göre hazırlanacak sosyal inceleme raporu bu özellikleri taşıyamacaktır. Çünkü

raporun sosyal çalışma görevlisi tarafından hazırlanacağı belirtilmektedir. Farklı kanunlardaki hükümlerin uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

Hakkında tedbir kararı verilen çocuklar ÇKK 36 ve devamı gereğince denetim altına alınan çocuklar kapsamında olacak ve denetimli serbestlik ve yardım merkezi tarafından denetlenecektir. Denetim, kararda belirtilen sürenin dolması veya çocuğun başka suçtan dolayı tutuklanması veya cezasının yerine getirilmesine başlanması ile sonar erer (ÇKK 40).

6) Yargılama Giderlerinin Belirlenmesi

Yargılama giderlerine ilişkin genel esaslar CMK'da düzenlenmiştir. Yargılama, suça sürüklenen çocuk hakkında yapılmışsa ve yaşı nedeniyle ceza sorumluluğu olmadığı tespit edilip hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilirse, yargılama giderlerinden suça sürüklenen çocuk sorumlu tutulamayacaktır. Fakat çocuğun kusurundan kaynaklanan giderler mevcutsa bunlardan sorumlu tutulabilecektir (CMK 327).

Suçta sürüklenen çocuğun zorla getirilmesi, adres araştırması ve duruşmada hazır edilmesi için yazılan müzekkereler için harcanan masraflar yargılama gideri olarak yükletilemeyecektir. Bunun aksi bir durum hem AİHS hem de ÇHS'ne aykırılık teşkil edecektir.⁷²

Baro tarafından görevlendirilen zorunlu müdafî ücreti, sosyal inceleme ve psikolojik değerlendirme işlemleri gideri, ayrıca yargılama gideri sayılmayan tercüman ücreti gibi masraflar suça sürüklenen çocuğa yükletilemeyecektir. Yargıtay kararlarının da bu yönde olduğu görülmektedir.

D - Çocuk hakkında verilen indirimli hapis cezasının infazındaki özellikler.

I - Çocuk infaz kurumları.

Çocuklar için özel cezaevleri kurulması fikri, 1595 yılında Amsterdam'da kurulan cezavi ile başlamıştır.⁷³ Daha sonra ihtiyaç nedeniyle tüm dünyaya yayılan bu uygulama Türk hukukunda da kendisine yer bulmuştur. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun hükümlerine göre, çocuk ve gençlere özgü infaz kurumları üç şekilde düzenlenmiştir.

⁷² BALO, s. 345.

⁷³ DEMİRBAŞ Timur, İnfaz Hukuku, Seçkin, 4. Baskı, Ankara 2015, s. 415.

1) Çocuk Kapalı Ceza İnfaz Kurumları (CGTİK 11).

Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü tarafından açıklandığı üzere 2016 yılı itibarıyla ülkemizde 3 tane çocuk kapalı ceza infaz kurumu bulunmaktadır. Bunlar; Ankara-Sincan, İstanbul-Maltepe ve İzmir çocuk ve gençlik kapalı ceza infaz kurumlarıdır.⁷⁴

2) Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumları (CGTİK 12).

Bir diğer infaz kurumu Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumlarıdır. CGİK 12 maddesi ile düzenlenmiştir. Bu kurumlarda 18 yaşını bitirmiş olupta 21 yaşını doldurmamış kişiler kalmaktadır. Çocuklara özgü bir infaz kurumu olarak düzenlenmemiştir.

3) Çocuk Eğitim Evleri.

Çocuk eğitim evleri CGTİK 15. madde ile düzenlenmektedir. Çocuk eğitim evleri çocuk hükümlüler hakkında verilen cezaların hükümlülerin eğitilmeleri, meslek edinmeleri ve yeniden toplumla bütünleştirilmeleri amaçları güdülerek yerine getirildiği tesislerdir. Bu kurumlarda suç işledikleri zaman 12 ila 18 yaşları arasında bulunan ve cezasını çekmeye başladığında 18 yaşını doldurmamış hükümlü çocuklar barındırılmakta, 18 yaşını doldurup da bulundukları kurumda herhangi bir eğitim kurumuna devam eden çocukların, cezaevi idaresinin de uygun görmesi şartıyla devam ettikleri eğitim programlarını tamamlayabilmeleri açısından 21 yaşına kadar kalmalarına müsaade edilmektedir. Ülkemizde Ankara ve İzmir’de olmak üzere 2 adet çocuk eğitim evi bulunmaktadır.⁷⁵

II - Özellikler.

Çocuk kapalı ceza infaz kurumları çocuk tutukluların ya da çocuk eğitimevlerinden veya diğer nedenlerle kapalı ceza infaz kurumuna nakledilen çocukların barındıkları, eğitim ve öğretime dayalı infaz kurumlarıdır. Bu kurumlarda 12-18 yaş grubu çocuklar cinsiyetleri ve fiziki gelişimleri göz önüne alınarak ayrı bölümlerde barındırılırlar (CGTİK 11/2). Çocuk eğitim evleri ise hükümlü çocukların

⁷⁴ <http://www.cte.adalet.gov.tr/>

⁷⁵ <http://www.cte.adalet.gov.tr/>

hem eğitimi hem de meslek edinmeleri amacıyla kurulmuştur. Kurum içi veya dışında eğitimine devam eden çocuklar bakımından 18 yaşını doldurmuş olsalar dahi 21 yaşını bitirinceye kadar bu kurumlarda kalmalarına izin verilir (CGTİK 15/2). Haklarında tutuklama kararı bulunanlar ile CGTİK 11 kapsamına girenler hariç olmak üzere, bu tesislerde bulunan çocuk hükümlüler kapalı ceza infaz kurumuna gönderilemezler (CGTİK 15/3).

III - Çocuk hükümlüler hakkında uygulanacak disiplin cezaları ve disiplin tedbirleri (CGTİK 45-46).

Çocuk hükümlüler hakkında uygulanacak disiplin tedbirleri CGİK 45. madde ile düzenlenmiştir. Buna göre, çocuk hükümlüler hakkında uygulanabilecek disiplin tedbirleri, çocuğun disiplin cezası gerektiren eyleminin gerçekleşme riskinin bulunması halinde bu riski ortadan kaldırmak veya soruşturma sürerken giderilmesi güç ve imkansız zararların doğmasını önlemek amacıyla uygulanan ve ceza niteliği taşımayan koruma ve önleme amaçlı tedbirlerdir. Uygulanacak olan tedbirler; teşvik amaçlı ayrıcalıkları ertelemek, kaldığı odayı veya yatakhaneği değiştirmek, bulunduğu kurumun başka kısmına nakletmek, mesleki eğitiminin bütünlüğünü ve sürekliliğini bozmayacak şekilde çalıştığı işyerini veya atölyeyi değiştirmek, belli yerlere girmesini yasaklamak, bazı eşyaları bulundurmasını veya kullanmasını yasaklamaktır (CGTİK 45). Çocuk hükümlüler hakkında uygulanacak olan disiplin cezaları ise; uyarma, kınama, onarma, tazmin etme, eski hale getirme, harcamalarına sınır koyma, bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma, teşvik esaslı ayrıcalıkları geri almak, iznin ertelenmesi, kapalı ceza infaz kurumuna iade, odaya kapatma cezasıdır (CGTİK 46).

IV - Koşullu salıverilme.

Çocuk hükümlülerin koşullu salıverilme hakkında genel hükümler uygulanır. Ancak, CGTİK 107/5 ve 8 uyarınca özel düzenleme yapılmıştır. Bu bağlamda, koşullu salıverilme süresinin hesabında hükümlü 15 yaşını dolduruncaya kadar infaz kurumunda geçirdiği bir gün, iki gün olarak sayılır ve 18 yaşından küçük olan hükümlüler denetim süresince eğitimlerine gerektiğinde barınma olanağı da sağlayan bir kurumda devam eder.

V - Zamanaşımı ve tekerrür.**1) Dava zamanaşımı (TCK 66).**

Fiili işlediği sırada 12 yaşını doldurmuş olup da 15 yaşını doldurmamış olanlar hakkında kamu davası kanunda gösterilen sürelerin yarısının geçmesi ile kamu davası düşer; a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda 15 yıl, b) Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda 12 yıl 6 ay, c) Yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda 10 yıl, d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda 7 yıl 6 ay, e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adlî para cezasını gerektiren suçlarda 4 yıl geçmesiyle düşer (TCK 66/2).

Fiili işlediği sırada 15 yaşını doldurmuş olup da 18 yaşını doldurmamış olan hakkında kamu davası Kanunda gösterilen sürelerin üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer; a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda 20 yıl, b) Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda 16 yıl 4 ay, c) Yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda 12 yıl 8 ay, d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda 10 yıl, e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adlî para cezasını gerektiren suçlarda 6 yıl 8 ay geçmesiyle düşer (TCK 66/2).

2) Ceza zamanaşımı (TCK 68).

Fiili işlediği sırada 12 yaşını doldurmuş olup da 15 yaşını doldurmamış olanlar hakkında verilen cezalar Kanunda gösterilen sürelerin yarısının geçmesiyle infaz edilmez. a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarında 20 yıl. b) Müebbet hapis cezalarında 15 yıl. c) Yirmi yıl ve daha fazla süreli hapis cezalarında 12 yıl. d) Beş yıldan fazla hapis cezalarında 10 yıl. e) Beş yıla kadar hapis ve adlî para cezalarında 5 yıl (TCK 68/2).

Fiili işlediği sırada 15 yaşını doldurmuş olup da 18 yaşını doldurmamış olanlar hakkında verilen cezalar Kanunda gösterilen sürelerin üçte ikisinin geçmesiyle infaz edilmez. a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarında 26 yıl 4 ay, b) Müebbet hapis cezalarında 20 yıl. c) Yirmi yıl ve daha fazla süreli hapis cezalarında 16 yıl. d) Beş yıldan fazla hapis cezalarında 12 yıl 8 ay. e) Beş yıla kadar hapis ve adlî para cezalarında 6 yıl 4 ay (TCK 68/2).

3) Çocuklar hakkında uygulanmayan hükümler.

Fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin işlediği suçlar dolayısıyla tekerrür hükümleri uygulanmaz (TCK 58/5).

VI - Adli sicil kayıtları.

Onsekiz yaşından küçüklerle ilgili adlî sicil ve arşiv kayıtları; ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemelerce istenebilir (Adli Sicil K 10/3).

Mülga Adli Sicil Kanunu ise, onsekiz yaşından küçükler hakkında adlî sicile geçirilen bilgilerin; ancak, soruşturma ve kovuşturma konusu olan işler sebebiyle Cumhuriyet savcıları ve mahkemelerce veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği seçimleri ile ilgili olarak yetkili seçim kurullarınca istendiği takdirde verilmesini kabul etmişti. Bu bilgiler başka herhangi bir iş ve konu için kullanılamıyordu (mülga Adli Sicil Kanunu 5).

ÖNERİLERİMİZ

Çalışmamızın sonunda vardığımız neticeleri değişik öneri başlıkları altında toplamayı uygun bulduk.

ANAYASA İLE İLGİLİ ÖNERİLER

ÖNERİ 1: Anayasa’da çocuk tanımının yer alması ve mevzuattaki tanımların yeknesak hale getirilmesi gereklidir.

Çocuk hukukunun temel belirleyicisi olan çocuk tanımı Anayasa’da da yer almalıdır. Anayasa’nın 10, 41, 61 ve 62. maddelerinde çocuğun korunması; 58. maddesinde de gençliğin korunması ile ilgili olarak çocuk ile ilgili kavramlara atıf yapılmaktadır. Bu nedenle Anayasa’ya, çocuğun üstün menfaatine ilişkin temel ve belirleyici bir madde konulması düşünülmelidir.

Özellikle çocuğun görüşünün alınmasını gerektiren hususlarda, yaşa göre olgunluğun belirleyici bir rol oynayacağı açıktır. Çocuğun ayırt etme gücü, hak ehliyeti, fiil ehliyeti ve ceza ehliyetinin farklı olmasında da bu durum kendisini gösterir.

Anayasa’da düzenleme yapılırken, değişik yaşlardaki çocukların farklı ihtiyaçlarının bulunduğu dikkate alınmalıdır. Özel düzenleme ile “çocuğun yüksek yararının” temel ilke olarak Anayasa’ya eklenmesi yerinde olacaktır. Düzenlemede, yasama, yürütme ve yargı için çocuğun yüksek yararının bağlayıcı bir ilke olduğu belirtilmelidir. Ayrıca, kanun koyucunun bu ilkenin hayata geçirilmesi için gerekli tedbirleri alacağına yönelik bir ibare de konulmalıdır.

ÖNERİ 4: Çocuğun yüksek yararı kavramı esas alınarak mevzuatta ek düzenlemeler yapılmalıdır.

ÇKK 4’te yer alan temel ilkeler arasında “çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi” bulunmaktadır. Kavram bakımından çocuğun yararını ön plana çıkaran diğer düzenlemelerdeki tanımlarla yeknesaklık sağlanması adına Kanuna çocuğun yüksek yararı ile ilgili eklemeler yapılmalıdır.

MEDENİ HUKUK İLE İLGİLİ ÖNERİLER⁷⁶

ÖNERİ 6: MK 449 hükmüne ekleme yapılmalıdır.

MK 449 hükmüne “...gibi ekonomik ve şahsî yönden ağır sonuçlar doğuracak hukukî işlemler” ifadesinin eklenmesi yerinde olur. Alman Medeni Kanunu (BGB) uyarınca da bu ağır işlemler çocuğu ağır sorumluluk altına soktuysa, erginliğinden sonra sadece çocuğun malvarlığı ile sorumlu olacağına yönelik bir düzenleme bulunmaktadır.

⁷⁶ Bu bölüm, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Doç. Dr. Aslı Makaracı Başak ve Ar. Gör. Gülen Sinem Tek tarafından yazılmıştır. Bölüm yazılırken kullanılan kaynaklar: 1-Mustafa Dural/ Tufan Ögüz/ Alper Gümüş, Aile Hukuku, İstanbul 2016; 2-Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2016; 3-Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, İstanbul 2015; 4-Gülçin Elçin Grassinger, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul 2009; 5-Mustafa Dural/ Turgut Öz, Türk Özel Hukuku, C. 4, Miras Hukuku, İstanbul 2015; 6- Rona Serozan, Çocuk Hukuku, İstanbul 2005. 7- Gülen Sinem Tek, “Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler”, in Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 103-130. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları için başvuru internet sitesi: [http://hudoc.echr.coe.int/tur#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{) (çevrimiçi, 09.08.2016).

ÖNERİ 7: Çocuğun yapacağı bazı hukuki işlemlerde yasal temsilci rızası aranmamalıdır.

Bazı işlemlerde, örneğin isim değişikliğinde, yasal temsilcinin rızasının aranmaması yerinde olur.

ÖNERİ 8: Çocuğun rıza göstereceği işlemler bakımından yeni düzenlemeler gereklidir.

Kanaatimizce ve medeni hukukçuların kendi aralarında yapmış oldukları tartışmalarda, öncelikle rıza gösterme hakkının ayırt etme gücüne sahip çocukta olması gerektiği görüşü kabul edilmektedir. Anne ve baba ise çocuğa karar vermesinde destek olmalıdır. Önemli hastalıklarda çocuğun ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı daha katı olarak değerlendirilmelidir.

ÖNERİ 9: Çocuğa yönelik bir tıbbi müdahale olarak sünnet ve nesep ilişkileri konusunda tıbbi gelişmeler ışığında değişiklik yapılmalıdır.

Kişinin vücut bütünlüğüne yapılan müdahale ancak tedavi amaçlı ise hukuka uygundur. Bu açıdan sünnet de bir tedavi olarak görülmektedir. Ancak Türkiye'nin bazı bölgelerinde kadın sünnetinin yapıldığı çeşitli tartışmalarda ifade edilmiştir. Bunun önlenmesi için devletin sıkı tedbirler uygulaması ve belki suç türü olarak düzenlemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Son yıllarda Alman mahkemeleri tarafından yaralama suçu olarak tavsif edilen erkek sünneti üzerine Alman hukukunda değişiklik yapılarak hukuka uygunluk nedeni yaratılmıştır.⁷⁷

Diğer taraftan, MK'nın soy bağına ilişkin hükümlerinin, tıptaki gelişmeler karşısında yetersiz kaldığı görülmektedir. Özellikle de Üremeye Yardımcı Tedaviye Yönelik Yönetmeliğe aykırı uygulamalarda çocuğun yararının gözetilerek soy bağıнын belirlenmesi yerinde olacaktır.

ÖNERİ 10: Çocuğun soyadının belirlenmesi açısından değişiklik yapılmalıdır.

Mevcut uygulamada, evlilik dışı doğan bir çocuk, babası tarafından tanındığı takdirde, annesi ile birlikte yaşıyor olsa da, babasının soyadını almaktadır. Oysaki,

⁷⁷ NUHOĞLU Ayşe, Sünnet ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi Yıl:2013 C.9, S. 12.

bunun değiştirilmesi ve baba tarafından tanıma gerçekleştirilse dahi, çocuğun birlikte yaşadığı ebeveyninin soyadını alabilmesi mümkün kılınmalıdır.

ÖNERİ 11: Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ile MK hükümleri arasında bağlantı kurulmalıdır.

Gelişen biyoteknolojiyle beraber üremeye yardımcı tedavi yöntemleri konusunda her gün yeni adımlar atılmaktadır. Bu nedenle geliştirilen yeni yöntemler ile MK hükümleri arasında bağlantı kurulması önem taşımaktadır. Yalnızca tüp bebek tedavisi ile yetinilmeyip taşıyıcı annelik gibi diğer yöntemlerin de düzenleme kapsamına alınması gereklidir.

ÖNERİ 21: Çocuğa dinini seçme imkanı tanınmalıdır.

Çocukların kimliklerinde din hanesinin boş bırakılması ve mukayeseli hukuk (örneğin İsviçre) örneklerinde olduğu gibi, çocuğun 16 yaşında dinini kendisinin seçmesi ardından din hanesinin doldurulması imkanı tanınmalıdır.

ÖNERİ 12: Koruyucu aile veya kuruma yerleştirme ile ilgili düzenlemelerde çocuğun yüksek yararı gözetilmelidir.

Çocukların bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesini düzenleyen MK 347'deki hüküm muhafaza edilerek, çocuğun yüksek yararı ilkesi de gözetilerek, ifadenin daha yumuşak bir hale getirilmesi düşünülebilir. Her ne kadar MK 347/II'de ailenin huzurunu bozma ile kastedilen manevi açıdan terk edilme durumu olsa da, madde mevcut şekliyle okunduğunda adeta çocuğun ailesine karşı bir tehlike yarattığı anlamı çıkmaktadır.

Uygulamada özellikle uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan çocukların ailelerinin bu hükme dayanarak çocuğun alınmasını istediği görülmektedir, ancak aynı sonuca başka bir hükümle (MK 446) de ulaşılabilmektedir. Bu konuda gerekli önlemlerin Çocuk Koruma Kanunu'nda düzenlenmesi düşünülebilir.

Dikkat edilmesi gereken bir husus, koruyucu aile yanındaki çocukların MK 346-347'den istifade edemiyor olmasıdır. Bu bir eksikliktir. MK 347/I'de kurum veya aile yanına yerleştirme zorunluluğu bulunmamaktadır. Çocuğu kendini yakın hissettiği bir kişinin yanına yerleştirmek de mümkündür.

İsviçre MK 310'da da bu durum düzenlenmektedir. “Aile” yerine “ilişki” kavramı kullanılmakta; yani çocuğun ailesiyle ilişkisi bozulduğunda bu hüküm uygulanmaktadır.

MK 347/II lafzı bu açıdan da değiştirilmelidir. Koruyucu aile yanındaki çocukların da MK 346 vd. hükümlerden faydalanmaları sağlanmalıdır. Çocuğun yerleştirileceği yerin muhakkak bir kurum ya da aile yanı olması aranmamalıdır.

ÖNERİ 50: Gerekli olan hallerde çocuğa kayyım atanmalıdır.

Adliye içinde uzmanlardan oluşan bir ekip kurulmalı ve bunlardan biri çocuğa kayyım olarak atanmalıdır. Çocuğun hukuk yargılamasında menfaatlerini gözetecek uzman bir kişi olmalıdır. Bu uzman, davayı devamlı takip edecek, çocuk hakkı ihlali olduğunda müdahale edebilecek ve çocuğun haklarını savunacak bir kişi olmalıdır.

ÖNERİ 23: Ortak velayet konusu irdelenmelidir.

MK 182 hükmü değiştirilip, ortak velayeti de kapsayan bir düzenleme getirilmelidir. Söz konusu düzenlemede, kural eşlerden birine velayet hakkının verilmesi şeklinde düzenlenmeli; ancak, eşlerin anlaşması ve durumun gerektirdiği hallerde hakimın ortak velayete de karar verebileceği öngörülmelidir.

Velayet çerçevesinde özellikle incelenmesi gereken problemler alanlar ele alınırken, çocuğun velayeti kendisine bırakılmayan ebeveyn ile ilişkisi, çocuk teslimi, çocukların yerleştirilmesi, çocuğun soyadı ve yasak işlemler dikkate alınmalıdır.

ÖNERİ 25: Evlat edinme kolaylaştırılmalıdır.

Evli çiftlerin evlat edinmesindeki ikinci alternatif koşul olan yaş kaldırılmalıdır.

Eşin çocuğunun evlât edinilmesi durumunda, evlât edinilen çocuğun velisinin velâyet hakkını kaybetmesi söz konusu olmaktadır. Bu hususta kanunda açık bir boşluk bulunmaktadır. Bu halde velâyet hakkının devam ettiği konusunda Medeni Kanun m. 314'e açık hüküm getirilmelidir.

MK 314 /IV'te küçüklerin evlât edinilmesinde evlât edinenin adı yazılır denmektedir. Evli kişilerin evlat edinmesinde bu husus bir problem yaratmaz iken, bekar bir kişinin evlat edilmesinde, diğer cinsteki ebeveynin isim hanesinin nasıl doldurulacağına ilişkin boşluk vardır. Dolayısıyla uygulamada burada da sorunla karşılaşılmaktadır.

ÖNERİ 26: Evlat edinme ilişkisinde miras hakkı gözden geçirilmelidir.

Evlatlık ile evlat edinen arasındaki evlat edinme ilişkisi tam evlat edinme şeklinde olmalı ve çocuğun biyolojik anne babası ile soy bağı kesilmelidir. Modern hukuk doktrini ve kanunlarındaki eğilim bu yöndedir. Mevzuatımız olan İsviçre’de de tam evlat edinme getirilmiş ve çocuğun gerçek anne ve babası ile soy bağı ilişkisinin kesildiği düzenlenmiştir. Biyolojik anne babanın miras hakkı bulunmadığı özel olarak düzenlenmelidir.

İCRA HUKUKU İLE İLGİLİ ÖNERİLER***ÖNERİ 13: Çocuğun icra yoluyla tesliminde çocuğu koruyan düzenlemeler yapılmalıdır.***

Mevzuatın, Avrupa Konseyi Sözleşmesi’ne uyarlanması gerekir. Bu çerçevede çocuk tesliminin, icra dairelerinden alınıp, aile mahkemelerinin görev alanına dahil edilmesi önerilebilir. Hatta aile mahkemesine olay intikal ettirilmeden önce, zorunlu arabuluculuk da gündeme gelebilir. Uzman bir ekip oluşturulmalıdır. Para cezası veya hapis cezasıyla meselenin çözülemeyeceği aşıkardır. Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hakim kararı rutine dönüşmüş şekilde ihlal ediliyorsa ve çocuk, velayeti kendisine bırakılmamış olan ebeveyn ile görüştürülmüyorsa, velâyet kaldırılabilir. Kaldı ki kişisel ilişki kurulmasına izin vermemek zaten velayetin kaldırılması sebebidir.

Boşanma sırasında, çocuğun velayeti kendisine bırakılmayan ebeveynin, çocuğu icra marifetiyle görmesi gerekirse, yolluk, araç ve uzman ücretini yatırması gerekmekte ve bu durum ise ayda iki kere görüşmeye hükmedilmişse 500 TL civarında bir masraf gerektirmektedir. Ekonomik durumu iyi olmayan kişiler, karşı taraf çocuğu kendi rızasıyla göstermek istemezse, bu tutarı ödeyemediğinden çocuk ile fiilen görüşmemektedir.⁷⁸

⁷⁸ Bu sorunu kamuoyunun dikkatine sunan Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı Ömer Uğur Gençcan’ın görüşü için bkz. <https://www.yarinabakis.com/2016/05/25/parasi-olmayan-cocugunu-goremiyor-trajediye-son-verin/> (çevrimiçi, 09.08.2016).

Çocuk ile görüşme sonrasında, icra memurunun çocuğu anne ya da babasına haciz tutanağı ile teslim etmesi de gerek çocuğun gerekse ebeveynin psikolojik durumunu olumsuz etkilemektedir.

ÖNERİ 44: Çocuk tesliminde harç ödenmemelidir.

Bu hizmetlerin bedelsiz olması gerektiğini düşünüyoruz. Adli yardımdan yararlanma şartları zor olduğu için bu imkandan da yararlanamayan kişiler açısından çözüm üretilmelidir. Hizmetin bedelsiz olarak yürütülmesi mümkün görülüyorsa da, devlet tarafından karşılanıp daha sonra haksız şekilde çocuğu göstermeyen ebeveyne rücu edilmesi bir çözüm olarak değerlendirilebilir.

ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK İLE İLGİLİ ÖNERİLER⁷⁹

ÖNERİ 15: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve usul Hukuku Hakkında Kanun’da çocuk odaklı kurallar kabul edilmelidir.

MÖHUK’ un velâyet ve velâyete ilişkin konularda uygulanacak hukukun tespiti için kabul etmiş olduğu düzenlemeleri incelediğimizde parçalı bir sistem görülmektedir. Bunun nedeni velâyetin bağımsız bir konu olarak ele alınmayıp, kendisini ortaya çıkartan diğer hukukî işlem ve ilişkilere tâbi tutulmasıdır (MÖHUK m. 13, 14 vd.). Böylece, evlilik içi çocuklarda evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuk, boşanmada boşanmayı düzenleyen hukuk, evlilik dışı çocuklarda ana-babanın her birinin ayrı ayrı milli hukuku, evlât edinmede evlât edinenin, birlikte evlât edinmede ise eşlerden her birinin kendi milli hukuku velâyete uygulanacak hukukun bağlanma noktalarını oluşturmaktadır.

Ortaya çıkan bu tablonun sonuçları ise olumlu değildir. Evlilik dışı çocuklarda ve birlikte evlât edinmede çocuk dışında konunun tarafı olan kişilerin milli hukuku ayrı ayrı uygulanmakta ve velâyet bu hukuka göre düzenlenmektedir. Oysa günümüzde farklı vatandaşlığa sahip kişilerin ilişkileri sonucu dünyaya gelen çocuk sayısı bir hayli fazladır. MÖHUK’ un kabul etmiş olduğu sistem bu açıdan incelendiğinde; ortada tek bir hukukî ilişki olarak karşımıza çıkan velâyetin, farklı

⁷⁹ Bu bölüm, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Yrd. Doç. Dr. Burak Huysal tarafından yazılmıştır.

hukuk sistemleri tarafından düzenlenmesi milletlerarası alanda birbiriyle çelişen pek çok velâyet kararının ortaya çıkmasına yol açmaktır. Örneğin, evlilik dışı dünya gelmiş bir çocuğun farklı vatandaşlığa sahip her bir ebeveyni kendi milli hukukuna göre velâyet hakkına sahip olabilecektir. Benzer çelişik durumların birlikte evlât edinme halinde de ortaya çıkması olasıdır. Eşlerin milli hukukları evlât edinmeye izin verirken, velâyetin idaresine ilişkin farklı düzenlemeler içerebilir.

Kanaatimizce, boşanmada velâyete uygulanacak hukuka ilişkin düzenleme de yerinde değildir. MÖHUK, velâyeti boşanmanın bir sonucu olarak kabul eden görüşü temsil etmekte ve konuyu boşanmanın sonuçlarına uygulanacak hukuka tâbi tutmaktadır (m. 14). Bir boşanma davası sırasında velâyete, boşanmayla birlikte aynı hukuku uygulamak makul bir çözüm yolu olarak kabul edilebilir. Ancak sorun boşanma davası sonrasında da velâyetin bu hukuka göre düzenlenmesidir. Örneğin, çocukları henüz iki yaşındayken boşanmış bir ana-babanın on yıl sonra dahi velâyete ilişkin olarak yapacakları talepler boşanmada uygulanacak hukuka göre değerlendirilecektir. Oysaki, artık ortada çocuk dışında ne bir evlilik bağı ne de boşanmaya bağlı bir ortak unsur bulunmaktadır. Boşanma kararı sonrasında ana, baba ve çocuk arasında velâyet hakkına temel oluşturacak yegâne bağ soybağdır. Bu soybağının evlilik içi veya evlilik dışı meydana gelmiş olması ise sadece çocuğun statüsüne ve miras hakkına ilişkin bir konu olmaktan öteye geçmez. Bu nedenle boşanma kararı sonrasında velâyete ilişkin uyuşmazlık ve taleplerde çocuk, ana ve babasına sadece soybağıyla bağlıdır. Dolayısıyla evlilik içi ve evlilik dışı dünyaya gelmiş çocuğun velâyetine farklı hukukların uygulanmasına makul bir gerekçe bulmak oldukça güç görünmektedir.

Diğer taraftan ana, baba ve çocuk üçgeninde velâyet ilişkisinin temelini çocuk oluştururken, uygulanacak hukukun tespitinde bir bağlanma noktası olarak çocuğun kişisel statüsünün tamamen dışlanmış olması günümüz hukuk anlayışından uzaktır. MÖHUK düzenlemesinin tam aksine yapılması gereken şey, velâyete uygulanacak hukukun tespitinde öncelikli ve yegâne bağlanma noktası olarak çocuğun kişisel statüsünü ilişkinin merkezine oturtmaktır.

Kıta Avrupası hukukuna yön veren ülkeler incelendiğinde; ister boşanma veya evlilikten isterse evlilik dışı bir ilişki ya da evlât edinmeden ortaya çıkmış olsun, velâyete uygulanacak hukukun tespitinde çocuğun kişisel statüsünün tek bağlanma noktası olarak ele alındığı görülmektedir. Almanya ve İsviçre velâyete çocuğun mutad mesken hukukunu uygularken, İtalya ve bazı ayırık durumlar hariç Fransa çocuğun

milli hukukunu uygulamaktadır. Diğer taraftan hemen hemen bütün ülkeler uygulanacak hukuka ilişkin bağlanma noktalarının tespitinde en üst noktaya çocuğun öncelikli ve üstün yararını oturtmuştur.

Evlilik dışı dünyaya gelen çocuklarda velâyete çocuğun milli hukuku, ana-babanın milli hukuku veya doğum yeri hukukundan hangisi soybağını kuruyor ise, o hukuk uygulanır (MÖHUK m. 16 ve 17). Ancak maddenin bu düzenlemesi, özellikle evlilik dışı dünyaya gelmiş çocuklar açısından soybağının çocuğun milli hukukuna göre kurulamadığı durumlarda, yukarıda belirttiğimiz tüm sakıncaları içerisinde barındırmaktadır. Çünkü velâyete uygulanacak hukukun tespitinde, ikinci bağlanma noktası olsa da, yine ana ve babadan her birinin kendi milli hukuku hakim olacaktır. Bu durum velâyete ilişkin olarak milletlerarası alanda çelişik kararların ortaya çıkmasına ve ana-babadan her birinin kendi milli hukukuna göre çocuğun velâyetine sahip olmasına yol açacaktır.

Diğer taraftan soybağının çocuğun milli hukukuna göre kurulamadığı durumlarda, çocuk ile ana veya babanın aynı devlet vatandaşı olma olasılığı oldukça yüksektir. Bu durum ise üçüncü derece bağlanma noktası olan doğum yeri hukukuna bağlanması sonucunu ortaya çıkartacaktır. Doğum yeri bağlanma noktasının velâyet ilişkisini de idare edecek olması ise, velâyetin tesadüfi sonuçlarla ortaya çıkabilecek bir hukuka tâbi olmasına yol açacaktır. Kişilerin sadece doğum anında bulundukları bir ülkenin hukukunun, normal şartlar altında 18 yıl sürecek bir ilişkide bağlanma noktası olarak kabul edilmesi, devletler özel hukukun olayla en yakın irtibatlı yer hukukunu bulma amacıyla da ters düşer.

Kanaatimizce sorun velâyetin başka bir hukukî ilişki için öngörölmüş olan bağlanma noktalarıyla idare edilmek istenmesinden kaynaklanmaktadır. MÖHUK'un 16. maddesinde kabul edilmiş olan bağlanma noktalarının, çocuk ile ana ve baba arasında soybağının kurulması bakımından uygun bir düzenleme olmasına karşın, görölmektedir ki, aynı bağlanma noktalarının velâyeti de idare edecek olması pek çok sorunun doğmasına neden olabilecektir⁸⁰.

Boşanma ve evlât edinmede velâyete uygulanacak hukuk MÖHUK ile aynı düzenlemeye tâbi tutulmuştur. Bu bakımdan yukarıda belirtmiş olduğumuz sakıncaları aynen tekrar etmekle yetiniyoruz. Ancak velâyete ilişkin teklifin sakıncaları bununla sınırlı değildir. Velâyete uygulanacak hukuka genel olarak

⁸⁰Oysaki, velâyet konusunda soybağı, velâyet hakkına sahip olabilmenin bir ön koşulu olup kurulduktan sonra velâyet üzerinde bir etkiye sahip değildir.

baktığımızda iki farklı düzenleme görülmektedir. Şöyle ki, evlilik içi ve evlilik dışı dünyaya gelmiş çocukların velâyetinde ilk derecede çocuğun kişisel statüsünün, boşanma ve evlât edinmede ise ana ile babanın (veya birlikte evlât edinen eşlerin) kişisel statülerinin hakim olduğu görülmektedir. Böylece yabancı unsurlu velâyet davalarında bir kısım uyuşmazlıklar çocuğun milli hukukuna, bir kısım uyuşmazlıklar ise ana ve babanın milli hukukuna göre çözümlenecektir. Sonuç olarak MÖHUK'ta velâyete uygulanacak hukuk konusunda bir hukuk birliği sağlanamamıştır.

Sorunun aşılması için ailevi statüye bağlanılarak bir birlik sağlanması düşünülebilir. Ancak, her çocuk bir aile ortamında dünyaya gelmez. Ayrıca ailevi statünün ne kadar devam edeceği de belirsizdir, çünkü ebeveynlerin boşanması durumunda böyle bir statüden de bahsedilemeyecektir.

Kanaatimizce velâyet ve velâyete ilişkin yabancı unsurlu olaylarda uygulanacak hukukun tespitinde tek bir bağlanma noktası kabul edilmelidir. Bu bağlanma noktası ise velâyet ilişkisinin merkezini oluşturan 'çocuğun kişisel statüsü' olmalıdır. Bu aşamada karşımıza iki seçenek çıkar. Bunlardan biri çocuğun milli hukuku, diğeri ise çocuğun mutad mesken hukukudur⁸¹.

MÖHUK'un genel düzenlemesine baktığımızda milli hukukun tercih edildiği açıktır. Ancak çocuk gibi bağımsız bir iradeye sahip olmayan kişiler açısından milli hukukun tercih edilmesi her zaman uygun olmayabilir. Yetişkin bir kişi, tâbi olacağı hukuku çeşitli araçlarla değiştirme şansına sahip iken, çocuk bu olanaktan yoksundur. Diğer taraftan devletlerin genel eğilimi, ülkede bulunan çocuklara mutad mesken veya *lex fori* bağlanma noktalarını uygulayarak, kendi hukukuna tâbi kılmaktır. Aslında bu düzenleme yerindedir. Çünkü bir çocuğun korunması ve onun hakkında sağlıklı karar verilmesi bakımından en uygun hukuk, çocuğun fiilen bulunduğu ve yaşadığı devletin hukukudur. Ayrıca yabancı ülke hukukuna göre alınmış kararların iç hukuk düzenleriyle bağdaşmama olasılığı, çocuğun korunması bakımından istenen sonuçlara ulaşılmasını da engelleyebilecektir. Bu bakımdan, mahkemelerimizin yurt dışında yaşayan Türk çocuklarının velâyetine ilişkin olarak Türk Hukukunu uygulamak

⁸¹ Yerleşim yeri bağlanma noktası ise çocuğun kişisel statüsüne ait bir bağlanma noktası olmakla birlikte velâyeti idare etmeye uygun değildir. Çünkü çocuğun yerleşim yeri bağımlıdır ve bu yer velâyeti altında bulunduğu kişinin yerleşim yeridir. Dolayısıyla çocuğun yerleşim yerinin tespiti ancak kimin velâyeti altında olduğunun belirlenmesiyle mümkün olacaktır ki, bu da bizi bir kısır döngünün içine çeker.

suretiyle verecekleri kararlar, yabancı ülkelerde⁸² bir etki doğurmayacak ve Türkiye’de başka bir velâyet düzenlemesinin, çocuğun yaşadığı ülkede farklı bir velâyet düzenlemesinin ortaya çıkmasına yol açacaktır. Bu durum ise çocuk bakımından arzu edilen bir sonuç değildir.

İfade etmiş olduğumuz bu sakıncalara vatandaşlık bağlanma noktası için getirilmiş olan eleştiriler⁸³ de eklendiğinde velâyet ve velâyete ilişkin yabancı unsurlu olaylarda en uygun bağlanma noktası olarak karşımıza çocuğun mutad mesken hukuku çıkar.

Ancak milli hukuk ve mutad mesken hukuku arasında yapılacak seçimde, devletin hukuk politikası da önemli bir yer tutar. Türkiye gibi göç veren ülkelerde, yurt dışında yaşayan çocukları ülkeye bağlamak açısından milli hukukun uygulanması makul karşılanmalıdır. Sonuç olarak yapılacak tercihte olması gereken hukuk ile devlet politikası arasında yapılacak seçim, belirleyici rolü oynayacaktır.

ÖNERİ 14: MÖHUK’a velayet konusunda özel bir düzenleme eklenmesi gereklidir.

Belirttiğimiz nedenlerle MÖHUK’a velayet ile ilgili özel bir düzenleme getirilmesi gerekmektedir. Bu düzenleme şu şekilde yapılabilir.

VELAYETE UYGULANACAK HUKUK

“ (1) Evlilik birliğinin devamı süresince çocuğun velayetine evlilik birliğini yöneten hukuk uygulanır.

(2) Evlilik birliği dışında bulunan çocuklar ile evlilik birliğinin sona ermesi sonrasında çocukların velayetine çocuğun mutad mesken hukuku uygulanır.

(3) Evlat edinilen çocukların velayetine çocuğun mutad mesken hukuku uygulanır.

⁸² Şu da gözden kaçırılmamalıdır ki, 1961 La Haye Anlaşmasını tadil eden 1996 La Haye Anlaşması tek bağlanma noktası olarak çocuğun mutad mesken hukukunu kabul etmiştir. Bu anlamda Türkiye bu Sözleşmeye sadece çocuğun Türkiye’de bulunan malları bakımından Türk hukukunu uygulama yönünde bir çekince koymuştur.

⁸³ Herkesin bir vatandaşlığı olmayabilir (çifte vatandaşlık ve vatansızlık hali). Aynı şekilde federal yönetim biçimiyle yönetilen devletlerin vatandaşları açısından da vatandaşlık uygun bir bağlanma noktası değildir. Diğer taraftan kişinin bir vatandaşlığı olsa bile kişi sığınmacı olabilir ve o kişiye kaçmak için hayatını tehlikeye attığı bir ülkenin hukukunu uygulamak adalet kavramıyla bağdaşmaz. Nitekim 1996 tarihli La Haye Anlaşmasının 6. maddesinde gereğince mülteci ve sığınmacı konumundaki çocuklar için gerekli koruma tedbirleri alma konusunda çocuğun bulunduğu devletin adli ve idari makamları yetkilendirilmiştir.

(4) Çocuğa ilişkin önemli bir tehlikenin bulunduğu durumlar ile acil tedbirler alınması gereken durumlarda hakim Türk hukukunu da uygulayabilir.”

ÖNERİ 16: Çocukla ilgili kararların tanınması ve tenfizi dikkatle gerçekleştirilmelidir.

Çocukla ilgili kararların tanınma ve tenfizi ile ilgili de sıkıntılar da vardır. Bu ilamlar zamanaşımına uğramaz. 10 yıl önce yabancı ülkede alınan velayet kararını, Türk hakimini aynı şekilde tanıyıp tenfiz etmek zorunda kalmaktadır. Zira fiili olarak esasa girememektedir. Ancak bu süreçte durum değişmiş, çocuğun kendisine bırakıldığı ebeveyn alkolik hale gelmiş olabilir. Oysa talepler otomatik olarak tanınmayıp, çocuklarla ilgili her durum kendi özellikleri içinde değerlendirilmelidir.

Kanaatimizce sorunun çözümü, velâyet ve velâyete ilişkin konularda re’ sen araştırma ilkesinin devreye girmesiyle çözümlenebilir. Tanıma ve tenfiz yargıcı, MK m. 351’ den aldığı yetkiye dayanarak, önüne gelmiş olan yabancı velâyet kararını (kararın gerekçesinde belirtilmiş olan durumların hâlen güncel olup olmadığını) tarafların talepte bulunmasına ihtiyaç duymaksızın inceleyecek ve yabancı mahkeme kararının gerekçelerinin hâlen geçerli olduğuna kanaat getirmesi halinde, diğer şartların da var olması koşuluyla, tanıma ve tenfiz talebini kabul edecektir. Yapılan inceleme sonucunda yargıç, yabancı velâyet kararında yer alan gerekçeleri artık mevcut olmadığına ve geçen süre içerisinde durumun değişmiş olduğuna kanaat getirirse; böyle bir kararın çocuğun yararıyla bağdaşmadığına ve yabancı mahkeme kararının tanınıp tenfiz edilmesinin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olacağına karar vererek, talebi reddedecektir. Ancak burada sadece tanıma ve tenfiz talebinin reddedilmesi yeterli olmayıp, velâyetin yeni duruma göre re’ sen düzenlenmesi de gerekmektedir.

Sorunun aşılması bakımından hakimlere yönelik bir eğitim programının düzenlenmesi düşünülebilir. Bu kapsamda özellikle ülkemiz bakımından henüz yeni yürürlüğe girmiş olan 1996 tarihli La Haye Anlaşmasının tanıma ve tenfize ilişkin hükümleri ve bu hükümlerin uygulanması bakımından da bir bir eğitim çalışması yapılması faydalı olacaktır.

ÖNERİ 17: Çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa, mutat mesken hukuku uygulanmalıdır.

Evliliğin genel hükümleri ve boşanma hallerinde çocuğun mutat mesken hukuku uygulanmalıdır. Soy bağında da zaten çocuğun hukuku temel alınmaktadır. Evlilik birliğindeki tedbirlerde, anne ve baba aynı hukuka tabi olduğundan çok sıkıntı yaşanmamaktadır fakat acil tedbirler açısından çocuğun mutat meskeninin hukukunun uygulanacağına dair bir hüküm sevk etmek yerinde olacaktır. Boşanma sırasındaki tedbirlerde çocuğun mutat meskeni ya da milli hukuku uygulanabilir. Göç veren ülkeler milli hukuku, göç alan ülkeler ise mutat mesken hukukunu uygulamayı tercih etmektedir. Türkiye'nin bu durumun neresinde olduğu tartışmalı olsa da, çocuğun üstün menfaatini dikkate alarak mutat mesken hukukunu uygulamak, çocuk için acil önlemler alınması gerektiği için daha uygun olacaktır.

ÖNERİ 18: Türk ve Rus vatandaşlarının evliliklerinde çifte vatandaşlı çocuklar açısından yaşanan sorunlar giderilmelidir.

Kişisel ilişki ve velayetin tesisi konusuyla da bağlantılı olan bu konuda, Türk vatandaşlarının uygulamada karşılaştığı önemli bir sorun Rus vatandaşları ile Türk vatandaşlarının evliliklerinden doğan çifte uyruklu Türk vatandaşı çocuklarda yaşanmaktadır. Bu evliliklerde Rus vatandaşı eş çocuğu Rus pasaportu ile Türkiye dışına çıkartmakta ve bir daha da babayla ilişki kurmasına izin vermemektedir. Türkiye ile Rusya arasında söz konusu sıkıntıya ortadan kaldıracabilecek bir ikili ya da çok taraflı anlaşma da mevcut değildir. Belirttiğimiz sıkıntıların ortadan kaldırılması, Türk eşlerin mağduriyetinin ötesinde çocuğun diğer ebeveyn ile görüşme hakkının tesisi bakımından iki ülke arasında bir anlaşma imzalanarak sorunun çözülmesi gerekmektedir.

İŞ HUKUKU İLE İLGİLİ ÖNERİLER⁸⁴

⁸⁴ Bu bölüm, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Yrd. Doç. Dr. F. Burcu Savaş Kutsal ve Ar. Gör. Şebnem Kılıç tarafından yazılmıştır.

ÖNERİ 22: Çocukların sendikaya üye olma hakkı genişletilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nda 15 yaşın altındaki çocukların çalıştırılmasına ilişkin bazı esnek hükümler getirilmiştir. Sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde öngörülen yeni düzenlemelere paralel olarak bu faaliyetler açısından sendikaya üyelik yaşının genişletilmesi düşünülebilir. Böylece sendikalar da çalışan çocukların sorunlarına eğilerek, bu konuda çalışmalar yapmaya teşvik edilmiş olur.

Durum, TCK 118'deki, sendikal hakların kullanılmasını engelleme suçu dahilinde de düşünülmelidir.

ÖNERİ 28: Sosyal güvenlik ödemeleri yükseltilmelidir.

ÇHS 26 kapsamında yapılması gereken ödemelerin sembolik rakamlardan kayda değer rakamlara yükseltilmesi durumunda sosyal güvenlik açısından büyük anlam ve değeri olacaktır. Ayrıca çocuğun kendi çalışmasından kaynaklanan sosyal güvenlik hakları da güvence altına alınmalıdır. Bkz. Öneri 32

ÖNERİ 29: Zorunlu eğitim yaşı ile istihdama başlama yaşı arasında uyum sağlanmalıdır.

Türk Hukukunda ise çocuk işçi 4857 sayılı İş Kanunu'nda tanımlanmaktadır. Kanunu'nun madde başlığı (İşK 71) doğru olmakla beraber çocuk işçi bakımından verdiği tanım uluslararası hukuka uygun değildir. Zira Kanun, çocuk işçiyi 14 yaşını tamamlamış; fakat 15 yaşını tamamlamamış ve zorunlu eğitimini bitirmiş işçi olarak kabul etmektedir. Bu tanım açısından çocuk işçiliği Türk hukuku açısından hukuka uygun bir çalışma biçimi olarak görülmektedir, ancak söz konusu tanımın değişmesi ve uluslararası hukuka uyumlu hale getirilmesi lazımdır.

Bunun yanı sıra Kanun, 15-18 yaşındaki çalışanları da genç işçi olarak tanımlanmaktadır. Böyle bakınca genç işçi tanımı ILO ile uyumlu gözükmekteyse de zorunlu eğitim yaşına ilişkin olarak bir boşluk doğmuş olmaktadır. ILO'ya göre, zorunlu eğitim yaşı ile istihdama başlama yaşı arasında bir paralellik gözetilmelidir. Ülkemizde 13 yaşında zorunlu eğitim hayatından çıkan çocuk, (hafif işler dışında) ancak 15 yaşında hukuka uygun bir çalışma içine girebilmekte, arada geçen dönemde çalışma hayatına girmek zorunda kalan çocuklar hukukun koruması dışında kalmaktadır. İstihdama kabul yaşının düşürülmesi kabul edilemeyeceğinden zorunlu eğitim yaşının yükseltilmesi gerekmektedir.

ÖNERİ 31: Genç işçiler için yapılan sağlık denetimleri artırılmalı ve tehlikeli ve çok tehlikeli işlerde gençlerin çalıştırılmayacağı hususu açıkça ve kanun tarafından güvence altına alınmalıdır.

Çalışma ilişkisi başlamadan evvel belirli bir işin, belirli bir çocuğa uygunluğuna yönelik bir rapor istenmesi gerekmektedir. Her çocuk özelinde, işle bağlantılı bir rapor alınması lazımdır. Zira çocuk işçiliği açısından belirleyici olan, çocuğun yaşı olduğu kadar yaptığı işin çocuğun bedensel, ruhsal ve zihinsel gelişimi açısından tehlike oluşturup oluşturmadığıdır. Şayet böyle bir tehlike söz konusu ise çocuğun yaşı 15 ve üzeri dahi olsa o çocuk hukuka aykırı bir çalışma yürütmüş sayılır ve uluslararası hukuk açısından çocuk işçi kabul edilir. Keza çalışma ilişkisi devam ederken de periyodik raporlar alınması zorunlu olmalıdır. Bu hususta sosyal inceleme raporu benzeri bir rapor alınması da düşünülmelidir.

Ayrıca 18 yaşını geçmeyen kişilerin çalışamayacağı işlerin düzenlenmesi gerektiği Kanun'da belirtilmiş, ne var ki bu kategori ne Kanun'da ne de yönetmelikle açıkça düzenlenmiştir. Çocuk, tehlikeli işlerin sonucunu anlayamadığından, konu hakkında bilgilendirilmesi özel önem taşımaktadır. Keza çocuk hakları açısından konunun yönetmelik veya tüzük yerine kanunla düzenlenmesi hukuken daha koruyucu olacaktır.

ÖNERİ 32: Sosyal sigortalılık süresi açısından çocuğun çalışması nazara alınmalıdır.

Bütün uzun vadeli sigorta kollarında, sigortalılık süresinin 18 yaşından itibaren başlatılmasının ve dolayısıyla çocuklar bakımından daha erken yaşlarda istihdam piyasasında geçirilen sürelerin sigortalılık süresinden sayılmamasının önüne geçilmelidir. Zira özel olarak korunması gereken bir grup olarak çocukların, sigortalılık süresine bağlı haklar bakımından diğer çalışanlara kıyasla dezavantajlı hale getirilmesi kabul edilemez.

ÖNERİ 34: İşverene yönelik tazminat yanında özel hukuk cezasının öngörülmesi ve bu miktarların çocuk lehine güvence altına alınması düşünülmelidir.

Kötü koşullarda çalıştırılması nedeniyle zarara uğrayan çocuğun hak kazandığı tazminatlar yanında işverene verilen bir özel hukuk cezası belirlenebilir. Bu tutarın çocuk adına bir banka hesabına da depo edilmesi, böylelikle tazminatın ebeveyn tarafından kullanılmasının engellenmesi de düşünülebilir.

ÖNERİ 30: Çocuk ve genç işçi kategorilerinin yeniden düzenlenmesi gereklidir.

Çocuk ve genç işçilerin çalışabilecekleri kategoriler de hukuken problemlidir. Tutarlı bir kategorilendirme bulunmamaktadır. İşK 71'e dayanan yönetmeliğe göre; 14-15 yaşındaki çocuklar hafif işler yapabilmektedir; ancak Yönetmelik Ek 1'de 15-18 yaş ve 16-18 yaş için ayrı ayrı işler belirlenmiş bulunmakta ve bunlar birbiriyle örtüşmemektedir. Yapılması gereken; 15-16 yaş arasında çalışanların ayrı, 16-18 yaş arasında çalışanların ayrı sınıflandırılmasıdır.

ÖNERİ 33: Tarımda çalışan çocuklara özel düzenleme yapılmalıdır.

Tarım İş Kanunu hazırlanıp yürürlüğe konulmalıdır. Böyle bir düzenleme yapılana kadar tarımda çalışan çocuklar için genel kanunlara hükümler konulmalıdır. Özellikle en tehlikeli çocuk çalışma biçimlerinden olan gezici ve geçici tarımda çalışan çocuklara ilişkin denetimler artırılarak tedricen bu alandaki çocuk çalışmasına son verilmelidir.

KORUYUCU VE DESTEKLEYİCİ TEDBİRLER UYGULANMASI İLE İLGİLİ ÖNERİLER

ÖNERİ 49: Koruyucu ve destekleyici tedbir kararı veren ayrı bir hakimlik makamı oluşturulmalıdır.

Çocuk hukukunda önce tehlike içinde bulunan bir çocuğun korunması için veya ailesinin desteklenmesi bakımından tedbir kararları verilmesi söz konusudur. Suça sürüklenen çocuk tarafından bir suç işlendiği durumlarda ise ceza muhakemesi hukukunun öngördüğü tutuklama vb. koruma tedbirleri gündeme gelir. Gerek korunması gereken çocuk ve gerekse suça itilen çocuk bakımından tek bir mahkemenin yetkili olması daha uygun olacaktır. Çocuk Koruma Kanunu'nda düzenlenmiş bir suç yoktur. Hem önleyici, hem koruyucu tedbir çerçevesinde, çocukların suç ya da aile boyutu düşünülmezsizin takibi açısından tek bir mahkeme tarafından bakılmasında yarar olacaktır. Alman hukukunda aynı hakim, çocukla ilgili her kararı, çocuk nereye giderse gitsin verebilmektedir, oysa ülkemizde çocuğun oturduğu yer mahkemesi yetkilidir.

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile bir bağ kurabilir. Çünkü uygulamada zaten Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı çocuk mahkemeleriyle işbirliği içinde çalışmaktadır. Çocuk mahkemesi tedbir kararı verip ilgili birime göndermektedir. Tedbir kalkmadıkça çocuk 18 yaşına gelene kadar dosya açık kalmakta ve 3 ayda bir tedbire ilişkin rapor alınması gerekmektedir. Bu gibi işlerin takibi için ayrı bir hâkimlik oluşturulması yerinde olacaktır. Diğer bir görüş, bu konuda Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın izlemeyi bizzat yapmasıdır.

Diğer taraftan, aynı konudaki talepler farklı mahkemelere gidebilmekte ve farklı kararlar çıkabilmektedir. Bu nedenle, aile, çocuk ve sulh mahkemelerinin görev sınırları nın netleştirilmesi gereklidir.

Bunun dışında asıldan gelen işler ve haricen gelen işler ayrımı yapılmaktadır. Tedbir talepleri haricen gelen iş sayılmakta ve iş yükü olarak dışarıya yansımamaktadır. Çok başlılık ve “değişik iş” yaklaşımı esas sorunları oluşturmaktadır. “Değişik işlere” hakimler, “asıl iş” gibi özen gösterememektedir, zaman ayıramamaktadır.

ÖNERİ 46: Tüm çocuklar, koruyucu ve destekleyici tedbirlerin kapsamına girmelidir.

Bazı durumlarda çocuk, koruyucu ve destekleyici tedbir sistemine girememektedir. Bunun sebebi, ailelerin işbirliği yapmamasıdır. Bu çocukları içine alacak adliye dışında bir sistem oluşturulmalıdır. Koruyucu ve destekleyici tedbir esasına dayanan bu sistem dahilinde aileye danışmanlık hizmeti verilmeli, mağdur olan, suça sürüklenen veya suça tanık olan her çocuk bu sistemden geçmelidir. Burada eğitilmiş, çocuğun savunmasını yapabilecek uzmanlar görev almalıdır.

ÖNERİ 47: Koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarına UYAP üzerinden erişilebilmesi gereklidir.

Tedbir kararlarının UYAP dahilinde toplandığı bir sistemin oluşturulmasına ihtiyaç vardır. Mevcut sisteme bu imkanı dahil edecek bir yapının oluşturulması için bakanlık nezdinde gerekli çalışmaların yapılması önerilebilir.

ÖNERİ 52: Polislere çocuk hukuku eğitimi verilmelidir.

Bütün polislere temel bir çocuk hukuku eğitimi verilmesi ve konuya uzmanca yaklaşımları sağlanmalıdır.

Emniyete yönelik iyi uygulama rehberi hazırlanması gerekir. “*Memorandum of good practice*” gibi bir uygulama kitabı emniyette bütün polisler dağıtılmalıdır. Bu tür bilgilerin yönetmelik, yönerge ya da tavsiye kuralları olarak getirilmesi düşünülebilir. Ayrıca kolluğa, çocukla nasıl mülakat yapacağını gösteren bir video sunumu hazırlanabilir. Böylece ülke çapında uygulama birliği sağlanabilir.

ÇOCUK CEZA HUKUKUNA İLİŞKİN ÖNERİLER

ÖNERİ 43: Çocuk ceza hukukunun kendine has özellikleri her zaman dikkate alınmalıdır.

Yetişkinler için uygulanan ceza hukuku kuralları uyarınca, failin kişiliği sadece cezanın belirlenmesi sırasında nazara alınabilmekte, daha önce işlediği suçlar, yargılanan fiilin ispatında kullanılamamaktadır. Şüpheli hakkındaki suç işleme şüphesi yeterli dereceye henüz ulaşmamış olduğundan soruşturma evresinde ‘kişilik yapısının tespiti’ yapılamamaktadır. Kişilik araştırması ancak kovuşturma evresinde yapılabilmektedir. Çocuk ceza hukuku ise, yetişkinler için uygulanan ceza hukukundan çok farklıdır.

Çocuk ceza hukuku ‘fail ceza hukuku’ olduğu için, soruşturma evresinde kişilik araştırması yapılabilir ve bu kişilik bilgileri hakimler arasında, çocuğun üstün yararını korumak amacı ile paylaşılabilir.

Kişilik araştırması kişisel verilerin korunması gerekliliği ile de yakından ilgilidir. TCK 135 vd. maddeler bu konuya ilişkin suçları, PYSK 5 ve CMK 81 parmak izi ve fotoğraf konusunu düzenlemiştir. Bunun dışındaki paylaşımlar suç teşkil edebileceğinden dikkatli olunmalıdır. Ayrıca 2016 yılında yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümleri de dikkate alınmalıdır.

ÖNERİ 2: Mevzuatın uyumlu ve yeknesak hale getirilmesi, tanım açısından birlik sağlanması gereklidir.

Mevzuatımızda “çocuk” tanımı ile ilgili bir birlik yoktur. Genel kabul 18 yaşını doldurmamış küçüklerin çocuk sayılması olsa da, çeşitli alanlarda birbirinden çok farklı düzenlemeler vardır. Önerimiz, bu düzenlemelerin yeknesak hale

getirilmesidir. Terminoloji birliğinin sağlanması açısından Medeni Kanun’da da menfaat yerine “çocuğun yüksek yararı” kavramının kullanılması yerinde olacaktır.

Tanım dışında da çocuk adalet sisteminde uygulanan mevzuatın yeknesaklaştırılması yerinde olur. Medeni Hukuk, Ceza Hukuku ve diğer hukuk dalları arasında bağlantılar kurulmalı ve böylece yasaların ülke çapında uyumlu bir şekilde uygulanması sağlanmalıdır. Örneğin Çocuk Koruma Kanunu ile Sosyal Hizmetler Kanunu birbiri ile çelişmekte ve aralarında bir çatışma meydana gelmektedir.

ÖNERİ 3: Ceza sorumluluğunun aksi ispat edilemeyen kanuni karinelere bağlanması yerinde değildir, bunun değiştirilmesi gerekir.

Modern Ceza Hukuku kusur ilkesine dayanmakta, kusuru olmayan kişiye ceza verilememektedir. Kusur kavramı, ‘kusur yeteneği’ ve ‘kusurlu fiil’ den oluşur. ‘Kusur yeteneği’, biyolojik ve ruhi olgunluk ile kazanılan bir yetenektir. Bu nedenle yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı gibi haller kusur yeteneğini azaltmakta veya bazen ortadan kaldırmaktadır. Kusur yeteneği olmayanın kişinin ceza sorumluluğu da yoktur.

TCK 31/2’deki tanıma göre; ‘Kusur yeteneği’, *işlediği fiilin hukuki anlamını algılayabilmek ve işlediği fiilin sonuçlarını algılayabilmek* yeteneği ile, oluşturduğu irade ile, *davranışlarını yönlendirme yeteneğinden* oluşur (TCK 31/2). TCK’da çocuklar, 0-12, 12-15 ve 15-18 şeklinde yaş dönemlerine ayrılmış ve ceza sorumluluğu açısından farklı esaslar belirlenmiştir.

Çocuğun hukuki sorumluluğu bakımından BK 65 ve MK 369’daki düzenlemeler ihtiyaçlara cevap vermekte ise de, çocuğun cezai sorumluluğu bakımından aksi ispat edilemeyen kanuni karinelere yaratılmış olması yerinde değildir. Yaş gruplarının takvim yaşı olarak saat ve gün hesabı ile belirlendiği durumda, çocuğun gelişme seviyesinin birkaç gün içinde farklı olmayacağı düşüncesi ile bilirkişi incelemesi neticesine göre bilimsel verilere dayanarak çocuğun işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olup olmadığının belirlenmesi gerektiği görüşündeyiz.

ÖNERİ 39: Çocuk fuhşunda, müşteri konumundaki kişiler de cezalandırılmalıdır.

TCK’da çocuklara karşı işlenen suçların daha ağır cezalandırılması genel bir yaklaşımdır. Fuhuş suçunda da mağdurun çocuk olduğu durumlarda hazırlık

hareketlerinin de tamamlanmış suçu gibi cezalandırılacağı belirtilmişse de (TCK 227/1) bu yeterli değildir. TCK 227’de düzenlenen fuhuş suçunda, yer temini, aracılık, teşvik vb. fiiller cezalandırılmakla birlikte, müşteri konumundaki kişilerin de cezalandırılmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Oysaki özellikle çocukların mağdur olduğu fuhuş olaylarının önüne geçilebilmesinin bir yöntemi de bu yöndeki talebi ortadan kaldırabilmek adına müşterilerin fuhuş suçundan ceza almasının önünün açılmasıdır. Bu konuda diğer devletlere öncülük edip fuhuşla ve özellikle mağduriyetin kat be kat fazla olduğu çocuk fuhuşuyla mücadele edebilmek için Türk Ceza Kanunu’nda değişiklik yapılması ve müşterinin cezalandırılmasına ilişkin yeni suçlar ihdas edilmesi gereklidir.

ÖNERİ 24: Çocukla ilgili tüm işlemlerin hızlandırılması gereklidir.

Çözüm olarak çocukla ilgili meselelerde dosyanın diğerlerine göre öne alınmasını ve ayrıca çocuğa ilişkin hususlarda hızlı hareket edilmesi gereğinden ötürü sürelerin kısaltılmasını önermekteyiz.

ÖNERİ 20: Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nin çocuklarla ilgili davalara ilişkin hükümlerinin iç hukuka aktarılması gerekmektedir.

Bu hususta açık bir düzenlemenin yapılması, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nin 3, 4, 5 ve 6. maddelerinin iç hukuka aktarılması gerekmektedir:

Madde 3 - Davalarda bilgilendirilme ve dava sırasında görüşünü ifade etme hakkı

Yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa, bir adli merci önündeki, kendisini ilgilendiren davalarda, yararlanmayı bizzat da talep edebileceği aşağıda sayılan haklar verilir:

- a) ilgili tüm bilgileri almak;*
- b) kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek;*
- c) görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek.*

Madde 4 - Özel bir temsilci atanmasını isteme hakkı:

1. 9. madde saklı kalmak kaydıyla, iç hukuk bir menfaat çatışması nedeniyle çocuğun ebeveynlerini çocuğu temsil etme olanağından mahrum ederse, çocuğun şahsen veya diğer şahıs ve kurumlar aracılığıyla, adli bir merci önündeki kendisini ilgilendiren davalarda kendisini temsil edecek özel bir temsilci atanmasını isteme hakkı vardır.

2. Devletler 1. Paragraftaki hakkın, yalnız iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğu kabul edilen çocuklara uygulanmasını öngörmekte serbesttirler.

Madde 5 - Usule ilişkin, mümkün olan diğer haklar

Taraflar, adli bir merci önünde çocukları ilgilendiren davalarla ilgili olarak onlara usule ilişkin özelliklerle;

a) kendi görüşlerini ifade etmekle yardımcı olması için kendi seçtikleri uygun bir kişiden yardım almayı isteme hakkı;

b) kendi kendilerine veya diğer şahıslar veya kurumlar vasıtasıyla, ayrı bir temsilcinin, uygun olduğu takdirde bir avukatın tayinini isteme hakkı.

c) kendi temsil edenini tayin etme hakkı;

d) sözkonusu davalarda tarafların sahip olduğu hakların tümünü veya bir kısmını kullanma hakkı;

gibi ek haklar tanınması olanağını incelerler.

Madde 6 - Karar süreci

Bir çocuğu ilgilendiren davalarda adli merci, bir karar almadan önce:

a) Çocuğun yüksek çıkarına uygun karar almak için yeterli bilgiye sahip olup olmadığını kontrol etmeli ve gerektiğinde özellikle velayet sorumluluğunu elinde bulunduranlardan ek bilgi sağlamalıdır.

b) Çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda,

- çocuğun bütün gerekli bilgiyi edindiğinden emin olmalıdır.

- çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışmalıdır.

- çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir.

c) Çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir.

ÖNERİ 19: Çocuğun görüşünün alınması kavramı geniş yorumlanmalıdır.

Çocuğun görüşünün alınması kavramı geniş yorumlanmalı, sadece ifadeyle alınması şeklinde anlaşılmamalıdır. Çocuğun sözel olarak kendisini ifade edememesi durumunda gerekirse resim, oyun vb. araçlarla da görüşünün alınması mümkün kılınmalıdır.

ÇOCUK CEZA MUHAKEMESİNE İLİŞKİN ÖNERİLER***ÖNERİ 48: Koruma tedbiri muhakemesi için özel bir mahkeme oluşturulmalıdır.***

Koruma tedbirlerine uymamanın yaptırımını ÇKK'da gösterilmemiştir. Bu kapsamda, şartları oluştuğunda, hakimlere 'adli kontrol kararı' almaları tavsiye olunabilir. Adli kontrol kararına uymama halinde, tutuklamanın yasak olduğu suçlar için dahi tutuklama yolu açılmaktadır. Suç işlemeyi alışkanlık haline getiren çocukları suç muhitinden bir süre kurtaracağı için, bu yöntem çocuk yararına olabilir.

Koruma tedbiri kararları bakımından içtihat birliği sağlanması ve bu kararların yerine getirilmesinde yaşanan sorunların önüne geçilmesi de gerekmektedir. Ayrıca çocuk hakkında verilen koruma tedbiri kararları ile sosyal inceleme raporlarının UYAP üzerinden çocuk savcıları ve çocuk hakimleri arasında paylaşılması gereklidir.

Uygulamada görüldüğü üzere, çocuk ağır ceza mahkemeleri kendilerini çocuk hakimi gibi görmemekte ve bu nedenle suça sürüklenen çocuklar hakkında genellikle tedbir kararı vermemektedir. Gerçekten de, suça bakan mahkemenin aynı zamanda tedbiri incelemesi zor olmaktadır. Aynı şekilde, aile mahkemelerinin de aile içi sorunlar ile uğraşırken tedbirlere odaklanması mümkün olmamaktadır. Bu nedenle yapılması gereken, tedbirlere karar verecek özel bir mahkemenin oluşturulmasıdır. Böyle bir yapının bulunmaması, tedbirlerin uygulanmasını da engellemektedir.

ÖNERİ 45: Sosyal inceleme raporu (SİR) çocukla ilgili her davada alınmalıdır.

SİR, niteliği itibarıyla bir bilirkişi raporudur ve bu nedenle bütün bilirkişi raporları gibi, hakimi bağlamamakta (ÇKK 35) veya başka bilirkişiye başvurmaya (CMK 61) engel olmamaktadır. Hakimin listeden başka bir bilirkişi tayin etmesi mümkündür.

SİR ile, TCK 31/2’de belirtilen bütün unsurları kapsamak mümkün değildir. Çocuğun kusur yeteneğini takdir etmek üzere, hakim psikolog veya diğer uzmanlara da danışabilecektir.

SİR hazırlanırken elbette ki bazı hususlara dikkat edilmesi gerekmekte ve bunların başında yine çocuğun yüksek yararı gelmektedir. Bu nedenle uzmanların çocuk hakkında araştırma yaparken son derece özenli davranması önemlidir. Örneğin çocuğun okulunda yapılacak bir araştırmanın onun açısından incitici olabileceği unutulmayarak azami özen gösterilmelidir.

ÖNERİ 54: Çocuk ceza muhakemesinde kamu davasının takdiriliği sistemi kabul edilmelidir.

Çocuk ceza muhakemesi kendine özgü özellikler taşır. Bunları yansıtan bazı düzenlemeler yasalarımızda mevcuttur. Bunlarla birlikte çocuk ceza muhakemesinde temel özellik, savcıya kamu davası açmada takdir yetkisinin tanınması olmalıdır. Aynı şekilde davaya bakan mahkemenin de çok geniş takdir yetkisi ile donatılması gerekir. Böylece mahkeme, ilgili çocuğu yakından tanıyıp gözlemleyip buna göre en uygun şekilde değerlendirme yapabilme imkanına sahip olacaktır. Tabii ki bu takdir yetkisinin kullanımının her zaman için hukukun genel ilkeleri kapsamında kalacağı unutulmamalıdır.

ÖNERİ 53: Alternatif uyuşmazlık yöntemleri yaygın bir şekilde uygulanmalıdır.

Ceza hukuku bakımından uzlaşma kurumunun (CMK 253) genişletilerek yeniden düzenlenmesi gerekir. Uzlaşma kurumu hem mağdur hem de suça sürüklenen çocuk bakımından tüm suçlar için bir onarıcı adalet mekanizması olarak devreye girmelidir. İşin içinde bir çocuk olduğunda temel amaç topluma kazandırma ile rehabilitasyondur ve bu amaçların adliye binası içinde sınırlı tutularak gerçekleştirilmesi mümkün değildir.

Kanun koyucunun yapması gereken, hem hukuk yargılamasında arabuluculuk hem de ceza yargılaması bakımından uzlaşma kurumlarını genişleterek, çocukla ilgili meseleleri mümkün olduğunca hâkimin önünden çekmek ve bütüncül yaklaşım gösterecek bir kurum oluşturmaktır.

Aile hukuku bakımından, çocuğun adliye binasına girmek zorunda kalmaması için bir başka yol da aile arabulucu kavramı olacaktır. Aile uyuşmazlıklarının adliyeye intikal etmeden, çocuklar ve aileler adliye dışında tutularak çözümlenmelidir.

Türk Çocuk Ceza Adalet Sistemi ise, olması gerekenden henüz çok uzaktır. Çocuğu mahkeme önünden uzaklaştıracak alternatif sistemler ÇKK ile kısıtlı bir ölçüde kabul edilmiş ve kısmen de uygulanmaya başlanmış iken, 5560 sayılı Kanunla ÇKK'da yapılan değişiklikler ile, bu uygulamalar genel kurallara bağlanmış ve kapsam açısından çok daraltılmıştır. Yapılan bu değişikliklerin isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

ÖNERİ 41: Sivil toplum kuruluşlarının (STK) çocuk ceza muhakemesindeki işlevi genişletilmelidir.

Çocuğu mümkün olduğunca adliyeden çıkarmak ve sistem dışında tutmak gerektiğinden, bu hususta sivil toplum örgütlerinden yararlanılmalıdır. Ancak bunun için öncelikle STK'ların akredite edilmesi gereklidir. Aynı amaç için Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı bünyesinde oluşturulan bir kurumdan da yararlanılabilir ve bu kurumun mahkemeye birlikte çalışması sağlanabilir.

Diğer bir seçenek ise denetimli serbestlik bürosunun bir ekip oluşturarak çocukla ilgili işlemleri yapması olabilir. Çocuk izlem merkezlerinin bazı hastanelerin bünyesinde kurulması ve bu şekilde isimlendirilmesinin sebebi de aynı amacın gerçekleştirilmesidir.

Çocuk adalet sisteminde yeni halkalara ihtiyaç duyulmaktadır. Almanya'da hem mağdur hem fail çocuğun haklarını savunacak sivil toplum kuruluşları bulunmaktadır. Devlet tarafından bu STK'lar denetlenmekte ve finansmanlarının bir kısmı da karşılanmaktadır. Böyle yapılanmalarda belli bir alana odaklanmadan, her alandan uzman kişilerin yer alması faydalıdır. Zira, herkes çocukları korumak istese de iş yüklerinin fazla olduğu gerekçesi ile bu istek doğrultusunda layıkıyla çalışmamaktadır. İşte bu nedenle gönüllülük esasına dayanan uzmanlardan oluşan STK'ların oluşturulması önemli ve gereklidir.

Yapılan ve yapılacak tüm çalışmalarda biz misyon ve vizyon belirlenerek devamlılık sağlanmalıdır. Böylece çalışma konusu yapılan amaçların sahiplenilmesi daha kolay olacaktır. Hele ki ülkemizi ve geleceğimizi emanet edeceğimiz çocuklar söz konusu olduğunda iş yükü, iş yüzdesi gibi kavramlar konuşulmamalı, amaçlar belirlendikten sonra bunlar bir kenara bırakılarak çalışılmalıdır. Yani amaç kişinin bireysel çalışmasına dönmemelidir. Her zaman için çocukların önemi göz önünde bulundurularak çalışılmalıdır.

ÖNERİ 55: Sosyal inceleme raporu (SİR) alınmadan iddianame düzenlenmemelidir.

12-15 yaş grubuna giren çocuklar (TCK 31/2) için, SİR alınmadan iddianame düzenlenmemelidir. Zira, savcı iddianamesinde sonuçta ne talep edeceğini yazmak zorundadır (CMK 170) ve buna karar verebilmek için de SİR alınması zorundadır. Eksik soruşturma yapılması, iddianamenin iadesi sebeplerinden birini teşkil etmektedir (CMK 174/1-b).

ÖNERİ 42: Çocuk vekili veya müdafii olan avukata özel eğitim verilmelidir.

Çocuklar ile ilgili konularda çalışacak avukatların da eğitim alması önemli ve gereklidir. Bu açıdan somut bir öneri olarak, Çocuk Koruma Kanunu'na bu hususa ilişkin hüküm konulmasını önermekteyiz.

ÖNERİ 56: Hakimlerin çocuk hukuku konusunda uzmanlaşması sağlanmalıdır.

Hâkimlikte uzmanlaşmanın ön planda olması gerekir. Bu uğurda özel bir eğitim verilebileceği gibi Adalet Akademisi'nde gerekirse bu konulara yönelik ek dersler konulması, psikolog ve pedagogların da burada ders vermesi düşünülebilir.

İhtisaslaşma sağlandıktan sonra ise bu mahkemelerde görevli hakimler açısından yer değişikliği olmamalıdır. Ayrıca bu uzmanlaşmaya destek sağlamak adına, çocuk mahkemelerinde mahkeme üyesi olarak psikologların bulunması da düşünülebilir.

ÖNERİ 51: Her çocuk belirli bir uzmanın sorumluluğunda olmalıdır.

Korunması gereken her çocuk belirli bir uzmanın sorumluluğuna verilmelidir. Böylece kurtarılan çocuklar bir daha sisteme geri gelmeyecektir. Bir uzmanın sorumluluğunda 10 çocuk bulunsa bile bunların aile ve kardeşleri de uzman desteğinden faydalanacağından topluma da zincirleme şekilde katkı sağlanacaktır.

ÖNERİ 57: Sisteme katılan sùjelerin daha iyi çalışmaları sağlanmalıdır.

Çocuk adalet sistemi (ÇAS) içinde görevli olan tüm kişi ve makamların özenli bir şekilde inceleme yapması gerekmesine karşın, iş yükü sebebiyle ayrıntılı incelemeler yapılamadığı bilinmektedir. Bu nedenle iş yükünün azaltılmasını sağlayacak tedbirler getirilmelidir. Özenli çalışmanın bir gereği de yapılan işin

sevilmesidir. Görevlendirilecek kişilerin çocuk ruhundan anlayan ve çocukları seven kimseler olması da önemlidir.

Yalnızca ÇAS içinde çalışan kimselerin değil tüm toplumun farkındalığının artması için çeşitli toplantılar yapılması, medya ve sivil toplum kuruluşları aracılığıyla meselenin genele yayılması önem taşımaktadır.

ÖNERİ 40: Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay nezdinde yalnızca çocuklarla ilgili davalara bakan daireler kurulmalıdır.

İlk derece yargılamasında var olan çocuk mahkemelerinin aynı şekilde ikinci derece olan istinafta ve hukuki derece olan temyizde de görev alması yerinde olur. Bu nedenle Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay nezdinde çocuk suçlarıyla ilgilenen birer daire kurulması düşünülebilir. Çocuklarla ilgili davaların, Yargıtay'ın ayrı dairelerde ele alınması, çocuk hukuku açısından içtihat yaratılmasını zorlaştırdığından bu sistemin değiştirilmesi ve böylece içtihat birliğinin sağlanması gerekmektedir.

ÇOCUKLAR HAKKINDA UYGULANAN YAPTIRIMLARA İLİŞKİN ÖNERİLER

ÖNERİ 58: Çocuk ceza hukukunun tedbir ve güvenlik tedbiri hukuku olduğu unutulmamalıdır.

Çocuk ceza hukukunda amaç, failin cezalandırılması değil, bilerek yaptığı fiilin nedenlerini araştırarak, onu suça iten sebeplerin ortadan kaldırılması, yani çocuğun korunmasıdır. Suça sürüklenen çocuk aslında 'korunması gereken' bir çocuktur. Bu nedenle Çocuk Mahkemeleri suç işleyen çocuk fail hakkında da 'koruma tedbirleri' (ÇKK 5 vd) almak yetkisine sahiptir ve bu kararları almaktadır.

15-18 yaş grubu hakkında sadece ceza indirimini uygulanması değil; yaptırımların iki izliliği prensibi doğrultusunda, gerektiğinde sadece güvenlik tedbiri veya sadece indirilmiş ceza yahut her ikisinin birlikte uygulanmasının mümkün olması gerektiğini düşünüyoruz.

0-12 yaş grubundaki çocuk hakkında yaptırım olarak sadece güvenlik tedbiri uygulanabilmektedir. 12-15 yaş grubunda güvenlik tedbiri veya indirimli ceza uygulanabilirken, 15-18 yaş grubu için sadece indirilmiş cezaya hükmedilmektedir.

Çocuklar hakkında sadece indirilmiş ceza (TCK 31/3) veya sadece güvenlik tedbiri (TCK 31/2) uygulanması yaklaşımı terk edilmelidir.

CMK 223/3, ‘kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesini’ düzenlerken, TCK 31/2 açısından, ‘cezaya hükmetme’ veya ‘güvenlik tedbirine hükmetme’ yolunu da açar şekilde düzenlenmiştir. Doğrusu, Kanunun (TCK 31) değiştirilmesi ve hakimın takdir yetkisini kullanarak, bütün çocuklar bakımından güvenlik tedbirlerine hükmedebilmesinin yolunun açılmasıdır. Ceza sadece çok istisnai hallerde şok etkisi yapmak amacı ile kullanılabilir.

Çocuğun korunmasını sağlamak için, ilk defa suç işleyen çocukların ceza adalet sistemi içine sokulmaması gerekir. Bunun yöntemi, uzlaşma gibi alternatif tedbirler uygulanmasıdır. Fakat çocuğun işlediği suç ağırsa veya çocuk suç işlemeyi alışkanlık haline getirmişse, “özgürlüğü kısıtlayan koruma tedbiri” ve “özgürlüğü kısıtlayan güvenlik tedbiri” uygulanması kaçınılmazdır. Burada da ceza değil, özgürlüğü kısıtlayan güvenlik tedbiri uygulanacağına dikkat edilmelidir.

ÖNERİ 59: Çocuğa özgü güvenlik tedbirleri düzenlenmeli ve güvenlik tedbiri muhakemesine ilişkin kurallar belirlenmelidir.

Türk Ceza Kanunu’nda çocuklar bakımından güvenlik tedbirlerinin düzenlenmemiş olması bir eksikliktir. Çocuk Koruma Kanunu’ndaki koruyucu ve destekleyici hükümlerin güvenlik tedbiri olarak uygulanması yerine, TCK 56’da değişiklik yapılarak çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Bu konuda Dönmezer Tasarısı’nda yer alan öneriler dikkate alınabilir.

Türk Ceza Kanunu’nda çocuklar açısından geçerli olan özel düzenlemeler nedeni ile, sonuç ceza bazı hallerde kısa süreli hapis cezası haline gelebilmekte ve TCK 50’de belirtilen tedbirlere çevrilebilmektedir. Bu husus rahatlık sağlamakla birlikte, çocuk ceza hukukunun ilkelerine uygun değildir. Zira, çocuk ceza adalet sisteminin içine girmekte, kirlenmekte ve korunmamaktadır. Çocuğu koruyucu ‘çocuğa özgü güvenlik tedbirlerinin’ artık düzenlenmesi gerekir. Koruyucu tedbirlerin (ÇKK 5 vd), çocuğa özgü güvenlik tedbiri olarak yorumlanması (ÇKK 11) yeterli değildir.

Güvenlik tedbiri muhakemesi hiç düzenlenmemiştir. 12 yaşından küçüklerin işledikleri suçlarda nasıl soruşturma yapılacağı ve güvenlik tedbirine nasıl hükmedileceğinin yöntem olarak yasa ile ayrıca belirlenmesi gerekir.

ÖNERİ 38: Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan hükümlü olan çocuklar hakkında sağlık tedbiri uygulanması düşünülmelidir.

Çocuklar arasında en çok işlenen suçlardan olan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, bazı durumlarda hastalık derecesine ulaşabilir. Bu gibi hallerde çocuğa uygun tedavi yöntemlerinin uygulanabilmesi gerekir. CGTİK 108'e dayanılarak hazırlanan tedavi ve diğer yükümlülükler yönetmeliği 2. maddesinde, yönetmelik ile getirilen ve cinsel dürtünün azaltılmasına veya denetimine yönelik tedavi yöntemlerinin suça sürüklenen çocuklar hakkında da uygulanması yerinde olur. Ancak, yönetmeliğin 7. maddesinde belirtilen cinsel isteğin yok edilmesini sağlayan yöntemlerin gerek çocuklar ve gerekse yetişkinler bakımından uygulanması bedeni cezaları yasaklayan modern yaptırım teorisi içerisinde hukuka açıkça aykırıdır.

STRATEJİ BELİRLEME VE KURUMLAR ARASI KOORDİNASYONA İLİŞKİN ÖNERİLER

ÖNERİ 27: Risk analizleri yapılmalıdır.

Risk analizi yapılmadan kimin risk altında olduğunu bilmek mümkün değildir. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Hakkında Kanun'da, İstanbul Sözleşmesi'ndeki buyurucu düzenlemenin aksine risk analizine yer verilmemiştir. Çocukların da risk altında bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Bir çocuk risk altındaysa diğer kardeşleri de risk altındadır.

Bir çocuğun risk altında bulunduğu yapılan analiz neticesinde somut olgulara dayanılarak belirlendiğinde devletin tehlikeyi önleyici tedbirler alması gerekecektir. Yasalarda öngörülen koruyucu ve destekleyici tedbirler doğal olarak bireylerin bazı haklarına kısıtlama getirdiğinden, hakim tedbir kararı verirken risk analizindeki somut tehlikeyi gerekçe olarak kullanılmalıdır.

ÖNERİ 5: Çocuk adalet sistemi stratejisi geliştirilmelidir.

Yukarıda bahsettiğimiz risk analizi çalışmaları yapıldıktan sonra buna ilişkin strateji geliştirilmelidir. Türkiye'de çocuk adalet stratejisi belgesi vardır ve ASPB tarafından koordine edilmektedir. Bu belgede bir hedef olarak savcılıklarda sosyal çalışma görevlisi istihdam edilmesi öngörülmektedir. Sivil toplum örgütlerinin bu tür çalışmalara dahil edilmesi gerekmektedir.

ÖNERİ 35: Çocuk ceza adalet sisteminin aktörleri arasında koordinasyon sağlanmalıdır.

Tehlikede olan çocuğun korunması için görevlendirilen çok sayıda Devlet kurumu vardır. Bu kurumlar arasında sivil toplum örgütlerinin de ağırlıklı bir yer edinmesi gereklidir. Sorumluluk bilinci içinde hareket edecek dernek ve vakıflara verilen koruma görevlerinin yoğunlaşması yerinde olacaktır.

Kurumlar arasındaki koordinasyonun resmi olarak, bir görev şeklinde belirlenmesi gerekir. Orkestra şefi bulunmadığında, her biri işinin uzmanı olsa da sanatçılar, belli bir müzik eserini icra edemezler. Adalet Bakanlığı'nın adli emirler vermesi yeni yasalarla artık kabul edilmemektedir. Bu nedenle, suça itilen çocuğu 'kendi çocuğu gibi benimseyen' çocuk hakimi, belli bir çocuğu takip edecek şekilde yetkilendirilmelidir.

Koordinasyon açısından yaşanan sorunlardan biri, merkezi koordinasyon makamlarının yasada öngörüldüğü biçimde toplanmamasıdır.

Adli makamlar arasında da koordinasyon eksikliği vardır. Hakim veya mahkeme tarafından verilen kararlar açısından, hakimler ile savcılar arasında etkileşim sorunu vardır. Savcı ile görüşülmediği zaman talepler tam olarak anlaşılamamaktadır. Hakim tarafından verilen kararlara uyulması bu nedenle zor olmaktadır.

ÖNERİ 36: Çocuk ile ilgili bir üst kurul oluşturulması düşünülmelidir.

Çocuklar ile ilgili bir üst kurulun oluşturulması gereklidir. Bilindiği üzere ülkemizde çocuklarla ilgili çalışmalar yapan birçok kurum ve kuruluş vardır. Bu kurum ve kuruluşlar arasındaki koordinasyonu sağlamak üzere bağımsız bir üst kurul oluşturulması yerinde olur. Bu konuda diğer bir alternatif Adalet Bakanlığı bünyesindeki Mağdur Hakları Daire Başkanlığı'nın bu görevi üstelenmesidir veya Başbakanlığa bağlı, görev ve yetkileri belirlenmiş, ayrı bir statüsü olan bir genel müdürlük kurulması da düşünülebilir. Zira bu konu bütün bakanlık ve yerel yönetimleri ilgilendirmektedir.

Çocuklarla ilgili bağımsız bir yapı oluşturulduğu takdirde, bütün sorunların tek bir yerden koordine edilmesi sağlanmış olacaktır. Oluşturulacak üst kurulun yaptırım gücünün de bulunması önemlidir. Ancak koordinasyonu hem idari hem de adli açıdan

düşünmek gereklidir. Adli hizmetlere ilişkin koordinasyonun, bu konuda görevlendirilecek hakimler tarafından sağlanması uygun olur.

Disiplinler arası çalışma da önem arz eder. Konu çocuk olduğunda, öğretmenler, polisler, hukukçular, doktorlar ve ilgili tüm meslek grupları birlikte çalışmalıdır. Sosyal hizmet uzmanlarının görevinin önemli olmasına karşın sayıları azdır. Bu kişilerin mesleki standartlarının ortaya konulması gereklidir. Çocuk polislerinin aldıkları eğitimlerin de arttırılması lazımdır.

Çocuk izleme merkezlerinin sayılarının da arttırılması gereklidir. Bu ihtiyaç özellikle Anadolu’da söz konusudur

Okullar ile işbirliği yapılması da önemlidir. Öğretmen gerektiğinde polisle beraber çalışmalıdır. Suç işleme yolunda olduğundan korkulan çocuklarla, çocuk polisinin iyi bir iletişim kurması, hatta konferanslar vermesi, fakat bunları korkutucu bir şekle büründürmeden yapması önemlidir.

ÖNERİ 37: Çocuk ombudsmanlığı kurulmalıdır.

Ülkemizde 2012 yılında kurulan Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) kurumu bünyesinde kadın, engelli ve çocuk ombudsmanı olarak görev yapan bir yetkili bulunmakla birlikte, konunun ayrıca ele alınması gerekliliğine binaen bir çocuk ombudsmanlığı kurulması gerektiğini düşünüyoruz. Bazı ülkelerde bu yönde yapılanmalar bulunmaktadır. *Ombudsman for Children*, *Child Advocate*, *Der Kinderbeauftragte*, *el Defensor de la Infancia* ve *Le Mediateur pour l’Enfance* isimleriyle ifade edilen⁸⁵ bu yapılanmalar, Rusya’da, ABD’de ve Avrupa ülkelerinin neredeyse tamamında mevcuttur. Kore’de bu yapılanma için “*Ombudsteen*” şeklinde özel bir ifade de kullanılmıştır.

⁸⁵ FENDOĞLU, Çocuk Hakları Hukuku, s. 234.

Kaynakça

- AKYÜZ Emine, Çocuk Hukuku, Pegem Akademi Yayınları, Ankara 2015.
- ARTUK Mehmet Emin, Küçüklerin İşlediği Suçlar ve Ceza Sorumluluğu; Çocukların ve Gençlerin Ceza Muhakemesindeki Yeri, Hukuk Kurultayı 2000, Ankara Barosu.
- ATALAY Ayşe Özge, Türk Ceza Hukukunda Fuhuş Suçu, XII Levha, İstanbul 2013.
- AYTEKİN İNCEOĞLU Asuman, Ceza Hukukunda Mağdur Hakları Çerçevesinde Mağdurun Zararının Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkındaki Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt:11 Sayı: 141-142 Mayıs-Haziran 2016.
- BALO Yusuf Solmaz, Çocuk Ceza Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- Çocuk Adalet Sisteminde Sosyal Çalışmanın Rolü, UNICEF 2013.
- DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, 2016.
- DEMİRBAŞ Timur, İnfaz Hukuku, Seçkin, 4. Baskı, Ankara 2015.
- DÖNMEZER Sulhi, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 4. Bası, İstanbul, 1975.
- FENDOĞLU, Hasan T., Çocuk Hakları Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- KIRKBEŞOĞLU Nagehan, 28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı ile İlgili Genel Bir Değerlendirme, TAAD, Yıl:7, Sayı:24 (Ocak 2016).
- NUHOĞLU Ayşe, Sünnet ve Ceza Hukuku, *Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan* MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi Yıl:2013 C.9, S. 12.
- ÖNDER Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 1994.
- ÖZBEK Veli Özer / KANBUR Nihat / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar / TEPE İlker, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, 2015.
- ÖZBEK Veli Özer, Müstehcenlik Suçu, Ankara, 2009.
- POLAT Oğuz, Cinsel İstismar Mağduru Çocukla İletişim Yöntemleri, İstanbul Barosu Çocuk Hakları Merkezi 23 Nisan Özel Broşürü, İstanbul Barosu Yayınları 2016.
- TAN Ümran Sölez, "2253 Sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 19 ve 20. Maddeleri" Yeni Adalet Dergisi, İstanbul.

TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 12. Baskı, Ankara, 2015.

ULUĞTEKİN Sevda, Çocuk Mahkemeleri ve Sosyal İnceleme Raporları", Ankara 2004.

YAŞAR Osman / GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2010.

YENERER ÇAKMUT Özlem, Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu, İstanbul, 2008.

YENİSEY Feridun, Kolluk Hukuku, 2. Baskı, Beta, İstanbul 2015.

YENİSEY Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2015.

Kavram Endeksi

ayırt etme gücü	18	çocuk tanımı	17
ayırım gözetmeme ilkesi	23	çocukların cinsel istismarı.....	93
ayırım gözetmeme ilkesi	22	denetimli serbestlik.....	168, 169
cinsel istismar....	51, 59, 62, 65, 92, 94, 95, 97, 98, 99, 107, 115, 121, 122	evlat edinme....	32, 67, 68, 69, 70, 100, 141, 179
cinsel taciz	19, 92, 95, 100, 101, 106	fiil ehliyeti	18
çocuğa yönelik tıbbi müdahaleler	28	hak ehliyeti	18
çocuğun cezai sorumluluğu	20	kelepçe takma	153
çocuğun haksız fiilinden sorumluluğu	20	koruyucu ve destekleyici tedbir	128, 131, 145, 159, 165, 190
çocuğun kökenlerini bilme hakkı....	32	reşit olmayanla cinsel ilişki	19, 50, 51, 100, 103
çocuğun soyadı	31	sosyal çalışma görevlisi	154
çocuk ağır ceza mahkemesi	160	sosyal inceleme raporu	129, 136, 155, 160, 196, 198
çocuk evlilikleri	96	soyutlama yeteneği	18
çocuk fahişeliği.....	6, 110	şikayet hakkı	50
çocuk izlem merkezleri ...	120, 122	uzlaşma.....	125, 151, 157, 160, 196, 197, 200
çocuk kolluğu	143	zorunlu müdafî.....	171
çocuk mahkemesi.....	160, 164		
çocuk ombudsmanlığı	204		

