

PAPER DETAILS

TITLE: KARAR INCELEMESİ: AVRUPA INSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN NART/TÜRKİYE
KARARI (Basvuru No: 20817/04)

AUTHORS: Gülhan GEZER

PAGES: 32-61

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2930046>

**KARAR İNCELEMESİ: AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ’NİN
NART/TÜRKİYE KARARI (Başvuru No: 20817/04)**

*Araş. Gör. Gülhan GEZER **

ÖZET

Çocuklar geçmişten günümüze her dönemde korunmaya, desteklenmeye muhtaç ve doğru ile yanlış ayırt etmede çevresinden etkilenmeye açık bireyler olarak görülmüştür. Bu sebeple, çocukların suç niteliği taşıyan fiillerinden doğan sorumluluklarında, yetişkinlerden farklı düzenlemeler yapılmıştır. Uluslararası sözleşmelerde ve ulusal mevzuatımızda çocukların yargılanmasına ilişkin birtakım temel ilkeler benimsenmiştir. Bunlardan bir tanesi de çocukların tutuklanmasının son çare niteliğinde olmasıdır. Pekin ve Havana kurallarında, çocukların özgürlüklerden alıkonulmasına ancak zorunlu hallerde başvurulması, eğer başvurulması zorunlu ise de mümkün olan en kısa süre içinde son verilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Nart/Türkiye kararı, çocukların tutuklanmasına ilişkin özel düzenlemeler bakımından incelenmiştir. Çalışmamızda, çocukların tutuklanması istisnai bir tedbir olmasına rağmen bu tedbire sıklıkla başvurulduğu, alternatif tedbirler denenmeden tutuklama kararı verildiği örnek kararlar ışığında açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Çocuk, Tutuklama, Adli Kontrol, Tedbir, AİHM

**A REVIEW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE OF NART v.
TURKEY (Application No: 20817/04)**

ABSTRACT

From past to present, children have been seen as individuals in need of protection, support and open to being influenced by their environment in distinguishing between right and wrong. For this reason, different regulations have been made in the responsibilities of children

* Araştırma Görevlisi, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, gulhan.gezer@yasar.edu.tr, ORCID : 0000-0002-1762-582X.

arising from their criminal acts. A number of basic principles regarding the trial of children have been adopted in international conventions and our national legislation. One of them is the detention of children as a last resort. In the Beijing and Havana rules, it is emphasized that the deprivation of liberty of children should be applied only in cases of necessity, and if it is mandatory, it should be ended as soon as possible. The Nart v. Turkey decision of the European Court of Human Rights has been examined in terms of special regulations regarding the detention of children. In our study, it is explained in the light of the sample decisions that although the detention of children is an exceptional measure, this measure is frequently used and the decision to arrest is made without trying alternative measures.

Keywords: Child, Detention, Judicial Supervision, Measures, ECHR

I. OLAYIN ÖZETİ

1986 doğumlu Tolga Nart, 28 Kasım 2003 tarihinde, gece saat 11:30 sularında, küçük bir bakkal dükkanında gerçekleşen silahlı soyguna karıştığı şüphesi ile polis memurları tarafından gözaltına alınmıştır. Polis memurları başvuranı, soyulduğu iddia edilen bakkalın yanında bulunan boş yüzme havuzunun içinde uyurken bulmuştur. 29 Kasım 2003 tarihinde başvuran, Urla Devlet Hastanesi'nde iki kere doktor muayenesinden geçirilmiştir. Raporlarda herhangi bir fiziksel şiddet izine rastlanılmadığı, başvuranın uykulu, tepkisiz ve uyuşturucunun etkisinde olduğu belirtilmiştir. Polis aynı gün, başvuranın Cumhuriyet Savcısına ifade verebilmesi için İzmir Barosu'ndan müdafii görevlendirilmesini talep etmiştir.

Başvuran ve avukatı, Cumhuriyet Savcısının ifade alabilmesi için hazır bulunmuşlardır fakat Cumhuriyet Savcısı başvuranın uyku halinin mevcut olmasından dolayı ifade almamıştır. Bunun üzerine hakim huzuruna çıkarılan başvuran, diğer sanığın yardımı ile ancak ayakta durabilmiştir. Başvuranın avukatı, bu koşullarda ifade alınmasının yasal olmadığını başvuranın kendisine yöneltilen suçlamaları anlayabilecek durumda olmadığını belirtmiş fakat hakim avukatın itirazını reddederek sorgulamaya devam etmiştir. Hakim, başvuranın polis veya savcılık tarafından alınmış bir ifadesinin olmadığını belirtmiştir. Başvuran ise arada kendine gelerek sorulara cevap vermeye çalışmış, hırsızlık suçunu işlediği iddiasını kabul etmemiştir. Avukat itirazını yinelemiştir. Diğer sanık suçlamaları kabul ederek, başvuran ile kendisinin olaydan önce bira içip hap aldıklarını, daha sonra ise sigara, sosis, bisküvi, çikolata ve kola

çaldıklarını itiraf etmiştir. Hakim, başvuran ve diğer sanık hakkında tutuklama kararı vermiştir. Başvuran Buca Cezaevi'ne gönderilerek, yetişkinlerle aynı yerde tutulmuştur.

Başvuranın avukatı 2 Aralık 2003'te İzmir Asliye Ceza Mahkemesi'nde tutuklama kararına itiraz etmiş, AİHS'in 5'inci ve 6'ncı maddelerine atıf yaparak başvuranın kendisine yönetilen suçlamaları anlayamayacak durumda olduğunu, başvuranın savunması hazırlamak için başvuran ile iletişim kuramadığını, başvuranın çocuk olduğunu, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 37 (b) maddesine göre çocukların tutuklanmasının son çare olduğunu, 2253 Sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Kanununa göre başvuranı cezaevine göndermek yerine hastane veya başka bir sosyal konuta yerleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

İzmir Ağır Ceza Mahkemesi 3 Aralık 2003 tarihinde başvurana yöneltilen suçlamaların niteliği, dosyanın içeriği ve delillere göre itirazı reddetmiştir.

12 Aralık 2003 tarihinde, İzmir Çocuk Mahkemesi'nde, TCK'nın 497. maddesi altında düzenlenen ve alt sınırı 15 yıl hapis cezası olan silahlı soygun suçundan dava açılmıştır.

16 Aralık 2004 tarihinde İzmir Çocuk Mahkemesi'nde dava görülmeye başlamış, başvuran hakime verdiği ilk ifadeyi kabul etmiş fakat ifadenin alındığı zaman ile ilgili hiçbir şey hatırlamadığını söylemiştir. Mahkeme tarafından dinlenen görgü tanığı diğer sanığı fail olarak teşhis etmiş, olay gecesi başvuranı ve diğer sanığı bakkalın içinde gördüğünü, diğer sanığın çantasına bir şeyler koyduğunu ve kendisine silah doğrulttuğunu, silahı hemen kaptığını bunun üzerine başvuran ve diğer sanığın kaçtıklarını anlatmıştır. Aynı gün başvuran, tutuksuz yargılanmak üzere serbest bırakılmıştır.

II. MERCİİLERİN ÇÖZÜMÜ

A. İLK DERECE MAHKEMESİNİN KARARI

12 Nisan 2004 tarihinde Çocuk Mahkemesi, olayda kullanılan silahın gerçek olmadığına tespiti üzerine, başvuranı silahlı soygun yerine TCK'nın 493/1 fıkrası¹ uyarınca hırsızlıktan suçlu bularak, 1 yıl 8 ay hapis cezasına hükmetmiştir.

B. YARGITAY'IN KARARI

13 Nisan 2004 tarihinde başvuranın avukatı, Çocuk Mahkemesi'nin TCK'nın 493/1 fıkrası uyarınca vermiş olduğu 1 yıl 8 ay hapis cezası kararını temyiz etmiş, Yargıtay 4 Ekim 2006 tarihinde başvuranın mahkumiyetinin yeni Türk Ceza Kanunu'na göre gözden geçirilerek değerlendirilmesi gerektiğine karar vererek ilk derece mahkemesinin verdiği kararı bozmuştur. Dosya, İzmir Çocuk Mahkemesi'ne iade edilmiştir.

C. AİHM'İN KARARI

Başvuran, 29 Mayıs 2004 tarihinde tutuklu olarak geçirdiği sürenin makul süreyi aştığından bahisle AİHM'e başvurmuştur. Ayrıca tutuklu olarak yapılan yargılamaya ilişkin itiraz edecek etkin bir iç hukuk yolunun bulunmadığını da belirterek, AİHS'in 5'inci ve 6'ncı maddelerinin ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur.

AİHM, AİHS'in 5/3. maddesi kapsamında tutukluluk için azami bir süre öngörmediğini, tutukluluk süresinin makul olup olmadığına ilişkin değerlendirmenin soyut olarak yapılamayacağını, makul sürenin her davanın somut özellikleri göz önünde bulundurularak

¹ 765 Sayılı TCK m. 493;

"Hırsızlık:

1. Hırsızlığı işlemek veya çalınmış malı başka yere kaldırmak için duvar, kapı, pencere, demir parmaklık, kasa ve sandık gibi şahısları veya malları muhafaza için sağlam maddelerle ve muhkem surette yapılmış şeyleri yıkmak, devirmek, kırmak, delmek veya mahvetmek veya suni vasıtalarla veya şahsi çeviklik sayesinde bertaraf edilebilen maniaları kaldırarak veya aşarak hane ve sair yerlere girmek suretiyle işlenirse;

2. Cürmü işlemek veya çalınmış eşyayı başka yere kaldırmak için taklit anahtar yahut sair aletler kullanarak veya sahibinin terk veya kaybettiği anahtarı elde ederek yahut haksız yere elinde bulundurduğu asıl anahtarla bir kilidi açarak işlenirse;

3. Kıyafet değiştirerek işlenirse;

4. Salahiyeti olmaksızın resmi sıfat takınarak yapılırsa;

Cezası üç seneden sekiz seneye kadar haptir.

Bu maddede yazılı suçlar ikiden fazla kimseler tarafından birlikte yapılır yahut suçun işlenmesinde yukarıda yazılı hallerden iki veya daha fazlası birleşirse veya sıvı yahut gaz halindeki yakıtları nakleden boru hatlarından veya bunların depolarından işlenirse cezanın yukarı haddi verilir. Yakıt boru hatlarının yakıtın kaybına yol açacak şekilde delinmiş veya tahrip edilmiş olması halinde fiil tamamlanmış sayılır."

değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, tutukluluğun devamının yalnızca kamu yararı için zorunlu olduğuna ilişkin belirli göstergeler varsa haklı olacağını, bu zorunluluk değerlendirmesinin öncelikle ulusal yargı makamlarında olduğunu da vurgulamıştır.

Mahkeme, önemli uluslararası anlaşmaları göz önünde bulundurarak çocukların tutuklanmasının ancak gerekli olduğu hallerde ve son çare niteliğinde olması, mümkün olduğunca kısa olması ve çocukların yetişkinlerden ayrı bir yerde tutulması gerektiğini de önemle vurgulamıştır.

Mahkeme, İzmir Ağır Ceza Mahkemesi'nin tutuklama kararına itirazın "*dava dosyasının içeriği, suçun niteliği ve delil durumu*" gerekçesiyle reddedilmesini, özellikle delil durumunun, başvuranın tutukluluk süresinin uzunluğunu meşrulaştırmayacağını belirtmiştir.

Bu sebepler ile Mahkeme başvuranın olay sırasında çocuk olduğu göz önüne alındığında, başvuranın 48 günlük tutukluluk süresinin AİHS'in 5/3.maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

III. ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKİ SORUN

Tolga Nart, 28 Kasım 2003 tarihinde gözaltına alınmıştır. 16 Ocak 2004 tarihinde İzmir Çocuk Mahkemesi başvuranı, tutuksuz yargılamak üzere serbest bırakmıştır. Başvuran 48 gün tutuklu kalmıştır. Başvuran tutuklu kaldığı yargılama süresinin makul olmadığından bahisle AİHM'e başvurmuştur. Ayrıca başvuran, tutuklama kararına itiraz edebileceği iç hukuk yolunun bulunmadığını da ileri sürmüştür. Başvuranın avukatı, tutuklama kararı verilirken başvuranın yaşının göz önünde bulundurulmadığını ve başvuranın tutuklu kaldığı süre boyunca yetişkinlerle aynı yerde kaldığını belirtmiştir. Ayrıca başvuran, Cumhuriyet Savcısı tarafından ifadesi alınmadan hakim karşısına çıkarılmıştır. Başvuran uyku halinde olmasına rağmen hakim tarafından ifadesi alınmıştır. Dolayısıyla somut olayda çözülmesi gereken hukuki sorun, öncelikle başvuranın, Cumhuriyet Savcısı tarafından ifadesi alınmadan hakim karşısına çıkarılmasının usulen uygun olup olmadığı, uyku halinde olan başvuranın hakime verdiği ifadenin geçerliliği, başvuranın çocuk olmasından dolayı verilen tutuklama kararının son çare niteliğinde olup olmadığı, tutuklama kararı yerine alternatif tedbirlere karar verilip verilemeyeceği, tutukluluk süresinin makul süre kuralını aşp aşmadığı ve başvuranın tutukluluk süresince yetişkinlerden ayrı bir yerde tutulup tutulmadığının tespitidir.

IV. SONUÇ

A. KONUYA İLİŞKİN MEVZUAT

1. Uluslararası Sözleşmeler

Gerek ulusal gerekse uluslararası düzenlemeler göz önüne alındığında, çocukların tutuklanması ancak çok gerekli ise başvurulması gereken bir yol olmalıdır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi² çocuklar hakkında idam ve müebbet hapis cezası verilmesini yasaklamıştır. Sözleşmede, çocukların keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı, bir çocuğun tutuklanması ve alıkonulmasının en son başvurulması gereken bir önlem olduğu ve mümkün olan en kısa süre süre ile sınırlı tutulması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, farklı tedbirlere başvurulacak çocuklar için özel düzenlemelerin yapılması gerektiği de Sözleşmede ifade edilmiştir. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nde ise³, alternatif çözüm yollarının kullanılmasının teşvik edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Ceza Adaleti Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgari Standart Kuralları diğer adıyla Pekin kurallarına göre⁴, çocuğun gözetimine alınması durumunda derhal ailesine haber verilmesi ve çocuğun üstün menfaatinin gözetilmesi gerektiği, çocuğun bir suç işlemesi durumunda alternatif çözüm yollarının denenmesi gerektiği belirtilmiştir. Özellikle 13. maddede, çocuklara ilişkin yapılan yargılamada tutukluluk halinin son çare olması, bir ailenin yanına, eğitim ortamına veya aile yanına yerleştirme gibi alternatif tedbirlerin uygulanması, eğer tutuklama kararı verilecekse tutukluluk süresinin çok kısa tutulması, çocukların yetişkinlerden ayrı bir yerde tutulması ve tutukluluk süreci boyunca çocukların koruma, bakım, psikolojik, eğitimsel, mesleki, tıbbi, sosyal yardımlardan faydalandırılması gerektiği düzenlenmiştir.

² Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilmiştir. (<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>) Erişim Tarihi: 15.12.2022.

³ [Cocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi 25 Ocak 1996 tarihinde Avrupa Konseyi tarafından kabul edilerek üye devletlerin imzasına sunuldu. Türkiye tarafından 9 Haziran 1999 tarihinde imzalanan sözleşme 1 Şubat 2001 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girdi \(https://rm.coe.int/cocuk-haklar-n-n-kullan-lmas-na-iliskin-avrupa-sozlesmesi/1680a40f34\)](https://rm.coe.int/cocuk-haklar-n-n-kullan-lmas-na-iliskin-avrupa-sozlesmesi/1680a40f34) Erişim Tarihi: 17.12.2022.

⁴ Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları diğer adıyla Pekin (Beijing) Kuralları, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 29 Kasım 1985 tarihinde 40/33 sayılı kararıyla kabul edilmiştir. (<https://haberdecocuk.org/mevzuat/uluslararasi-mevzuat/geri/>) Erişim Tarihi: 18.12.2022.

Pekin Kuralları çocuğun yargılamaya katılarak kendini özgürce ifade edebilmesine olanak sağlanması gerektiği, yargılama süreci boyunca ücretsiz bir şekilde avukat ile temsil edilebileceği, sosyal araştırma raporlarının özellikle çocuğun aile geçmişi, yaşadığı koşulları, eğitim deneyimi gibi konularda yetkili makamlara bilgi aktarmada önemli rol oynadığını belirtmiş, çocuğu cezalandırıcı yaklaşımların kesinlikle uygun olmadığını da vurgulamıştır. 19. maddede çocuğun kuruma kapatılmasının son çare olması, 20. maddede yargılamanın süratle yapılması, 21. maddede çocuklarla ilgili kayıtların gizli tutulması ve üçüncü kişilere karşı kapalı olması, 22. maddede çocuklarla ilgili olaylarda görevli personelin mutlaka mesleki açıdan yeterli olması ve eğitimden geçmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları diğer adıyla Havana Kurallarında⁵, özgürlüğünden yoksun bırakılan çocukların özellikle istismara ve zararlı davranışlara çok açık olduğunu, birçok ülkede yetişkinler ve çocuklar arasında ayırım gözetilmediğinden çocukların yetişkinlerle beraber tutulduğunu bu sebeple çocukların bir kuruma yerleştirmelerini son çare ve kısa bir süre başvurulması gereken bir yöntem olması gerektiği düzenlenmiştir. Bu şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılan çocukların özel bakıma ve korunmaya ihtiyaç duyduğu, ülkelerin iç hukuk uygulamalarını bu kurallara uygun olacak şekilde düzenlemeleri gerektiği de vurgulanmıştır.

Havana Kurallarında, çocukların bu kurallarla beraber Pekin Kurallarında yer alan ilkelere göre özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği düzenlenmiştir. Pekin Kurallarında belirtildiği gibi, Havana Kurallarında da bir çocuğun özgürlüğünden yoksun bırakılmasının başvurulması gereken en son tedbir olduğu, bu tedbirin istisnai hallerde ve ancak zorunlu durumda kullanılması gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca Havana Kurallarının çocuğun toplumla bütünleşmesini, özgürlüğünden yoksun bırakılan çocuğun korunması için Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen asgari standartlar oluşturmayı amaçladığı da belirtilmiştir.

Çocukların tutuklanmasından mümkün olduğunca kaçılması, sınırlı ve istisnai olarak tutuklama kararı verilmesi gerektiği, alternatif yolların uygulanması için çaba gösterilmesi ve

⁵ Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Küçüklerin Korunması İçin Kurallar (Havana Kuralları) Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 14 Aralık 1990 tarih ve 45/113 sayılı Karar ile kabul edilmiştir. (<https://haberdecocuk.org/mevzuat/uluslararasi-mevzuat/ozgurlugunden-yoksun-birakilmis-cocuklarin-korunmasina-iliskin-birlesmis-milletler-kurallari-havana-kurallari/>) Erişim Tarihi: 18.12.2022.

tutuklama kararının verildiği durumlarda da mümkün olan en kısa sürede yargılama yapılması gerektiği ayrıca belirtilmiş, tutuklu çocukların yetişkinlerden ayrı tutulması, çocukların ücretsiz olarak adli yardımdan yararlanabileceği, avukatlarıyla düzenli olarak görüşebileceği, görüşmenin gizliliğinin korunacağı da düzenlenmiştir. Çocukların dinlenme ve eğlenmeleri içinde gerekli olan araçları edinip kullanabilecekleri ve özgürlüğünden yoksun bırakılan çocukların insan onurunun gerektirdiği tüm imkanlardan yararlanma hakları olduğu da ayrıca vurgulanmıştır.

Ayrıca Havana Kuralları'nın başlangıç kısmında, masumiyet karinesine de yer verilmiştir. Hakkında bir suç isnadı bulunan her çocuğun sahip olduğu diğer asgari güvenceler de Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 40/2. maddesinde, şu şekilde düzenlenmiştir: *“Kovuşturmanın her aşamasında özel hayatının gizliliğine tam saygı gösterilmesine hakkı olmak, kullanılan dili anlamaması veya konuşamaması halinde çocuğun parasız çevirmen yardımından yararlanması, ceza yasasını ihlâl 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, tanıklık etmek ya da suç itirafında bulunmak için zorlanmamak; aleyhine olan tanıkları sorguya çekmek veya sorguya çekmiş olmak ve lehine olan tanıkların hazır bulunmasının ve sorgulanmasının eşit koşullarda sağlanması, Yetkili, bağımsız ve yansız bir makam ya da mahkeme önünde adli ya da başkaca uygun yardımdan yararlanarak ve özellikle çocuğun yaşı ve durumu gözönüne alınmak suretiyle kendisinin yüksek yararına aykırı olduğu saptanmadığı sürece, ana–babası veya yasal vasisi de hazır bulundurularak yasaya uygun biçimde adil bir duruşma ile konunun gecikmeksizin karara bağlanmasının sağlanması, 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, haklarındaki suçlama yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılmak.”*

2. Mevcut Düzenlemeler

Anayasa'nın “Ailenin korunması ve çocuk hakları” başlıklı 41. maddesinde devletin, ailenin huzur, refahı ile ana ve çocukların korunması, aile planlanmasının öğretimiyle uygulanmasını sağlayacak gerekli tedbirleri alacağı düzenlenmiştir. Her çocuğun, korunma ve bakımından yararlanma, ana ve babasıyla yüksek yararına aykırı olmadıkça kişisel ilişki kurma

ve bu ilişkiyi sürdürme hakkı vardır. Devlet, çocukları istismara ve şiddete karşı koruyucu tedbirleri alır.

Anayasa'nın 61. maddesinde ise, devletin korunmaya muhtaç çocukları topluma kazandırmak için her türlü tedbiri alacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle, devlete çocukları koruma yükümlülüğü getirilmiş olup devlet bu yükümlülüğü resmi kurumları aracılığı ile gerçekleştirir. Bu yükümlülük, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir devlet olması sonucundan doğan bir yükümlülüktür⁶.

765 Sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK arasındaki en önemli farklılık çocukların cezai ehliyet yaşına ilişkindir. 765 Sayılı TCK'da çocukların ceza ehliyet yaşı 11 iken, 5237 sayılı TCK'da çocukların ceza ehliyet yaşı 12'ye çıkarılmıştır. 765 sayılı TCK'nın 53.maddesinde 11 yaşını doldurmamış çocuklara ceza verilemeyeceği, 54. maddesinde 11 yaşını doldurmuş fakat 15 yaşını doldurmamış çocukların işlenen fiilin suç olduğunu anlayabilecek kabiliyette olmayan çocuklara ceza verilemeyeceği, işlenen fiilin suç olduğunu anlayabilecek kabiliyette olan çocukların ise cezasında indirim yapılacağı düzenlenmiştir. 55.maddesinde ise, 15 yaşını bitirmiş 18 yaşını doldurmamış çocuklar hakkında fark ve temyiz kabiliyetinden bahsedilmeyerek bu yaş grubu çocukların cezai sorumlulukları herhangi bir inceleme yapılmadan kabul edilmiştir.

TCK'nın 6/1-b bendinde ise, 18 yaşından küçüklerin çocuk olduğu düzenlenmiş, TCK'nın 31. maddesinin 1. fıkrasında, fiili işlediği sırada 12 yaşını doldurmamış çocukların ceza sorumluluklarının olmadığı, bu gruba giren çocuklar hakkında ceza kovuşturmasının yapılamayacağı yalnızca çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği düzenlenmiştir.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında, 12 yaşını doldurmuş fakat 15 yaşını doldurmamış çocukların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişmemiş olması durumunda ceza sorumluluklarının olmayacağı, bu gruba giren çocuklar hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin

⁶ **Dönmez, Burcu:** Çocuk Yargılaması-Ceza Muhakemesi Hukukunda Çocuklara Özel Soruşturma ve Kovuşturma Kuralları, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara, 2020, s.46; **Baykara Acar, Yüksel/Acar, Hakan/Berghan, Selin:** Türkiye'de Çocuk Koruma Sistemi: Sorunlar ve Savunu Alanları, Uluslararası Çocuk Merkezi, 2018, Ankara, s.5

gelişmiş olması durumunda ceza sorumluluklarının olduğu fakat cezalarında indirim yapılacağı düzenlenmiştir.

Son olarak aynı maddenin son fıkrasında ise, 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış olan çocukların fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algıladığı ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişmiş olduğu kabul edilmiştir. Bu gruba giren çocuklar hakkında hükmedilecek cezada indirime gidileceği düzenlenmiştir. 765 Sayılı TCK döneminde fiili işlediği sırada 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış çocuklar için kanun koyucu “*farık ve mümeyyiz olma*” koşulu karine olarak kabul etmiş, verilecek cezada indirim öngörülmüştü⁷.

TCK m. 50/3’te de fiili işlediği sırada 18 yaşını doldurmamış çocukların mahkum edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesinin zorunlu olduğu düzenlenmiştir. TCK m.58/5’te ise, fiili işlediği sırada 18 yaşını doldurmamış kişiler hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 1. maddesinde korunmaya ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunmasına, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasına ilişkin düzenlemelerin ve çocuklar hakkında alınacak tedbirlerle, suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinin düzenlendiği görülmektedir.

ÇKK m. 29 ve Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usûl Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 5’e göre Cumhuriyet başsavcılıklarında çocuk bürosu kurulur ve bu bürolarda yeterli sayıda Cumhuriyet savcısı görevlendirilir. 30. maddede, suça sürüklenen çocuklar hakkında yürütülen soruşturma işlemlerinin çocuk bürosunda görevli Cumhuriyet savcıları tarafından yürütüleceği, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise çocuk bürosunda görevli olmayan Cumhuriyet savcılarının da bu işlemleri yürütebileceği düzenlenmiştir.

ÇKK m.15’e göre, Cumhuriyet Savcısı tarafından çocuğun ifadesinin alınması veya çocuk hakkındaki yapılan diğer işlemler esnasında, çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurulabilir. Çocuğun ifadesi yalnızca Cumhuriyet savcısı tarafından alınabilir, kolluk

⁷ Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997, s.507

çocuğun ifadesini alamaz⁸. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.19'a göre, şüpheli çocuğun ifadesi ancak müdafî hazır bulunduğu alınabilir. Çocuğun yararına aykırı olmadığı ve kanuni bir engel bulunmadığı durumlarda ana, baba veya vasisi de ifade alınırken hazır bulunabilir.

Çocuğun ifade vermeden müdafî ile görüşmesi oldukça önemlidir. Öncelikle müdafî, çocuğa haklarını bildirmelidir. CMK'nın 147. maddesinde bildirilecek haklar; susma hakkı, yakınlarına haber verme hakkı, kendi aleyhine delil vermeye zorlanamama hakkı, ifadesi alındığı sırada ana, baba ve sosyal çalışma görevlisinin bulunmasını isteme hakkı, zorunlu müdafî hakkı, koruyucu ve destekleyici tedbirlerden yararlanma hakkı şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca çocuğa ifadesinin Cumhuriyet savcısı tarafından alınacağı ve yakalama ve gözaltı sürelerinin uzatılması durumunda başvurma hakkı olduğu da açıklanmalıdır⁹.

Müdafî, isnad edilen suçun hukuki niteliği ve muhtemel sonuçları çocuğa açıklamalıdır. Açıklama, çocuğun anlayabileceği şekilde yapılmalıdır. Açıklamadan sonra müdafî, çocuğun haklarını kullanıp kullanmayacağını da sormalıdır¹⁰. CMK m.150/2'de 18 yaşını doldurmamış çocuğa istemi aranmaksızın müdafî görevlendirileceği, ÇKK m.25'te ise çocukla ilgili yargılamaların Çocuk Mahkemesi ve Çocuk Ağır Ceza Mahkemesinde görüleceği düzenlenmiştir. Aynı maddede, çocuk mahkemelerinde görülen duruşmalara Cumhuriyet Savcısı'nın katılamayacağı da belirtilmiştir.

Çocukların tutuklanmasına ilişkin ÇKK'da özel düzenlemeler yapılmıştır. Bu tedbire, ulusal ve uluslararası düzenlemelerde daha hassas yaklaşmış ve ancak çok gerekli ise başvurulması gerektiği vurgulanmıştır. Tutuklama istisnai ve ağır bir koruma tedbiridir. Bu sebeple hakim öncelikle başka tedbirlere yönelmeli, tutuklama son çare niteliğinde olmalıdır. CMK'da tutuklama ihtiyari olarak düzenlenmiş, kanunda yazılı nedenlerin bulunduğu durumlarda bile hakime tutuklama kararı vermesinde takdir hakkı tanımıştır¹¹. Tutuklama

⁸ Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma Gezer, Özge/Saygılar Kırıt, Yasemin/Alan, Esra/Özaydın, Özdem/Erden Tütüncü, Efser/Altınok Vilemin, Derya/ Tok, Mehmet Can: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, (Editör: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Bahri ÖZTÜRK), Seçkin Yayıncılık, 15.Baskı, Ankara, 2022, s.864; Dönmez, s.147

⁹ Dönmez, s.148-149

¹⁰ Tüysüz, Ahmet/Yenisey, Feridun/Koçyıldırım, Gökten/Güven, İrfan/Fırat, Melek Salih/Karakaya, Naim/Acar, Necla/Ziyalar, Neylan/Ejderoğlu, Özlem/Akço Bilen, Seda: Suça Sürüklenen Çocuklara Hukuki Yardım Eğitimci El Kitabı, Ankara, 2010, s.14

¹¹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Vilemin/ Tok, s.469; Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku-I, Seçkin Yayıncılık, 12.Baskı, Ankara, 2021, s.290; Centel, Nur/Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, 21.Baskı, 2022, s.413

kararı verilebilmesi için, öncelikle kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerinin varlığı gerekir. Daha sonra tutuklama nedenlerinin bulunması ve bir tutuklama yasağının bulunmaması gerekir¹². CMK m.100/2’de tutuklama nedenleri, “*şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların varlığı*” ve “*şüpheli veya sanığın delilleri yok etme, gizleme, değiştirme veya tanık, mağdur, başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunacağı yönünde kuvvetli şüphenin varlığı*” dır.

Kusurluluğu etkileyen hallerden biri olan yaş küçüklüğünde üçlü bir gruplandırmaya gidilmiş 0-12 yaş arası çocuklar 1. grup, 12-15 yaş arası çocuklar 2. grup, 15-18 yaş arası çocuklar da 3. grup kabul edilmiştir. 0-12 yaş arasındaki çocukların mutlak bir şekilde kusur yeteneklerinin olmadığı dolayısıyla cezai sorumluluklarının da olmadığı; 12-15 yaş arası çocukların algılama ve irade yeteneklerinin her somut olayda incelenmesi gerektiği, kusur yeteneğinin bulunmadığı durumda çocuk hakkında ceza yerine güvenlik tedbiri uygulanması gerektiği, kusur yeteneğinin varlığında ise cezai sorumluluğun da olduğu fakat verilecek cezada indirim yapılması gerektiği düzenlenmiştir. 15-18 yaş arası çocukların ise kusur yeteneklerinin olduğu kabul edilir ve bu gruba giren çocukların topluma kazandırılmaları ve tekrar suç işlemelerini engellemek amacıyla, verilecek cezada indirime gidilir ve cezanın infazında da özel düzenlemeler yapılmıştır¹³.

1.ve 2. grup çocuklara ilişkin 765 sayılı TCK’daki düzenleme yanında 07.11.1979 tarih ve 2253 Sayılı “*Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun*”da da düzenlemeler mevcuttu. 03.07.2005 tarih ve 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte ÇMKYUK yürürlükten kalkmıştır¹⁴. ÇMKYUK’nın 10. maddesinde küçükler hakkında uygulanacak tedbirler düzenlenmişti¹⁵.

¹² Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 10.Baskı, Ankara, 2022 s.385

¹³ Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 18. Baskı, Ankara, 2022, s.467-475; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 15.Baskı, Ankara, 2022, s.321-325; Genç, Fatma Umay/Yurtlu, Fatih/Kurt Kılıç, Elif/Kılıç, Burak: Ceza Genel Hukuku, (Editörler: Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ), Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara, 2022, s.93; Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 14.Baskı, Ankara, 2020, s.611; Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 13.Baskı, Ankara, 2022, s.371; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, 21.Baskı, Ankara, 2021, s.315-316

¹⁴ Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 17.Baskı, Ankara, 2022, s.372

¹⁵ Madde 10; “*Küçükler hakkında aşağıda yazılı tedbirler uygulanır.*

1.Veliye, vasiye veya bakıp gözetmeyi üzerine alan akrabadan birine teslim,

2.Bakıp gözetmeyi üzerine alan güvenilir bir aile yanına yerleştirme,

3.Bu maksatla kurulmuş çocuk bakım ve yerleştirme yurtlarına veya benzeri resmi yahut özel kurumlara yerleştirme,

765 sayılı TCK döneminde, 11 yaşından küçük çocukların cezai ehliyeti olmadığı için bu gruba giren çocuklar hakkında tutuklama kararı verilemezdi¹⁶. Çocuk Mahkemeleri Kanunu'nun 19/3 maddesine göre, 11 yaşını doldurmuş fakat 15 yaşını doldurmamış çocuklar hakkında 3 yılı aşmayan hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren eylemlerinden dolayı tutuklama kararı verilemezdi. Böylelikle, çocuğa isnat edilen fiilin cezası 3 yıldan fazlaysa ve CMUK m.104'te düzenlenen tutuklamanın genel şartları gerçekleşmiş ise, 11-15 yaş aralığındaki çocuklar hakkında tutuklama kararı verilebilecekti. Çocuk Koruma Kanunu'nda 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış çocukları hakkında özel bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu sebeple, CMUK m. 104'te düzenlenmiş tutuklama şartları bu yaş grubundaki çocuklar için de geçerli olacaktı.

Çocukların tutuklanmasına ilişkin 5237 sayılı CMK'da ise özel bir düzenleme bulunmamaktadır. ÇKK'nın 21. maddesinde ve Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmelik'in 11. maddesinde çocukların tutuklanmasına ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. İlgili maddeler, 15 yaşını doldurmamış çocukların üst sınırı 5 yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerden dolayı tutuklanamayacağını düzenlemiştir. ÇKK m.20/2'de adli kontrol tedbirinden sonuç alınamayan durumlarda veya tedbirlere uyulmaması durumunda tutuklama kararının verilebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, 12 yaşını doldurmamış çocuklar hakkında tutuklama kararı verilemeyecek, 12 yaşını doldurmuş çocuklar hakkında ise tutuklama kararı verilebilecektir. 15 yaşını doldurmamış çocuklar hakkında ise, işledikleri suçun üst sınırı dikkate alınarak bir değerlendirme yapılacaktır. 15 yaşını doldurmuş, 18 yaşını doldurmamış çocukların tutuklanmasına ilişkin de genel hükümler dikkate alınacaktır¹⁷. CMK m.102/5 de ise, 15 yaşını doldurmamış çocukların tutukluluk sürelerinin yarı oranında, 18 yaşını doldurmamış çocukların tutukluluk sürelerinin ise dörtte üç oranında uygulanacağı düzenlenmiştir.

4. Genel ve katma bütçeli daireler, mahalli idareler, bankalar, İktisadi Devlet Teşekkülleri ve bunların ortaklıkları tarafında kurulmuş fabrika, müessese veya ziraat işletmeleri veya benzeri teşekküllerle işyerlerine yahut meslek sahibi bir usta yanına yerleştirme,

5. Resmi veya özel bir hastaneye veya tedavi evine yahut eğitimi güç çocuklara mahsus kurumlara yerleştirme, ”

¹⁶ **Yokuş Sevük, Handan:** Çocuk Yargılaması Hukukunda Hazırlık Soruşturması, AÜEHFD, C.8, S.1-2, 2004, s.223-225

¹⁷ **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Vilemin/ Tok,** s. 863; **Dönmez,** s.180.

Çocuklar hakkında öncelikli olarak adli kontrol tedbiri denenmeli, adli kontrol tedbirinden sonuç alınamaması durumunda son çare olarak tutuklamaya başvurulması gerekmektedir¹⁸. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 111/3. maddesinde de, hakkında tutuklama kararı verilen çocuğun, infaz kurumlarının çocuklara ayrılmış bölümlerinde, suç türleri gözetilerek barındırılacağı düzenlenmiştir.

Adli kontrol CMK m.109'da, *"Bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, 100 üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir."* şeklinde düzenlenmiştir.

Aynı maddenin 3.fıkrasında, adli kontrol tedbirleri şu şekilde belirtilmiştir;

"a) Yurt dışına çıkamamak.

b) Hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak.

c) Hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde meslekî uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak.

d) Her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme, makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek.

e) Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya ucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek.

f) Şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hâkimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırmak.

g) Silâh bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silâhları makbuz karşılığında adli emanete teslim etmek.

h) Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynî veya kişisel güvenceye bağlamak.

i) Aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek.

j) Konutunu terk etmemek.

¹⁸ Dönmez, s.180

k) Belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek.

l) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemek.”

ÇKK m. 20 ve ÇKKY m. 9’da, CMK’nın 109. maddesine atıf yapılmış, çocuklar için ek tedbir olarak; belirlenen çevre sınırları dışına çıkmama, belirlenen bazı yerlere gidememe veya yalnızca bazı yerlere gidebilme ve belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kuramama düzenlenmiştir. Fakat 20. maddenin 2. fıkrasında, adli kontrolden sonuç alınamayacağını anlaşılmaması veya tedbirlere uyulmaması durumunda tutuklama kararının verilebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden, çocuklar için adli kontrol tedbirlerine karar vermeden doğrudan tutuklama kararı verilebileceği anlaşılmaktadır. Oysa ki, ÇKK’da öncelikle adli kontrol tedbirinin düzenlenmesi gerektiği, adli kontrol tedbirine başvurulmadan tutuklama kararının verilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Fakat düzenleme, adli kontrole başvurmadan tutuklama kararı verilebileceğini öngörmüştür¹⁹. Çocuk hakkında adli kontrol tedbirleri yanında, ÇKK m.5’te düzenlenen danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık, barınma tedbirlerine de karar verilebilir.

ÇKK’nın “Duruşma” başlıklı 22. maddesinde, duruşmada çocuğun, velisi, vasisi, sosyal çalışma görevlisinin, çocuğun bakımını üstlenmiş aile veya kurumda bakılıyor ise kurumun temsilcisinin duruşmada hazır bulunabileceği, mahkemenin çocuğun sorgusu esnasında veya çocukla ilgili diğer işlemlerde çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisinin bulunabileceğini, çocuğun yararının gerektirdiği durumlarda duruşma salonundan çıkarılabileceği, çocuğun sorgusunun yapılması durumunda hazır bulundurulmasına gerek görülmeyebileceği düzenlenmiştir. CMK’nın 185. maddesinde, 18 yaşını doldurmamış kişilerin duruşmalarının kapalı yapılacağı, hükmün de kapalı duruşmada açıklanacağı şeklinde çocuklar için zorunlu kapalılık düzenlenmiştir. CMK 187/2’de, kapalı duruşmanın içeriğinin hiçbir iletişim aracı ile yayınlanamayacağı düzenlenmiştir. Fakat sanık, yargılama sürecinde 18 yaşını tamamlarsa gizlilik ortadan kalkar.

CMK’nın 236. maddesinde işlenen suçun etkisi sonucu psikolojisi bozulmuş çocuğun, suça ilişkin olarak soruşturma ve kovuşturma aşamasında tanık olarak bir defa dinlenebileceği, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından zorunlu bulunan durumların istisna olduğu,

¹⁹ Dönmez, s.193

Cumhuriyet savcısı veya hakim tarafından alınan ifadenin özel ortamda alınması gerektiği düzenlenmiştir.

CMK'nın 253.maddesinde ise, suça sürüklenen çocuklar bakımından üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda uzlaştırma hükümlerinin uygulanacağı da düzenlenmiştir. Maddede, mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşulu aranmıştır. CMK m154/1'e göre, müdafii çocuğun ifadesi alınmadan önce, çocukla mutlaka görüşmelidir. Bu görüşme başkalarının duyamayacağı ortamda gerçekleşmelidir.

B. KONUYA İLİŞKİN ÖRNEK KARARLAR

1. Yargıtay Kararları

Yargıtay bir kararında²⁰, fiili işlediği sırada 12 yaşını doldurmamış sanığın, ceza sorumluluğu olmadığından dolayı hakkına ceza kovuşturmasının yapılamayacağı, yalnızca Çocuk Koruma Kanunu'nda düzenlenmiş çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceğini ifade etmiştir. Bir başka kararında ise²¹, 11 yaşını bitirmemiş çocuklar hakkında kovuşturma yapılamayacağını, dava açılmayacağını, dava açılmışsa bile sürdürülemeyeceğini belirtmiştir.

Bir diğer kararında²², hırsızlık ve konut dokunulmazlığını ihlal suçlarından yargılanan çocuk hakkında verilen mahkumiyet kararına karşı, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 37/b maddesi gereğince çocuğun özgürlüğünden yoksun bırakılmasının başvurulacak en son önlem olduğu, Özgürlüğünden Yoksun Bırakılan Küçüklerin Korunması İçin Birleşmiş Milletler Kuralları'na göre çocukların hapsedilmesinin en son çare olması, çocukların menfaatinin öncelikli düşünce olması, uluslararası sözleşmeler göz önüne alındığında çocuk hakkında bir yaptırım veya tedbir kararına karar verilirken çocuğun en yüksek yararının gözetilmesi, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun temel ilkelerinde çocuklar hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirler ile hapis cezasına en son çare olarak başvurulması gerektiği ifade edilmiştir.

²⁰ Y.1.CD., 03.05.2007, 687-3407 E.

²¹ YCGK, 04.05.1987, 1987/6-121 E., 1987/251 K., (<https://www.kazanci.com.tr/>) Erişim Tarihi: 05.01.2023.

²² Y.6.C.D., 05.05.2014, 2013/35523 E., 2014/9251 K.

Yargıtay, ruhsatsız bıçak taşımak suçundan dolayı suça sürüklenen çocuk hakkında verilen hapis cezası üzerine, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 37/b maddesine ve Özgürlüğünden Yoksun Bırakılan Küçüklerin Korunması İçin Birleşmiş Milletler Kuralları'na atıf yaparak çocukların özgürlüğünden yoksun bırakılmasının son çare olması gerektiğini yinelemiştir²³.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu²⁴, 6136 sayılı Kanuna muhalefet suçundan yargılanan çocuk hakkında, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3/1 maddesinde yer alan, *“Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.”*; 37. maddede yer alan, *“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.”*; 40. maddede düzenlenen *“Taraflar Devletler, hakkında ceza yasasını ihlâl ettiği iddia edilen ve bu nedenle itham edilen ya da ihlâl 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.”* ve Çocuk Koruma Kanununda düzenlenen Temel İlkeler de atıf yaparak, çocuklar hakkında verilen hükümlerin infazının esas amacının çocukların haklarının korunması olduğu, çocuğun yeniden suç işlemekten uzak kalması, çocuğun da yeniden sosyalleşmesi imkanı ile topluma kazandırılması olduğu, çocukların hakkında verilen hürriyeti bağlayıcı cezaların kısa süreli olması gerektiğini belirtmiştir.

2. Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi'nin *Semra Omak* kararında²⁵, 15 yaşındaki E.N, mala zarar verme, hırsızlık, konut dokunulmazlığını ihlal etme suçlarını işlediği iddiası ile göz altına alınmış,

²³ Y.8.CD., 27.01.2014, 2013/20062 E., 2014/1613 K.; Y.17.CD., 09.09.2019, 2019/5991 E., 2019/10202 K.

²⁴ YCGK, 10.06.2014, 2014/2-180 E., 2014, 324 K.; Benzer yöndeki kararlar için bkz. Y.10.CD., 05.05.2014, 2014/3033 E., 2014/3544 K.; Y.17. C.D., 29.04.2019, 2019/6040 E., 2019/6225 K.; Y.17. CD., 13.03.2019, 2018/7517, 2019/3298 K.; YCGK, 11.02.2014, 2013/789 E., 2014/56 K., (<https://www.kazanci.com.tr/>) Erişim Tarihi: 05.01.2023.

²⁵ Semra Omak Başvurusu, Başvuru No: 2015/19167, 17.07.2019, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/78494>) Erişim Tarihi: 06.01.2023.

sorgusunun ardından ise tutuklanmıştır. Tutuklama kararının gerekçesi ise, “*üzerine atılı hırsızlık suçunun vasıf ve mahiyeti, atılı suçun şüpheli tarafından işlendiğini gösterir somut delillerin mevcudiyeti, maddede öngörülen cezanın aşağı ve yukarı haddi, delillerin henüz toplanmamış olması, eylemin niteliği, yargılama sonucunda verilmesi muhtemel cezaya nazaran şüphelinin kaçma ihtimalinin bulunması, eylemin CMK 100/3 maddesindeki katalog suçlardan olması nedeniyle ve bu aşamada adli kontrolün yetersiz kalacağı kanaatiyle CMK 100. maddesi gereğince tutuklanmasına...*” şeklindedir. E.N. hakkında hırsızlık, işyeri dokunulmazlığını ihlal etme, mala zarar verme ve nitelikli olarak konut dokunulmazlığını ihlal etme suçlarından kamu davası açılmış ve tutukluluk halinin devamına karar verilmiştir. E.N., Trabzon E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunun çocuk koğuşunda kendini asarak yaşamına son vermiştir. Anayasa Mahkemesi, uluslararası sözleşmeler ışığında çocukların tutuklanmasının en son başvurulması gereken bir yol olduğunu, tutuklama kararının verilmesinde bir zorunluluk varsa da bu tedbirin en kısa sürede sona erdirilmesi ve adli kontrol tedbirinin özellikle çocuklar bakımından göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin *Furkan Omurtag* başvurusunda²⁶, olay tarihinde çocuk olan başvuran, hırsızlığa teşebbüs suçundan dolayı tutuklanmıştır. Tutuklama kararının gerekçesi ise, “*Suçta sürüklenen çocuğun üzerine atılı suçu işlediği yönündeki kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların mevcut olması, suça sürüklenen çocuğun davranışları, suça sürüklenen çocuğun kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların mevcut olması ve CMK’nın 109. maddesindeki adli kontrol uygulanmasının da şu andaki mevcut delil durumu itibari ile yetersiz kalacağı kanaatine varılarak suça sürüklenen çocuğun CMK 100. vd. maddeleri uyarınca tutuklanmasına...*” şeklindedir. Başvuran tutuklama kararına itiraz etmiş fakat itirazı reddedilmiştir. Başvuran bunun üzerine, tutukluluğa itiraz incelemesinin duruşmasız yapılması ile tutukluluğun haksız ve orantısız olması sebebiyle, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiası ile bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, çocukların tutuklanmasının ancak çok ciddi suçlara yönelik ve istinaî olaylarda mümkün olduğunu, başvuranın tutuklanmasına karar verilirken isnad edilen suçun ne denli ciddi bir suç olduğuna ilişkin somut bir gerekçenin ortaya konulmadığını, suçun ağır bir suç olduğunun söylenemeyeceğini, yargılama sonunda başvurana verilen hapis cezasının adli para cezasına çevrildiği bu sebeple de suçun ve uygulanacak yaptırımın ağırlığı göz önüne alındığında verilen tutuklama kararının ölçülü olmadığı ifade edilmiştir.

²⁶ Furkan Omurtag Başvurusu, Başvuru No: 2014/18179, 25.10.2017, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/18179>) Erişim Tarihi: 06.01.2023.

Anayasa Mahkemesi'nin Z.N.Ç. ve F.İ. başvurusunda²⁷, olay tarihinde çocuk olan başvuruçuların nitelikli yağma suçu işledikleri iddiası ile haklarında tutuklama kararının verilmesi üzerine Mahkeme, çocuklar hakkında tutuklama tedbirine ancak zorunlu hallerde başvurulması gerektiği ve tutuklamanın son çare olduğu, tedbirin mümkün olan en kısa sürede sona erdirilmesi gerektiği, çocukların tutuklanmasının ancak çok ciddi suçlara yönelik istisnai olaylarda uygulanması gerektiği belirtilmiştir.

3. AİHM Kararları

AİHS'in "Özgürlük ve Güvenlik Hakkı" başlıklı 5. maddesinde "*Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir.*" şeklinde kişi özgürlüğü ve güvenliği düzenlenmiştir²⁸. Maddenin devamında ise, bu hakkın hangi durumlarda sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 5/1-d maddesi, "*Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması*" sınırlama nedeni olarak düzenlenmiştir. AİHM vermiş olduğu kararlarda çocukların tutuklanmasını, yetişkinlerden daha hassas incelemiştir²⁹.

AİHM *Blokhin/Rusya* kararında³⁰, Dikkat Eksikliği ve Hiperaktivite Bozukluğu (DEHB) olan 12 yaşındaki çocuğun bir kişinin parasına el koyduğu iddiası ile davranışının düzeltilmesi amacıyla otuz gün ıslahevinde tutulmasına karar verilmesi üzerine çocuğun ıslahevinde bulunduğu süre boyunca doktorun önerdiği tıbbi tedaviden mahrum kalması ve sağlık durumunun kötüye gitmesini özgürlüğünden yoksun bırakılan çocukların sağlığının çocuklar için belirlenen tıbbi standartlara uygun olacak şekilde korunması gerektiğini, yetkilerin her zaman çocuğun yüksek çıkarını gözetmesi ve çocuğun bakım ve korumasından sorumlu olduklarını, çocuğun ıslahevine yerleştirilmesine karar verilirken, sağlık durumunun ıslahevine uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini, otuz günlük sürenin çocuğun

²⁷ Z.N.Ç. ve F.İ. Başvurusu, Başvuru No: 2021/307, 24.11.2021, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2021/307>) Erişim Tarihi: 06.01.2023.

²⁸ Detaylı bilgi için bkz. https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (E.T : 20.01.2023)

²⁹ **Kılıçoğlu, Bavver:** Uluslararası Metinler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Suça Sürüklenen Çocuğa Tutuklama Tedbirinin Uygulanması ve Türkiye Uygulaması, Terazi Hukuk Dergisi, C.15, S.161,2020, s.5

³⁰ Blokhin/Rusya, Başvuru No: 47152/06, 23.03.2106, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-161822%22%5D%7D>) Erişim Tarihi: 10.01.2023.

tedbire nihai olarak başvurduğunu gösterir bir gerekçe olmadığını bu sebeple Sözleşme'nin 5/3 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

AİHM *Özgür Çelik/Türkiye* kararında³⁴ ise, 16 yaşında hırsızlık yaptığı iddiası ile tutuklanan başvuranın başvurusunu değerlendirirken, tutuklamaya son çare olarak başvurabileceğini, tutukluluk süresinin mümkün olduğunca kısa tutulması gerektiğini vurgulamıştır.

AİHM *Boumar/Belçika* kararında³⁵, çocukların tutuklu kaldıkları sürenin ve durumunun belirli aralıklarla değerlendirilmesini ve tutukluluğun yasal olup olmadığı konusunda avukattan faydalanmalarının sağlanması gerektiğini ifade etmiştir.

AİHM *Yeşilyurt/Türkiye* kararında³⁶, 17 yaşındaki başvuranın yasadışı örgüt üyesi olduğu şüphesi ile gözaltına alınıp tutuklanması ve yaklaşık 9 yıl süren ve tutukluluğun sürekli suçun niteliği ve delillerin durumu şeklindeki kalıplaşmış ifadelerin kullanması ile uzatılmasını AİHM'nin 5/3 maddesini ihlal ettiğini belirtmiştir.

AİHM *Güveç/Türkiye* kararında³⁷, 15 yaşındaki başvuran terör örgütü üyesi olduğu iddiası ile tutuklanmış, yaklaşık dört buçuk yıl tutuklu kalmış ve altı aydan uzun bir süre boyunca avukat yardımından yararlanamamıştır. Mahkeme, başvurucunun tutuklandıktan sonra yeteri kadar yasal temsil imkânından yararlanamamasını, yetişkinlerle birlikte cezaevinde tutulmasını, ölüm cezası öngörülen bir suçla yargılanmasını, başvuru açısından büyük bir belirsizlik yarattığı ve psikolojik sorunlarına neden olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, yerel makamların hem bu sorunlardan hem de yeterli tedavinin sağlanamamasından sorumlu olduğunu, bu sebeple başvuranın insanlık dışı ve onur kırıcı muameleye maruz kaldığını, başvuranın bu kadar uzun süre tutuklu kalmasında kamu yararı bulunmadığını ve bu sürenin

³⁴ Özgür Çelik/Türkiye, Başvuru No: 6670/10, 17.03.2015 (<http://www.cocukgozlemevi.org/aihm-davalari/ozgur-celik-turkiye>) Erişim Tarihi: 10.01.2023.

³⁵ Boumar/Belçika, Başvuru No: 9106/80, 29.02.1988, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-57444%22%7D>) Erişim Tarihi: 10.01.2023.

³⁶ Yeşilyurt/Türkiye, Başvuru No: 15649/05, 23.02.2010, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22Ye%22C5%22Filyurt%22%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%22itemid%22%3A%22001-97411%22%7D>) Erişim Tarihi: 10.01.2023.

³⁷ Güveç/Türkiye, Başvuru No: 70337/01, 26.01.2010 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-90700%22%7D>) Erişim Tarihi: 10.01.2023.

aşırı uzun olduğunu bu sebeplerle Mahkeme, Sözleşme'nin 3., 5/3., 5/4. ve 6/1 ve 6/3. maddelerinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

C. KONUYA İLİŞKİN DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Bireylerin, eylem ve davranışlarının toplumdaki değer yargılarına uygun olup olmadığı noktasındaki değerlendirmeleri ve bu değerlendirme sonucunda davranışlarını yönlendirebilme yeteneği, bireylerin fiziksel gelişimleri ile paraleldir. Yaş küçüklüğü, doğru ve yanlış ayırt edebilme yeteneğini etkilediğinden kusur yeteneği ile aralarında sıkı bir bağlantı bulunmaktadır³⁸. Günümüzde çocuklara, yetişkinlerden farklı davranılması gerektiği kabul edilmektedir³⁹.

Pekin Kurallarında, *“Küçükler için ceza sorumluluk yaşı tespit eden hukuk sistemlerindeki küçüklerin duygusal, zihinsel ve entelektüel olgunlukları göz önünde tutulur ve çok küçük bir sorumluluk yaşı tespit edilemez.”* şeklindeki düzenlemede genel bir yaş sınırı verilmemiş olması yerinde bir düzenlemedir çünkü tarihi, kültürel ve sosyal koşullara göre asgari yaş sınırı büyük farklılıklar gösterebilmektedir⁴⁰. Yaşın kusur yeteneğine olan etkisi, 18 yaşına kadar kabul edilmiştir⁴¹. Bu gruba giren çocukların özel ilgiye ihtiyaç duydukları ve ergenlik döneminde oldukları bir gerçektir. Bu sebeple iyileştirilmeleri için mutlaka özel infaz düzenlemeleri ve özel yaptırımların olması gerektiği de ifade edilmiştir.⁴²

Çocuk mahkemelerinde görevli hakimlerin, çocukların seviyesine inebilen, onların psikolojisinden anlayabilen hakimler arasından seçilmesi gerektiği ayrıca çocuk hakimlerinin yargılanan çocuğun istikbalini elinde tuttuğunu bilerek hareket etmesi gerektiği de vurgulanmıştır⁴³.

Ulusal ve uluslararası düzenlemelerde 18 yaşını doldurmamış kişilerin çocuk olarak nitelendirildiği görülse de, 12 yaşını bitirmemiş kişilere çocuk, 12 yaşını doldurup 15 yaşını

³⁸Koca/Üzülmez, s.320; Karakehya, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2022, s.154; Öztürk/Erdem, s.315; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 369

³⁹Akbulut, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 9.Baskı, Ankara, 2022, s.632

⁴⁰Demirbaş, s.372

⁴¹Genç/Yurtlu/Kurt Kılıç/Kılıç, s.90

⁴²Dönmez, s.84

⁴³Kunter, Nurullah: Suçlu Çocuklar ve Çocuk Mahkemeleri Nasıl Olmalı?, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.15, S.1, 1949, s.58

doldurmamış kişilere küçük, 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamış kişilere de genç denilmesi gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur⁴⁴. Doktrinde, çocukların değil, belirli yaşı doldurmuş gençlerin suç işleme ehliyetinin bulunduğu, 3 yaşındaki bir çocuk ile 16 yaşındaki bir genci aynı kelimeyi kullanarak ifade etmenin doğru olmadığı da belirtilmiştir⁴⁵.

15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış çocukların eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama ve hareketlerini buna göre yönlendirme yetenekleri gelişmiştir. Bu nedenle kusur yeteneğine ilişkin ayrı bir inceleme yapılmaz⁴⁶. Bu yaş gurubundaki çocuklar için, yetişkinlerden farklı olarak belirleme yapılması, çocukları toplum kazandırmak, suç işlemelerini önlemek ve ceza siyaseti gerekçesi amacına dayanmaktadır⁴⁷.

ÇKK'nın 42. maddesinde düzenlenen “*Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Ceza Muhakemesi Kanunu uygulanır.*” hükmü çocuğun topluma kazandırılması fikrine aykırıdır. Çocuk Ceza Muhakemesinin ilkeleri diğer bir ifadeyle on emir⁴⁸, Çocuk Ceza Muhakemesinin omurgasını oluşturmaktadır. Fakat ülke genelinde çocuk mahkemelerinin dahi kurulmasında sorun çıkan bir muhakeme sisteminde belirtmiş olduğumuz on emrin hayata geçirilmesi konusunda tereddütler mevcuttur⁴⁹.

Tutuklama ile ulaşılmak istenen amaca, adli kontrol tedbiri ile ulaşılabilirse, ölçülülük ilkesince tutuklamadan önce adli kontrol tedbirleri uygulanması gerektiği ve böylelikle hakimın kişilerin özgürlüğüne daha az müdahalede bulunmuş olacağı konusunda doktrinde görüş birliği bulunmaktadır⁵⁰. Ayrıca, tutuklama tedbirinin ceza gibi görülmemesi ve

⁴⁴ Öztürk/Erdem, s. 315

⁴⁵ Dönmez, s.17

⁴⁶ Öztürk/Erdem, s.317; Dönmez, s.83

⁴⁷ Özgenç, s.473; Koca/Üzülmüş, s.325

⁴⁸ Çocuk Ceza Muhakemesi İlkeleri : “Çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi; çocuk ve ailesinin herhangi bir nedenle ayrımcılığa tabi tutulmaması; Çocuk ve ailesinin bilgilendirilmek suretiyle karar sürecine katılımlarının sağlanması; insan haklarına dayalı, adil, etkili ve süratli bir usul izlenmesi; Soruşturma ve kovuşturma sürecinde çocuğun durumuna uygun özel ihtimam gösterilmesi; Kararların alınmasında ve uygulanmasında, çocuğun yaşına ve gelişimine uygun eğitimi, kişiliğini v toplumsal sorumluluğunu geliştirmesinin desteklenmesi; Çocuklar hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirler ile hapis cezasına en son çare olarak başvurulması; Tedbir kararı verilirken kurumda bakım ve kurumda tutmanın son çare olarak görülmesi, kararların verilmesinde ve uygulanmasında toplumsal sorumluluğun paylaşılmasının sağlanması; Çocukların bakılıp gözetildiği, tedbir kararlarının uygulandığı kurumlarda yetişkinlerden ayrı tutulmaları; Çocuklar hakkında yürütülen işlemlerde, yargılama ve kararların yerine getirilmesinde kimliğinin başkaları tarafından belirlenememesine yönelik önlemler alınması.”

⁴⁹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemın/ Tok, s.858

⁵⁰ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemın/ Tok, s.475; Yenisey/Nuhoğlu, s.389-390

kullanılmaması, tutuklamanın yerine seçenekler getirilmesi, tutuklama koşulları ve sürelerinin de çocuklara özgü şekilde düzenlenmesi gerektiği de ifade edilmektedir⁵¹.

Çocuklara ilişkin düzenlenen adli kontrol tedbirinin, yetişkinlere nazaran daha ağır bir düzenleme olduğunu savunan görüşler de mevcuttur. Şöyle ki, adli kontrolü düzenleyen 20. maddedeki, “*Bu tedbirlerden sonuç alınamaması, sonuç alınamayacağının anlaşılması veya tedbirlere uyulmaması durumunda tutuklama kararı verilebilir.*” hükmü karşısında CMK’nın 112. maddesinde “*Adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında, hükmedilebilecek hapis cezasının süresi ne olursa olsun, yetkili yargı mercii hemen tutuklama kararı verebilir.*” hükmü, yetişkinlerde adli kontrol tedbirlerinin isteyerek yerine getirilmemesi durumunda tutuklama kararı verilebilirken, çocuklarda ise tutuklama kararı bu tedbirlere uyulmaması, tedbirlerden sonuç alınamaması veya sonuç alınamayacağının anlaşılmasında da verilebilmektedir. Doktrinde bu düzenlemenin çocuk yargılamasındaki temel ilkelere aykırı olduğu, tutuklamanın en son çare olarak başvurulması gerektiği belirtilmiştir⁵².

Pekin ve Havana kurallarında tutuklamanın son çare ve mümkün olan en kısa sürede uygulanması gereken bir tedbir olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla 15 yaşın altındaki çocukların üst sınırı 5 yılı geçmeyen hapis cezasını gerektiren fiilerinden dolayı tutuklanamaması kuralı Pekin ve Havana kurallarına uygun bir düzenleme niteliği taşımaktadır. Gerek ulusal gerekse uluslararası düzenlemeler çerçevesinde, çocuğun tutuklu bulunduğu işler ve davaları, yetkili makamların süratle sonuçlandırması ve çocukların tutuklu bulundukları sürelerin mümkün olduğunca kısa olması gerektiği, yalnızca ilke olarak kalmaması kanunda ayrıca düzenleme altına alınması gerektiği doktrinde vurgulanmıştır⁵³. Ayrıca, tutuklamanın istinai ve diğer tedbirlere başvurulmadan uygulanmaması gereken bir tedbir olduğu da ifade edilmiştir.⁵⁴

Doktrinde ayrıca, tutuklamanın gerekçesinde belirtilen fiziksel, psikolojik şok, damgalanma gibi olumsuz etkilerden çocuğun uzak tutulmasının yalnızca 15 yaşın altındaki çocuklar için değil, 15 yaşını doldurmuş çocuklar için de geçerli olacağı, bu şekilde yaş sınırı

⁵¹ **Yokuş Sevük**, s.225

⁵² **Akbulut, Berrin**: Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, 2013, s. 568

⁵³ **Akbulut**, Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması, s.569-570

⁵⁴ **Öztürk/Tezcan/Erden/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemın/ Tok**, s.475-476

koymak yerine tutuklamaya en son başvurulması gereken bir tedbir olarak başvurulması gerektiği yönünde eleştiriler de bulunmaktadır⁵⁵.

Doktrinde eleştiri konusu olan bir diğer husus ise, 12 yaşını doldurmuş fakat 15 yaşını doldurmamış çocuklar için kusur yeteneğinin olup olmadığına ilişkin sosyal inceleme yapılmasına karşın, 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış çocuklar hakkına kusur yeteneğine ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın doğrudan cezai sorumluluğun kabul edildiğidir⁵⁶. Çocuğun sadece yaşına bakılarak hakkında bir cezaya hükmolunması yerine her somut olay açısından sosyal inceleme yapılması ve yargılama sürecinde bu raporun göz önüne alınmalıdır⁵⁷.

Doktrinde eleştirilen bir diğer husus, adli kontrolün etkili biçimde uygulanmamasıdır. Çocukların tutuklanması son çare olduğundan, hakime tutuklama yerine adli kontrolün yeterli olacağına ilişkin olarak delillerin sunulması, bunun için de avukat, çocuğun sosyal çevresi ile ilgili bilgi sahibi olmalı, gerekirse sosyal çalışma görevlisi ve çocuğun ailesi ile iletişim kurmalı, çocuğun tutuklanmaması için gerekli bilgileri edinip mahkemeye sunmalıdır⁵⁸.

Suç konusu eylemlerin sonuçlarını ortadan kaldırma, mümkün olduğunca faili ve mağduru kapsayarak aynı zamanda onlara karşı gerekli yardım ve desteği de sağlamalıdır⁵⁹. Çocukların eğitimlerinin devam edebilmesi, sosyal sorumluluk konusunda bilinçli olabilmeleri için farklı projelerde yer alması gibi alternatif metotların denenmesi, çocukların fiziksel ve psikolojik gelişimlerini olumlu etkileyecek yaklaşımlar olduğu ve çocuğun yüksek menfaati gözetilerek yapılan yargılamanın, tutuklama gibi ağır tedbirlerin olumsuz etkilerini değerlendirmeye hizmet edeceği görüşü de ön plandadır⁶⁰.

Doktrinde üzerinde durulan bir diğer konu ise şüpheli veya sanığın ifade verirken içinde bulunduğu fiziksel ve ruhsal koşullardır. Diğer yandan, şüpheli veya sanık asıl savunmasını, sorgulanırken veya ifade verirken yapmaktadır. Dolayısıyla, şüpheli veya sanığın, ifade veya

⁵⁵ **Centel, Nur:** Çocuk Mahkemeleri Yasa Tasarısına Eleştirel Yaklaşım, Facultatis Decima Anniversaria, M.Ü Hukuk Fakültesi 10.yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, 1993, İstanbul, s.329-330

⁵⁶ **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Vilemin/ Tok,** s.854

⁵⁷ **Onursal, Betül:** Çocuk ve Demokrasi-Küçüklere Özgü Yargılama Hukuku

⁵⁸ **Tüysüz/Yenisey/Koçyıldırım/Güven/Fırat/Karakaya/Acar/Ziyalar/Ejderoğlu/Bilen,** s.114

⁵⁹ **Dandurand, Yvon/Griffiths, Curt T.:** Onarıcı Adalet Programları El Kitabı, Ceza Adaleti El Kitapları Dizisi, New York: BM Yayını, 2006, s.6

⁶⁰ **Kılıçoğlu,** s.23

veya sorgu esnasında, fiziksel veya ruhsal olarak normal dışı halde bulunması, sorgulamayı imkansız hale getirecektir⁶¹.

Şüpheli veya sanık ifade veremeyecek durumda ise ve bu durum sarhoşluk, rahatsızlık veya bir şokun etkisinde bulunmak gibi geçici ise bu durumda kişinin bu durumun etkisinden çıkması beklemek gerekir. Şüpheli veya sanığın ifadesine başvurulmadan önce, ifade vermeye ehil olup olmadığının araştırılması gerekecektir⁶².

D. GÖRÜŞÜMÜZ

Çalışmamızda yer verdiğimiz uluslararası ve ulusal mevzuattaki düzenlemeler ışığında, çocukların henüz fiziksel ve psikolojik gelişimlerini tamamlamadıkları, dolayısıyla istismara açık ve korunmaya muhtaç bireyler olmalarından dolayı yetişkinlerden ayrı bir yargılamaya tabi olduğu görülmektedir. Bu sebeple gerek soruşturma aşamasında gerek kovuşturma aşamasında daha dikkatli davranılması, bu evrelerde görevli personellerin de özel eğitimden geçerek çocukların psikolojisine yakınlaşarak iletişim kurmaları büyük önem arz etmektedir.

İncelediğimiz kararda 17 yaşında olan başvuranın, ifadesine başvurulamayacak durumda olmasına rağmen sorgusuna devam edildiği, daha sonrasında ise tutuklandığı görülmektedir. Hakim, başvuranın Cumhuriyet savcısı tarafından ifadesinin alınması beklenmeden, hakkında tutuklama kararı vermiştir. Cumhuriyet savcısı, başvuranın uyku hali içinde olmasından dolayı ifade alamayacağını söylemiştir. Bu durumda ifade alınabilmesi için, öncelikle başvuranın içinde bulunduğu uyku halinin geçmesinin beklenmesi gerekir. Başvuran geçici durumun etkisinden çıktıktan sonra, öncelikle Cumhuriyet savcısı tarafından ifadesinin alınması daha sonra hakim karşısına çıkarılması gerekmektedir.

Karardan da anlaşılaacağı üzere, hakim adli kontrol tedbirine başvurmadan doğrudan tutuklama kararı vermiştir. Gerek uygulamada gerekse mevcut düzenlemede çocukların yargılanması sürecinde, mevzuatın adli kontrol tedbirinden sonuç alınamayacağının anlaşılması düzenlemesi karşısında hakim, çocuk hakkında adli kontrol tedbirine başvurmadan doğrudan tutuklama kararı verebilmektedir. Bu düzenlemenin çocuklar hakkında öncelikle adli kontrol

⁶¹ Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara, 2022, s.178

⁶² Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.178

tedbirine başvurmayı zorunlu kılarak, adli kontrol tedbiri uygulandıktan sonra sonuç alınamamasının anlaşılması durumunda tutuklama tedbirine başvurulması şeklinde düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Tutuklamaya ilişkin düzenlemeler uygulamada birçok soruna yol açmakta, hakim adli kontrol tedbirine başvurmadan, adli kontrol tedbirinden sonuç alınmayacağının anlaşılması şeklindeki gerekçe ile tutuklamaya karar vermekte, bu durumda çocuklarda geri dönüşü olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. Son çare niteliğinde olan tutuklama tedbiri kişiyi özgürlüğünden yoksun bıraktığı için istisnai olarak başvurulması gereken bir tedbirdir. Nitekim, BMÇHK 10 No’lu Genel Yorum’unda da bu husus, “*Mahkeme öncesi gözaltı ve mahkeme sonrası hapis dâhil özgürlükten yoksun bırakılmanın istisnai olarak uygulanması*” şeklinde vurgulanmıştır⁶³. Bu gerekçeyle başvuranın çocuk olduğu göz önüne alındığında doğru düzgün ifadesinin alınmadan hakkında tutuklama tedbirine başvurulması, öncelikle adli kontrole başvurulmaması başta çocukların yargılanmasındaki temel ilkelere aykırı olmakla birlikte AİHS’nin 5. maddesinde düzenlenen “*Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*”na da aykırıdır.

Çocuğun cezaevinde tutulması mümkün olan en kısa sürede sona ermelidir çünkü çocuğu cezaevinde tutmanın amacı özgürlüğünden yoksun bırakmak değil, onu topluma tekrar kazandırabilmektir. Cezaevinde kaldığı süre uzadığı takdirde çocuk toplumdan soyutlaşır ve çocuğun topluma dönüşü zorlaşır.

Ayrıca başvuran tutuklu bulunduğu süre boyunca da yetişkinlerle beraber kalmıştır. Bu durumda uygulamada çok büyük sorunlara yol açtığını söyleyebiliriz. Çocukların tutuklu kaldıkları süre boyunca yetişkinlerden ayrı bir yere tutulmaları, bakım, sağlık, eğitim gibi temel ihtiyaçlarının karşılanması gerektiği ulusal ve uluslararası düzenlemelerde yer almaktadır. Dış etkenlere daha açık, etkilenmeleri daha kolay olan çocukların yetişkinlerle bir arada tutulması suç işleme eğilimlerini artırabileceğinden çocuğun topluma tekrar kazandırılması daha da güç olacaktır. Bu sebeple çocukların en son çare olarak tutuklanması, tutuklandıkları durumda ise yetişkinlerden ayrı bir yerde tutulmaları ve tüm ihtiyaçlarının gelişimlerini olumlu etkileyecek şekilde karşılanması, çocuğun geleceği için önem arz etmektedir.

⁶³ BMÇHK 10 No’lu Genel Yorum

AİHM, çocukların yargılanmasına ilişkin kararlarında Sözleşme'nin 5. maddesinde düzenlenen “Özgürlük ve Güvenlik Hakkı”na değinerek, çocukların hakkında hüküm verilmeden özgürlüklerinden yoksun bırakılmasının son çare olarak görülmesi ve mümkün olan en kısa zamanda bu tedbirin sona ermesi gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme aynı zamanda yargılama yapılırken şüpheli ve sanığın çocuk olduğunun göz önünde tutulmadan tutuklama kararı verilmesini 5. maddenin ihlali olarak değerlendirmektedir. AİHM'in vermiş olduğu ihlal kararına katılmakla birlikte, çocuklarla ilgili düzenlemelerin yetersiz kaldığını söyleyebiliriz. Gerek soruşturma aşamasında gerek kovuşturma aşamasında hassas davranılması gereken çocukların, uygulamada ne yazık ki gereken dikkat ve özen gösterilmeden yargılandığını görmekteyiz. AİHM'in çocukların tutuklanmasına yönelik vermiş olduğu ihlal kararlarının çokluğu göz önüne alındığında, iç hukukumuzda çocuklar için düzenlenen diğer tedbirlere başvurulmadığını, çocuğun psikolojik ve fiziksel sağlığını korumak amacının gözetilmediğini, özellikle 15 yaş üstünde suç işleyen çocukların adli kontrol tedbirine başvurulmadan doğrudan tutuklandığını söyleyebiliriz.

Çalışmamızda sıklıkla belirttiğimiz üzere, çocukların tutuklanmasına ilişkin düzenlemenin bir an önce gözden geçirilmesi ve özellikle cezaevinde kalan çocukların bakım, korunma, eğitim, sağlık gibi temel ihtiyaçlarının hassasiyetle karşılanması gerektiğini önemle vurgulamaktayız.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 9.Baskı, Ankara, 2022.

Akbulut, Berrin: “Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, 2013.

Artuk, Mehmet Emin/Gökcen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 14.Baskı, Ankara, 2020.

Baykara Acar, Yüksel/Acar, Hakan/Berghana, Selin: Türkiye’de Çocuk Koruma Sistemi: Sorunlar ve Savunu Alanları, Uluslararası Çocuk Merkezi, 2018, Ankara.

Centel, Nur: Çocuk Mahkemeleri Yasa Tasarısına Eleştirel Yaklaşım, Facultatis Decima Anniversaria, M.Ü Hukuk Fakültesi 10.yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, 1993, İstanbul.

Centel, Nur/Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, 21.Baskı, 2022

Dandurand, Yvon/Griffiths, Curt T.: Onarıcı Adalet Programları El Kitabı, Ceza Adaleti El Kitapları Dizisi, New York: BM Yayını, 2006

Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 17.Baskı, Ankara, 2022

Dönmez, Burcu: Çocuk Yargılaması-Ceza Muhakemesi Hukukunda Çocuklara Özel Soruşturma ve Kovuşturma Kuralları, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara, 2020

Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997

Genç, Fatma Umay/Yurtlu, Fatih/Kurt Kılıç, Elif/Kılıç, Burak: Ceza Genel Hukuku, (Editörler: Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ), Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara, 2022

Karakehya, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2022

Kılıçoğlu, Bavver: “*Uluslararası Metinler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Suça Sürüklenen Çocuğa Tutuklama Tedbirinin Uygulanması ve Türkiye Uygulaması*”, Terazi Hukuk Dergisi, C.15, S.161,2020, ss.22-33

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 15.Baskı, Ankara, 2022

Kunter, Nurullah: Suçlu Çocuklar ve Çocuk Mahkemeleri Nasıl Olmalı?, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.15, S.1, 1949

Onursal, Betül: Çocuk ve Demokrasi-Küçüklere Özgü Yargılama Hukuku

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pinar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 13.Baskı, Ankara, 2022

Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 18. Baskı, Ankara, 2022.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, 21.Baskı, Ankara, 2021

Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma Gezer, Özge/Saygılar Kırıt, Yasemin/Alan, Esra/Özaydın, Özdem/Erden Tütüncü, Efser/Altınok Villemın, Derya/ Tok, Mehmet Can: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, (Editör : Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Bahri ÖZTÜRK), Seçkin Yayıncılık, 15.Baskı, Ankara, 2022

Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara, 2022

Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku-I, Seçkin Yayıncılık, 12.Baskı, Ankara, 2021

Tüysüz, Ahmet/Yenisey, Feridun/Koçyıldırım, Gökten/Güven, İrfan/Fırat, Melek Salih/Karakaya, Naim/Acar, Necla/Ziyalar, Neylan/Ejderoğlu, Özlem/Akço Bilen, Seda: Suça Sürüklenen Çocuklara Hukuki Yardım Eğitimci El Kitabı, Ankara, 2010

Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık,10.Baskı, Ankara, 2022

Yokuş Sevük, Handan: Çocuk Yargılaması Hukukunda Hazırlık Soruşturması, AÜEHFD, C.8, S.1-2, 2004, ss.199-232