

ÇEVİRİ YANLIŞLIKLAR VE “ÇOCUK HAKLARINA DAİR SÖZLEŞME”
“BM Pekin Kurallarına Yönelik Tespitler; “Adalet” Adına Çocuklara/Gençlere Etkiler ”

Av. Türkay Asma

SHU. Nihat Tarımeri

Hukuka ve tekniğe aykırılıklar, zehirli ağacın zehirli meyvesi gibidir.

Giriş

1.Sık sık gündeme gelen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 103. Maddesi bağlamında çocuklara ve kadınlara yönelik işlenen cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarla ilgili soruşturmalar ve bu kapsamda uygulanan koruma tedbirlerinin ve delil mahiyetindeki görüntülerin son zamanlarda yazılı ve görsel basında açıkça ve sıklıkla yer almaktadır. Anayasa Mahkemesinin 2015 yıllarında almış olduğu kararlar yeni düzenlemelere de ayrıca neden olmuştur. ¹Bu sorunun dışında çocuklara yönelik yaşadığımız sorunlar yoğun bir şekilde devam etmektedir. Sosyoekonomik durumlar ile göç gibi sorunlar yaşanan sorunları daha da derinleştirmektedir. Bir toplumun geleceğini belirleyecek çocukların toplumsal açıdan korunması, esirgenmesi için görev sorumluluk daha da artmaktadır. Adalet ve sosyal hizmetler, eğitim, sağlık gibi temel hizmetler arasında çocukların korunması ve sosyal ihtiyaçlara yönelik iyi olma haline ulaşılması 2004 yılından beri T.C. Anayasası’nın 90. Maddesi ile sözleşmeleri yükümlü kılmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi gibi temel haklar arasında Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (BMÇHS) temel haklardan birisidir. Bir çocuğun, tam olarak anlamadığı, gelişimsel olarak hazır olmadığı ve rıza göstermeyeceği cinsel eylemler katılması; çocukların cinsel istismarı olarak ta tanımlanmaktadır. Toplumda güçsüz ve yoksun kılma konusunda çocuklara yönelik cinsel eylem sonucu ortaya çıkan çeşitli etkiler ise kişisel ve toplumsal açıdan birlikte ele almayı gerektirmektedir. Çocuklara yönelik böyle bir eylem özellikle insan hakları ve çocuk haklarının ağır bir ihlali olarak öne çıkmaktadır. Yine cinsel eylem konusunda etkilenen çocuk bir “kurban/victim/opfer” olarak ele alınmaktadır. Türkiye de ise “mağdur” olarak ele alınmak istenmektedir. Temel hak ve özgürlükler açısından böyle ağır ihlali içeren önemli konu ve sorun(lar) aynı zamanda temel haklara ve özgürlükler açısından saygı gösterilip gösterilmediğini ve korunmasını da önemli bir göstergesidir. Özellikle de 2004 yılından beri iç hukukun bir parçası olan BMÇHS’de yer alan temel haklara yönelik gösterilmesi gereken saygı ve koruma anayasal bir görev ve sorumluluğu da öne çıkarmaktadır. Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ise ; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlet olarak öne çıkmaktadır. Toplumda % 30 oranında onsekiz yaşını doldurmamış çocuklar arasında çocukların cinsel istismarı konusunda ortaya çıkan kurban çocukların hem kurbanların hem de hakların korunması açısından yöntem ve araçlar aynı zamanda tutarlılık ve eşdeğerliliği de birlikte değerlendirilmesi hukuk devlet için gerekmektedir. Özellikle de suç hukuku açısından suçu inceleme konusundaki yöntem ve araçlar adaletle ulaşılması için evrensel kurallar ve ölçüler birlikte ele alınmalıdır. Temel hak ve özgürlüklerin korunması için öne çıkan adalet hizmeti adına öne çıkan ve bu yönde düzen oluşturma konusunda hedefler de görevler arasındadır. Çocukların istismarına yönelik böyle bir eylem sonucu hem kurban çocuğun haklarının korunması ve gözetilmesi hem kişisel hem toplum açısından adil ve adaletli bir davranışı öne çıkarmaktadır. Aynı zamanda böyle bir eyleme neden olan sonuçlarında adil ve adaletli davranılması da temel haklar ve özgürlükler

açısından birlikte ele almayı gerekmektedir. Sosyal devlet ve sosyal adalete ulaşım konusunda hakların kötüye kullanılması da bu haklar kapsamındadır. Kişisel vicdan ile değerler arasında bir dengeyi de içeren adil ve adaletli bir hizmet kamusal bir hizmet olarak öne çıkmaktadır. Modern bir hukuk devlet yapısında yürütme, yasama, yargı gibi üç erkin ilişkisi ve yapılanmada bu yöndedir. Dolayısıyla adalet hizmete ulaşım konusunda öne çıkarılan hedeflerin arasında çocukların istismarı gibi önemli sorunun giderilmesi ve önlenmesi de bu görevlerin arasındadır. Ancak çocukların istismarı gibi önemli sorunun sık sık gündeme alınması aynı zamanda suçu inceleme yöntem ve araçlarının da yeterli olmadığını ortaya koymaktadır. Hem önlem konusunda ki çaresizlik hem de eyleme neden olan kişi için ölüm cezası gibi talepler adalet sistemi ve hizmet konusundaki eksikliği ve yanlışlığı da ortaya koymaktadır. Böyle çaresizlikle birlikte hukuksal, bilimsel vede uygulayıcılar açısından boyut(lar) farklı farklı da bakılmaktadır. Çocukların korunup kollanması açısından sosyal hizmetlerin sosyal adalet dahil adalet sistem ve hizmeti açısından tamamlayıcı unsuru olması üç boyut için ayrı ayrı ve birlikte uyum içinde ayrıca önemlidir. Kurban/mağdur çocuklar için sosyal hizmetler ile ilgili tamamlayıcı oran adalete sağlanması içinde temel ölçü olup adil ve adalete ulaşımı ise oran belirlemektedir. Bu yönde ki görev ve sorumluluğun yanı sıra zaman zaman %25 oranında 18 yaşını doldurmamış çocuk ve gençlerin TCK.103 maddesi açısından “fail” olarak yer alması da diğer önemli bir gerçektir.² Örneğin bu maddelerde yer alan cezaların 2016 yılında yapılan düzenlemeler dahil Adalet Bakanlığı verilerine göre 2016 yılında sanık sayısı (15.006) iken bu sayıların arasında 12-15 grubunda (1.839), 15-18 yaş grubu için (1.690) olmak üzere 12-18 yaş grubu için toplam (3.529)(%24) dur. 2017 yılında sanık sayısı ise (16.323) iken bu sayıların arasında 12-15 grubunda (2.196), 15-18 yaş grubu için (1.789) olmak üzere 12-18 yaş grubu için toplam (3.985)(%24) dir. Küçük bir artışın söz konusu olduğu böyle bir sorun endişeler ile birlikte tartışmaları devam ettirmektedir. BMÇHS ve yine Türkiye’nin Avrupa Konseyine dahil olması , AB ile müzakere süreci diğer sözleşmeler ve sistem özelliği , gençlerinde dahil olduğu çocukların, iki boyut açısından ele alınmasını adil ve adalet için gerekmektedir.

2. Ayrıca bilindiği gibi 10.07.2018 tarihli ve (1) Numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 41. Maddesine göre, Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün görev ve yetkileri açısından 19.11.2018 tarihinde “*Çocuk ve Kadınlara Karşı İşlenen Cinsel Suç Soruşturmaları*” konusunda 170 Sayılı genelgeyi yayımlamıştır.³ TCK.103 maddesi ve cinsel suçlar açısından kurban(mağdur) kişilerin üzerinde fiziksel ve duygusal olarak kısa ve uzun dönemde yıkıcı etkilere sahip olması ve de kurbanların /mağdurların yakınları üzerinde benzer etkiler adli işlemlerinin önemini, sosyal ve hukuk devletine uygun olmasını hukukun üstünlüğü açısından gerektirirken ek bir toplumsal sorumluluğun yüklenilmesinden de bahsedilmektedir. TCK.103 maddesi dahil bu yönde yer alan Çocuk İzleme Merkezi (ÇİM) ve Adli Görüşme Odaları (AGO) gibi suçu inceleme yöntem ve araçlara yönelik talimat öne çıkmaktadır. Özellikle soruşturmanın gizliği, çocukların damgalanması ve masumiyet karine bağlamında görüntüleri de içeren bilgilerin sosyal medya dahil görsel ve yazılı medyada yeni bir yargılamanın araç olması konusunda ki rahatsızlık için genelge de bir nedendir. Gerekçe ve mağdur/kurban çocukların tekrar dinlenmesi nedeniyle ortaya çıkan ihtiyaç bağlamında Anayasaya ve tekniğe aykırılıklar hukuksal, bilimsel ve uygulayıcılar açısından sorunların da aynı zamanda parçası olabilmektedir. TCK.103 ve TCK/31 madde ile birlikte 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) nun 236. maddeleri çocuklar ve gençler içinde kaynaklık yapmaktadır. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) ve 6284 sayılı düzenlemeleri de içeren Genelge özellikle

2

□ <http://sosyalhizmetuzmanlari.com/makale-oku/136/cocuklarin-cinsel-istismari-ve-cocuklarin-korunmasi-adina-yozlastirilmis-adalet-ve-sosyal-hizmetler-cocuk-izleme-merkezi-ve-adil-yargilama-boyutu>
<http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/ozelkitaplar.html>
<https://ekmekvegul.net/gundem/cocuk-istismari-3-kat-artti-davalarin-neredeyse-yarisi-cezasizlikla-sonuclandi>

3

□ <http://www.cigm.adalet.gov.tr/19/11/2018-tarihli-170-nolu-%E2%80%9Ccocuk-ve-kadınlara-karsi-islenen-cinsel-suc-sorusturmaları-%E2%80%9C-konulu-bakanligimiz-genelgesi-yururluge-girmistir-01608>
<http://www.cigm.adalet.gov.tr/19/11/2018-tarihli-170-nolu-%E2%80%9Ccocuk-ve-kadınlara-karsi-islenen-cinsel-suc-sorusturmaları-%E2%80%9C-konulu-bakanligimiz-genelgesi-yururluge-girmistir-01608>

BMÇHS ve Pekin Kuralları ile birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Avrupa Sosyal Şart (ASŞ) ve İstanbul Sözleşmesini de birlikte değerlendirilmesi adil yargılama /AİHS/6) ve hakkın kötüye kullanılması (AİHS/17) gibi boyutları da öne çıkarmaktadır. Söz konusu olan genelge ve uygulamalara yönelik yöntem ve araçlar aynı zamanda adalet sistem ve hizmetinin de yansımasıdır. BMÇHS ve temel yöntem ve araçlardan, ölçülerden birisi olan Pekin Kuralları gibi temel ilkelere karşı saygı ve korunması aynı zamanda İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi vede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmeleri için sosyal adalet, eşitlik ve tamamlayıcı unsuru olan sosyal hizmetler açısından değerlendirme sistem dahil sosyal hizmet bakışıyla birlikte bu çalışma da odaklanmıştır.

BMÇHS ve Pekin Kuralları

3. 2004 yılından beri iç hukukun parçası olan BMÇHS çocukların hak edilmesi gereken uygulamaları da yükümlü kılmaktadır. 18 yaşına kadar olan çocuk ve gençler için bu açıdan zorunlu bir görev ve sorumluluğu başta adalet sistem ve hizmeti olarak herkes için öne çıkarmaktadır. TCK, 103 ve 31 maddeler dahil bu sözleşme, hamaset, temenni için değil sadece yerine getirilmesi ve uygulanması içindir. Sözleşmede yer alan hakları “tanımak” ve “taahhütte” bulunmayı kabul etmek için böyle bir yükümlülük görev ve sorumluluğu da öne çıkarmaktadır. Mazeret üretmek için araç olma ise sosyal ve hukuk devletin de asla ol(a)maz.. Kamusal görev ve sorumluluk kurumları da öncelik yapmaktadır. Gençlerin de dahil olduğu 18 yaşına kadar olan çocukların ve toplumsal açıdan korunması bağlamında öne çıkan BMÇHS bilindiği gibi 3,4 ve 40. Maddeleri “önsöz” ile birlikte ele almayı özellikle gerektirmiştir. Böyle görev, sorumluluk ve içselleştirme bağlamında “Convention on the Rights of the Child”⁴ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 20 Kasım 1989 tarih ve 44/25 sayılı Kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılmıştır. Sözleşme 49. Maddeye uygun olarak 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamış ve 9 Aralık 1994 tarihinde ihtirazi kayıtlı onaylamıştır. 4058 Sayılı Onay Kanunu 11 Aralık 1994 gün ve 22138 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Dünyadaki çocukların sahip olduğu hakları korumak amacıyla öne çıkarılan bu sözleşmenin Resmi dili İngilizce, Çince, Fransızca, Rusça ve İspanyolca ve Arapçadır.⁵ Diğer dilleri yazıp anlamak daha zor olduğu için bu İngilizce metnin Fransızcası “Convention relative aux droits de l'enfant”⁶ olup İspanyolcası “Convención de los Derechos del Niño”dur. İtalyancası ise “Convenzione Sui Diritti Dell'infanzia E Dell'adolescenza”dır. Türkçe metnin TBMM de kabul edilmesiyle 27.Ocak.1995 Tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme” nin “Önsözünde” yer alan 9. Paragrafında ise “Ulusal ve uluslararası düzeyde çocukları aile yanına yerleştirme ve evlat edinmeye de özel atıfta bulunan Çocuğun Korunması ve Esenliğine İlişkin Toplumsal ve Hukuksal İlkeler Bildirisi; **Çocuk Mahkemelerinin Yönetimi Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Pekin Kuralları)** ve Acil Durumlarda ve Silahlı Çatışma Halinde Kadınların ve Çocukların Korunmasına İlişkin Bildirinin hükümlerini **anımsayarak** şeklinde yansıtılmıştır.(Not: İng.Sözleşmenin önsözü 11 paragrafı içerirken Türkçe metinde ise 13 paragraf şeklinde ayrılmıştır.Bütünlük ve anlam kaymasına da neden olmaktadır.NT)

4.Önsözünde yer alan paragrafta “**anımsayarak**” görüldüğü gibi Türkçeye yansıtılan “Çocuk Mahkemelerinin Yönetimi Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Pekin Kuralları)”

4

□ <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>

5

□ <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>

denizmevzuat.udhb.gov.tr/.../COCUK%20HAKLARINA%20DAİR%20SÖZLEŞME.d...

6

□ <https://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>
<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

⁷29 Kasım 1985 tarihli 40/33 Sayılı BM Genel Kurulu tarafından düzenlenmiştir. İngilizce metinde “United Nations Standard Minimum **Rules** for the Administration of **Juvenile Justice** (**"The Beijing Rules"**)”⁸ metinde yer almaktadır.(Türkçe metinde yer alan başlık Türkçeye farklı farklı çevirilmiştir.) BM Çocuk Hakları Sözleşmesinden önce BM Genel Kurulda kabul edilen bu Kurallar özellikle adalet sistemi ve hizmetinin tamamlayıcı unsuru ve uygunluğunu yansıtan zorunlu kurallara (rule) yönelik metnin Fransızcası ise "Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing)" şeklindedir. İspanyolcası ise "40/33 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)" şeklindedir. İtalyanca metinde ise *'Insieme delle regole minime delle Nazioni Unite relative all'amministrazione della giustizia minorile (Regole di Pechino)'* Ayrıca bu sözleşme "KONVENTION über die Rechte des Kinder" şeklinde Almancaya da çevrilmiş olup "Rahmenbestimmungen der Vereinten Nationen für die Jugendgerichtsbarkeit ("Beijing-Regeln")⁹ şeklinde de çevrilmiştir. Dolayısıyla “**child**” kelimesi ile “**juvenile**” sözcüklerinin “**çocuk**” ve “**genç**” açısından önemli farklılaşmaya neden olmaktadır. Aynı zamanda “Çocuk Mahkemeleri Yönetimi” şeklinde yapılan bu çeviri ile de 07.11.1979 tarihli ve 2253 Sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanuna” ve de TBMM kabulü ile Türkçe metin Resmî Gazete de de yansıtılmış olması çocuklara yönelik sınırlama ve yönetim hukuksal metinde öne çıkmaktadır. Gençlik gibi dönemi de içeren çocuklara yönelik iyi olma ve iyileştirmeye yönelik adalet sistemi yerine görüldüğü gibi mahkeme söz konusudur.

5.Kanunlaşmış ve resmî belge özelliğinde ki Türkçe metinde yer alan bu iki çeviri hem “çocuk” ve “genç” gibi önemli **bir çeviri yanlışlığını da öne çıkarmaktadır. Önsözde yer alan Pekin Kurulları gibi asgari standartlar için ise diğer bir çeviri yanlışlığı da ortaya çıkmaktadır.** İki önemli çeviri yanlışlığı çocukları ve insanlığı da belirlemektedir. Yargılama, usul, yönetim, sınırlama ve de oluşan farklılık ile BM Çocuk Haklarına dair Sözleşme; diğer orijinal resmî metinler açısından kavramlar arasındaki bağlamsal ve bütünselliğin sağlanmasını, ortak dil ve eylemin değerlendirilmesini bu açıdan öne çıkarmaktadır. TBMM de Uluslararası Temel İnsan Hakları Belgeleri arasında yer almıştır. BMÇHS gibi prensiplerin/ilkelerin yer aldığı temel hukuksal metin diğer orijinal kaynakları arasında bir uyuma sahip iken Türkçeye çevrilmiş metinde ise anlam ve işlev açısından uyum ve eşdeğerlilik görülmemektedir. Temel hak ve özgürlüklere yönelik böyle bir çeviri olmak üzere teknik ve hukuksal metinler dahil eşdeğerlik birlikte öne çıkmayı da gerekmektedir. Birinin diğerleri ile birlikte ele alınması başta bilim ve hukuk için önceliktir. Bu bağlamda temel ve hak ve özgürlüklere yönelik BM 40/33 sayılı Pekin Kuralları çocukların, gençlerin yetişkinler dışında ceza hukuk ve iyi olma haline yönelik sosyal ve kişisel korunmayı içeren araçların da özel olarak ele alınmasını yükümlü kılmıştır. Suç hukuku açısından da ölçü ve değerlendirme noktasıdır. Haklara yönelik uygulamaya yönelik bu asgari ölçüler ve yükümlülük “**Rule**” gibi temel kuralları “hüküm” kılmaktadır. BMÇHS ve bu kurallar çekinceler dışında tartışılmadan çocuklara/gençlere uygulaması içinde bir görevdir. **Özellikle de karar vericiler dahil kamusal bir hizmette sık sık dile getirilen çocukların yarar ve esenliği için Pekin Kurallarında yer alan kural ve ölçüyü de önce gözetmek içindir. Çocukların korunduğu ve gençlerin ise adil ve adaletli davranması içinde temel ölçüleri gözetmekte sorumluluk kapsamındadır. Adalet Bakanlığınca yayınlanan Genelge de yer alan suçu inceleme yöntem ve araçların temel kurallara uygun olması ise görevlerin kapsamındadır.** BMÇHS’ de yer alan haklara yönelik kural gibi ölçü bağlamında ceza sorumluluğu gibi kavram ile yaş sınırının altındaki çocukların sorumsuz kılınmasını da mümkün kılmaktadır. Çocuk”gibi 18 yaşına kadar öne çıkan kişilerin arasında “genç” ve

7

□ http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uakararlar/cocukadaletsistemininuygulanmasi.pdf

8

□ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/477/40/IMG/NR047740.pdf?OpenElement>
<https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/beijingrules.pdf>
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/480/00/IMG/NR048000.pdf?OpenElement>
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/485/20/IMG/NR048520.pdf?OpenElement>

9

□ <http://www.un.org/depts/german/gv-early/ar4033.pdf>

“gençlik(juvenile, jugend)” gibi özel bir grup öne çıkmaktadır. “Suç” gibi bir davranış/eylem sonucu suç ve ceza hukuk kapsamında incelemelerin de dahil edildiği sistem ve tanımlar ve de kişilere uygulanacak işlemler,yöntem ve araçlar ise adil ve adaletli karar almak içindir.Asgari standartlara,ölçülere uygun adalet sistemi, korumayı da içerecek şekilde öne çıkarmaktadır. İnsan odaklı evrensel değerler ve ilkeler bağlamında öne çıkarılan temel hak ve özgürlükler için Kurallar ve ölçüler daima tarafsızlıkla ve hiçbir ayırım gözetmeksizin uygulanmayı yükümlü kılmıştır. Ancak görüleceği gibi ceza hukuku açısından özellikle ortaya çıkan “juvenile” şeklinde “genç” sözcüğü Türkçe metinde açıkça görmezden gelinmiştir.Gençler için suç hukukunu da belirlemektedir. Özellikle eşdeğerlilik ve evrensel değer ve ilkeler için söz konusu olan ortak hukuksal metinde yanlış ve eksik bir çeviri, etki ve sonuçlarıyla birlikte öne çıkmaktadır. TCK/103. Maddesi kapsamında da yer alan çocuklar ve gençler için adil ve adaletli davranma konusunda kargaşa,dağınıklık etkileri de belirlemektedir. Hukuksal metin açısından ortaya çıkan etkiler ve sonuçlar teknik,bilimsel ve hukuksal ek sorunlara neden olmaktadır.

6.Ayrıca bilindiği gibi söz konusu olan BM 40/33 Sayılı Pekin Kuralları Türkçeye ise çeşitli şekilde yansıtılmıştır. Örneğin Adalet Bakanlığı web sayfasında “Çocuk Adaletinin İcrasına Dair Birleşmiş Milletler Minimum Standart Kuralları; (Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 29 Kasım 1985 tarihli 96 oturumunda A/RES/40/33 sayılı Genel Kurul kararı ile kabul edilmiştir.)” şeklindedir. Yine Türkiye Barolar Birliği ve “Türkiye Çocuklar için Adalet Projesi bağlamında UNICEF Türkiye tarafından Kasım 2013 yayınlanmış “**Uluslararası Çocuk Mevzuatı**” arasında “Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları Pekin (Beijing) Kuralları” şeklinde öne çıkmaktadır. BMÇHS ile ilgili Resmi Gazete’de yer alan bilgi ile çeviriler açısından çelişen,çarptılan önemli bir durumda ortaya çıkmaktadır. Bu yayımda da yer alan BMÇHS ve Türkçe metin ile orijinal metinde ki önsözü de “anımsayarak” Türkçeye yapılan tercih orijinal İngilizce metinde görüldüğü gibi “*Recalling the provisions*”,Fransızcada “*Rappelant les dispositions*” ve İspanyolcada “*Recordando lo dispuesto*”şeklinde yer almaktadır.”Buna ek olarak Almanca metinde “Besonderer Berücksichtigung der Aufnahme “ şeklinde birlikte ele alınmayı gerekmektedir. Suç inceleme yöntem ve araçlar açısından bir ölçü ve değerlendirmeyi öne çıkaran Pekin Kurallarında yer alan hükümler görüldüğü gibi anımsamanın/hatırlamanın ötesindedir. BM Genel Kurulunda kabul edilen “Rule” gibi yöntem ve araçlar temel kuralları birlikte içermektedir. Özellikler ve adalet sistem ve hizmetinde yer alan çocuklara, gençlere asgari/minimum standartlar ile ilgili temel kanun gibi uyulması gereken “hüküm”lerin “**dikkate alınması**” içindir. Temel hak ve özgürlüklere yönelik orijinal kaynak metinler açısından görüldüğü gibi uyum ve eşdeğerlilik söz konusu iken sorumluluğu/yükümlüğü de özellikle vurgulanmaktadır. BMÇHS gibi böyle temel hukuksal metinde en azından “dikkate almak” yerine “anımsayarak” şeklinde Türkçeye çevrilmesi anlam kayması veya sevhen çeviri yanlışlığının ötesinde bir durum çocuk ve gençlerinde belirlenmesi içindir. Hukuksal metin dahil çeviride kuramsal ve kavramlar açıdan eşdeğerlik bu metin içinde önceliktir. Evrensel ilkeler ve ortak dil, anlam ve eylem açısından farklılaşma bu paragraf için de ayrıca öne çıkmaktadır. Çocuklara ve dolayısıyla insanlığa yönelik farklılık(lar) başka anlam ve işlev için yanlış zemine de kaynaklık yapabilmektedir. Halbuki ve özellikle söz konusu olan BMÇHS yer alan önsöz ve 40. Madde ile riskler dahil çocukların esenliklerini, iyilik halleri için korunması, gözetilmesi ve ulaşılması için taraf Devletlere minimum/asgari standartların yer aldığı Pekin Kuralları “**key instrument**” gibi “**temel anahtar araç**” olarak öne çıkmaktadır. Temel hak ve özgürlükler açısından İnsan Hakları ve Çocuk Hakları açısından uluslararası hukuksal belge ve kaynaklar arasında öncelikler arasındadır.

İnsan Hakları ve Çocuk Haklarında yer verilen ilkelere yönelik Pekin Kuralları gibi temel araca ek olarak “Uluslararası Çocuk Mevzuatında yer alan ;

* “Çocuk Suçluluğunun Önlenmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Yönlendirici İlkeleri (Riyadh İlkeleri) 1990- United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (The Riyadh Guidelines)- Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 45/112 of 14 December 1990 “¹⁰-Richtlinien für die Prävention von Jugendkriminalität („Riyadh Guidelines“) (RG) diğer temel araçlardan birisidir. Görüldüğü gibi orijinal metinler arasında yer alan “Rehber/Guideline” 18 yaşının

altında görüldüğü gibi gençlik suçluğuna yöneliktir.”Rule” gibi bir kanun ile hiyerarşi sıralamasında “Guideline” gibi yönetmelik gibi nomatif hiyerarşi sıralamasına rağmen benzer bir ilke temel araç olarak ele alınmaktadır. Aslında bu yönde yapılan çeviriler ile çocukların korunmadığını aksine genç gibi bir ayırımı gözetmeden genelleme ile yetişkinler için benzer yaklaşımı ve felsefeyi hala öne çıkarmak içinde bir örnektir. Böyle **üç diğer temel anahtar araçtan/(key instrument)** üçüncüsü ise;

* “Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları (Havana Kuralları) 1990” United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty ;Adopted by General Assembly resolution 45/113 of 14 December 1990 ¹¹ (Alm. Regeln der Vereinten Nationen für den Schutz von Jugendlichen, denen ihre Freiheit entzogen ist) BM Genel Kurulunda kabul edilmiştir. Özellikle çocuk ve gençlerin adalet ve hukuksal açıdan savunulması için öne çıkarılan avukatlık hizmetinde bile çocuk ve gençler açısından koruma boyutu ile ilgili körleşme hala var olan yaklaşımında yansımaları hem çocuklarının korunmasını ortadan kaldırıldığı gibi çocuk ve gençleri savunmasız ve etkisiz ,çaresiz kılabilmektedir.

7.Adalet sistem ve hizmet bağlamında hukuk açısından yer alan suçu inceleme yöntem ve araç konusunda öne çıkılmasının yanı sıra ayrıca bilindiği gibi Türkçe, BM 45/112 sayılı Riyad Rehberlerinin “Önsöz”ün de “Ayrıca, Çocuk Hakları Bildirgesi’ni, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’yi ve Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları’nı (Pekin Kuralları) dikkate alarak,” şeklindedir. Orjinal İngilizce metinde yer alan “Bearing in mind..” şeklinde “**dikkat alınarak**” şeklinde Türkçeleştirilmiştir. Daha sonraki paragrafın başında yer alan ve Genel Kurulda kabul edilen BM/40/33 sayılı Pekin Kuralları “recalling” şeklinde daha da kuvvetli vurgulanmıştır. Bu metin arasında yer alan “**II. YÖNLENDİRİCİ İLKELERİN KAPSAMI**”nda ise “7. İşbu Yönlendirici İlkeler; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin, Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin, Çocuk Hakları Bildirgesi’nin ve Birleşmiş Milletler Çocuk Ceza Adaleti Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgari Standart Kurallar’ın (Beijing Kuralları) olduğu kadar tüm çocukların ve tüm gençlerin hakları, yararları ve esenliklerini ilgilendiren diğer belgeler ve kuralların genel çerçevesi içinde yorumlanacak ve **uygulanacaklardır**.”Görülebileceği gibi İnsan hakları Evrensel Bildirgesi ve Çocuk Hakları ile birlikte Pekin Kurallarının uygulanması temel hak ve özgürlükler açısından somut bir ölçüyü görev ve sorumlu kılmaktadır. Türkçeye çevirilen orijinal metnin son cümlesi ise “as well as other instruments and norms relating to the rights, interests and well-being of all children and young persons.” şeklinde olup “**instrument**,”**norms**” ve “**well-being**” sözcüklerin eşdeğerlilik açısından değerlendirmeyi gerekmektedir.Ek olarak “8. İşbu Yönlendirici İlkeler her Üye Devlet’e özgü ekonomik, sosyal ve kültürel yapının içeriği içinde uygulanacaktır.” Görülebileceği gibi Pekin Kurallarında yer alan ilkeler farklı şekilde yer alan açıklamalar/yorumlar ile birlikte uygulanacağı rehber/kılavuzda gayet açık bir şekilde hüküm kılınmıştır.

8. Yine 45/113 sayılı avukatlık hizmetine yönelik Türkçe BM Havana Kurallarının Önsözün de 4.parağrafta “Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları’nı (Pekin Kuralları) anımsatarak,” şeklinde yansıtılmıştır.. İngilizce metinde ise “recalling” görüldüğü gibi “anımsatarak” şeklinde Türkçeleştirilmiştir. Diğer kuralların birlikte değerlendirilmesini gerektirirken “I. TEMEL PERSPEKTİFLER” bölümünde ise “2. Çocuklar ancak, bu Kurallar ile, Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları’nda (Pekin Kuralları) yer alan ilkelere ve usullere göre özgürlüklerinden yoksun bırakılabilir. Bir çocuğun özgürlüğünden yoksun bırakılması, başvurulabilecek en son tedbirdir; bu tedbir istisnai hallerde ve zorunlu asgari bir süre için kullanılabilir. Özgürlükten yoksun bırakma süresinin uzunluğuna yetkili yargı makamları tarafından karar verilir; bu karar çocuğun daha erken salıverilmesi ihtimalini ortadan kaldırmaz.” şeklinde olup Pekin Kuralları bir yükümlülüğü öne çıkarmaktadır. Temel hak ve özgürlük açısından öne çıkan yükümlülük ve önem için İngilizce “Juveniles should only be deprived of their liberty in accordance with the principles and procedures set forth in these Rules and in the United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules)—“ Almanca metin” Jugendlichen sollte ihre Freiheit nur in Übereinstimmung mit den in diesen

Regeln und in den Rahmenbestimmungen der Vereinten Nationen für die Jugendgerichtsbarkeit (Beijing-Regeln) aufgeführten Grundsätzen und Verfahren entzogen werden. .” birlikte ele alınması çocukların dışında ceza sorumluluğu kapsamına alınan gençler için öncelik olmaktadır. Özellikle de BMÇHS’inde yer alan Pekin Kuralları yükümlülüğü öne çıkarırken Riyad Rehberi ve Havana Kuralları “key instrument/temel araç” olarak öne çıkmaktadır.

BMÇHS ne yönelik temel anahtar araçlar/ölçüler ve bakış

9. BMÇHS Genel Kurulda kabul edilmeden ve onaylanmadan önce 40/33 sayılı Pekin Kuralları ile birlikte üç temel araç bilindiği gibi çeşitli kaynaklarda da ele alınmaktadır. BMÇHS için temel kaynaklardan birisi Avrupa Konseyinde Gençlik Adaletine yönelik “Green Papers” başlıklı çalışmalar arasında “European Council for Juvenile Justice-Academic Section” bölümünde Prof. Dr. Ursula Kilkelly tarafından “*Measures of Deprivation of Liberty for young offenders: how to enrich International Standards in Juvenile Justice and promote alternatives to detention in Europe? - Genç suçlular için özgürlükten yoksun bırakma önlemleri: Çocuk Adaletinde Uluslararası standartlar nasıl zenginleştirilir ve gözetimine alınma alternatifleri nasıl geliştirilir?*”¹² çalışması yer almaktadır.¹³ - Genç Suçlular için gözetiminde alternatif uygulamalara yönelik bu çalışma Avrupa Konseyi ile Avrupa Birliği ülkeleri açısından uluslararası standartların geliştirilmesine yöneliktir. Suç inceleme yöntem ve araçlarda dahil Dipnotlar arasında çocukların ve grupların bireysel başvuru ve kararlarının mümkün kılındığı BM Çocuk Hakları Komitesi dahil diğer komite kararlarını birlikte değerlendirmeyi gerekmektedir (Ayrıca “Children deprived of their liberty and alternatives to detention” diğer bir bilgi kaynağı olabilmektedir). Bu çalışma Türkiye’de ki gençlik adalet sistemi için de özellikle önemlidir. Türkiye’nin Avrupa Konseyi üyesi olması ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin Anayasanın 90. Maddesi bağlamında iç hukukun bir parçası olması ve de sosyal ve hukuk devletin önüne çıkarılması ile birlikte AB ile müzakere süreçlerini başlatmış olması BMÇHS dahil yer alan Kurallar ve Rehberler içinde ayrı önemdedir. Hemen hemen her BM sözleşmelerde her üye Devlet’e özgü ekonomik, sosyal ve kültürel yapının içeriği içinde uygulanacaktır şeklinde çekincelere yer verilmektedir. Ancak Türkiye’nin de dahil olduğu Avrupa Konseyi ve özellikle AB için ortak standartlar ve yaklaşıma sahip olması BMÇHS ve Kuralları da bu açıdan birlikte değerlendirmeyi de öne çıkarmaktadır. Gelenek hukuk açısından Büyük Britanya Birleşik Krallık ve/ya Roma Hukuku ve İslam Hukukunu uygulayan farklılıkların gözetilmesiyle söz konusu ilişki ve yaklaşım Türkiye’yi Güney Afrikadan, Çinden, Sudan ve Afganistan’dan da farklı kılmaktadır. Sistem farklılığı Fransız Devrimi ve Aydınlanma süreci içinde Türkiye dahil önemlidir. Suç hukuku açısından ise dinsel değerlerde dayalı “Klasik Hukuk” yaklaşımının Pozitivizm’e ve Pozitif(dünyevi) Hukuka dönüşmesi sistem özelliğinin gözetilmesini öncelik yapmaktadır. İnsanlık tarihi açısından söz konusu gelişmeler arasında “ceza” ve cezalandırmayı öne çıkaran “fail ceza hukuk” kavramının “fiil ceza hukuk” kavramına dönüşmesi sistemler içinde önemli bir farklılıktır. “Ceza”nın odak olması yerine “insan” odaklı yaklaşım ve evrensel değerler ile gelinen noktalar korumayı ve geliştirmeyi de görev yapmaktadır. Kişilerin hukuksal güvenceye alınmasına yönelik AB ve ilişkiler bağlamında hibe gibi mali ve teknik destek çalışmalar da günümüzde bu yöndedir. Dolayısıyla Avrupa Konseyi ve AB açısından söz konusu olan bu çalışma gençlik adalet sistemi için ele alınmayı ve de tutarlılığı öncelik yapmaktadır. Bu yönde ki çalışmanın arasında 14-15. Sayfalarında ise “**3. International Standards**” olarak ele alınmıştır. Görüleceği gibi BMÇHS ile birlikte 40/33 sayılı Pekin Kuralları “key instrument” “temel araç” olarak yer aldığı gibi diğer Riyad Rehberi ve Havana Kuralları da **temel anahtar araçların arasındadır**. Üçü birlikte ele alınan Green Paper” başlıklı diğer çalışma ise Dr. Dr. Ineke Pruin tarafından “*The Evaluation of the Implementation of International Standards in European Juvenile Justice Systems-*”¹⁴ *Gençlik Adalet Sistemlerinde Uluslararası Standartların Değerlendirilmesi ve uygulanması*” dır. Bu çalışmanın 10-25 sayfaları arasında yer alan bilgiler arasında başta Pekin Kuralları olmak üzere söz konusu kurallar ve rehberleri şart koşmaktadır. Suç

12

□ https://www.oijj.org/doc/inf/Green_Paper_Academic_Section.pdf

13

□ <http://www.ejjc.org/green-papers>

14

□ https://www.oijj.org/doc/inf/Green_Paper_Administration_Section.pdf

inceleme yöntem ve araçlar bağlamında yer alan yorumlarla , sözleşme ve kurallar konusunda bazı ülkeler için “soft law/yumuşak kanun” söz konusu olduğu gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna bağlı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi kurumlara sahip olunması dünyadaki diğer ülkelerden ayrışabildiğini de özellikle yansıtmaktadır. Taraf Devletlere ve dolayısıyla sistemlere daha farklı ve dikkate almayı da öne çıkarmaktadır. Yine bu çalışmaya ek olarak Brüksel Merkezli “International Juvenile Justice Observatory/Uluslararası Gençlik Adalet Gözlemevi” tarafından “Hört mich jemand?;Can anyone hear me?;Beni Duyan Kimse Var mı?” çalışmada yer alan Prof. Dr. Ton Liefwaard Dr. Stephanie Rap, Apollonia Bolscher LL.M. yayımlanmış olan “*Beteiligung von Kindern in der Jugendgerichtsbarkeit: Ein Handbuch zur kindgerechten Gestaltung der Jugendgerichtsbarkeit in Europa -Gençlik Adalet Sisteminde Çocuklara Yönelik Katılım: Avrupada Gençlik Adaletinde Adil ve Dost Çocuğa dair Yapılanmaya El Kitabı*”dır.^{15_16_17_18_19_20}

Çalışmanın 21-33 sayfalarında yer alan BMÇHS yer alan prensipler/ilkeler 40. Madde olmak üzere başta Pekin Kuralları olmak üzere diğer standartları öne çıkaran temel anahtar araç özelliğiyle BM Çocuk Hakları Komitesi kararları da öne çıkmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile çocuklar dahil Gençlik Adalet sisteminde Avrupa Ülkeleri tarafından uygulanması ve geliştirilmesine yönelik bilgiler önemli bütünsel değerlendirme noktasıdır.

Pekin Kuralı ve temel bazı “ölçü”ler

10.Özellikle sık sık gündeme gelinen TCK.103 maddesi ve buna dahil olan %25 oranında ki “fail” çocuk ve gençler açısından bu bilgiler bağlamında BMÇHS ve çocukların korunmasının dışında 40. Maddede öngörülen ilkelere yönelik 40/33 sayılı BM Pekin Kuralları temel araçlardan birisi olarak önsözü yansıtılmış olması söz konusu olan gençlik adalet sistem ve hizmetine yönelik minimum standartları bu ilkelerle yükümlü kılmaktadır. Mağdur/kurban,tanık,davacı ve/ya suç işlemiş çocuklara yönelik öngörülen adalet sistem ve hizmetinin “kanun önündeki eşitlik” ilkesiyle birlikte öne çıkmaktadır. Özellikle AB ilişkileri ve sosyal ,hukuk devleti ve sosyal adalet ulaşım için Anayasanın 90. Maddesi bağlamında AİHS,Avrupa Sosyal Şartı,Çocuk Haklarına yönelik Avrupa Sözleşmesi ve özellikle Pekin Kurallarında yer alan ilkelerde öne çıkarılan standartlar öngörülen uygulamaları Türkiye de yükümlü kılmaktadır.Normatif hiyerarşi/sıralamanın ve sistemleri de birlikte gözetmek bir uygunluk ,tutarlılık noktası olmaktadır. Özellikle de Pekin Kuralları temel hak ve özgürlük için temel bir ölçüdür.Avrupa Sosyal Şartı ise yöntem ve araçları daha da somutlandırmakta olup hukuksal güvenliği de öne çıkarmaktadır. Yer alınan sistem açısından ise ek bir uygunluk ve tutarlığın aranması ayrıca bu kapsamdadır. Özellikle Pekin Kurallarında çocukların korunması dışında gençlik adalet sistemine giren çocuk/gençlere yönelik her standart aynı zamanda temel bir ölçüdür.

3. Kurallar’ın kapsamının genişletilmesi

3.1 Bu Kurallar’ın ilgili hükümleri sadece çocuk suçlulara değil, fakat aynı zamanda büyük tarafından yapıldığı zaman suç oluşturmamayan bir eylemi gerçekleştiren herhangi bir çocuğa da uygulanmalıdır.

3.2 Kurallar’ın temel ilkelerinin, haklarında koruma ve sosyal yardım tedbirleri alınmış olan bütün çocuklara teşmil edilmesi için de çaba harcanmalıdır.

15

□ <https://www.oijj.org/en/docs/general>

16

□ http://providus.lv/article_files/3281/original/improving_manual_final_ok.pdf?1479849142

17

□ https://bim.lbg.ac.at/sites/files/bim/attachments/handbuch_zur_jugendgerichtsbarkeit_web.pdf

18

□ <https://rm.coe.int/16806ad0c3>

19

□ https://www.institutfuermenschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Policy_Paper/Policy_Paper_34_Kind_gerechte_Justiz.pdf

20

□ <https://fra.europa.eu/en/publication/2017/child-friendly-justice-childrens-view>

3.3 Ayrıca Kurallar'ın aynı zamanda genç (çocuk olmayan) suçlulara da teşmili için çaba harcanmalıdır.

Açıklama

Kural 3, Asgari Standart Kurallar'ın kapsamını aşağıda belirtildiği şekilde genişletilmiştir:

(a) Değişik milli hukuklarda "statü suçları" olarak tanınan ve büyüklerden ziyade çocuklar için suç oluşturan (örneğin okuldan kaçmak, okula ve aileye itaatsizlik, toplum içinde sarhoşluk gibi) bazı eylemler anlatılmak istenmiştir (kural 3.1);

(b) Haklarında koruma ve sosyal yardım tedbirleri alınmış olan çocukları da kapsayacak şekilde bu Kurallar'ın uygulama alanları genişletilmiştir (kural 3.2);

(c) Her olay için önceden belirlenmiş yaş sınırları içindeki çocuk olmayan yetişkin suçlulara da teşmil edilmiştir (kural 3.3).

Bu Kurallar'ın bu üç alana genişletilmesi haklı sebeplere dayanır görülmektedir. Kural 3.1 bu alanda asgari teminatlar öngörmektedir ve kural 3.2'de kanunla ihtilafa düşen çocuklar açısından daha insancıl, daha hakkaniyete dayalı ve daha doğru bir ceza adaleti getirmek açısından daha özlenen bir aşama oluşturulmaktadır.

4. Cezai sorumluluk yaşı

4.1 Cezai sorumluluğun alt sınırını belirleyen sistemler açısından, bu sınır çocuğun duygusal, zihinsel ve entelektüel açılardan olgunluğa eriştiği yaşı altında tutulmamalıdır.

Açıklama

Cezai sorumluluğa ilişkin asgari yaş sınırı, tarih ve kültüre göre değişmektedir. Bu konuda modern yaklaşım, çocuğun cezai sorumluluğunun gerektirdiği ahlaki ve psikolojik unsurlara uyumlu olarak cezai sorumluluğun psikolojik ve manevi sonuçlarını kaldırmaya hazır olup olmadığıdır. Yani, çocuğun kişisel anlama ve isteme yeteneğinin anti sosyal davranışından onu sorumlu tutmaya yeterli olup olmadığıdır. Cezai sorumluluk yaşı küçük tutulur ya da böyle bir sınır hiç konulmamış olursa sorumluluk kavramı anlamını kaybeder. Genelde suç ve kabahat oluşturan davranışlara ilişkin sorumlulukla, öteki sosyal hak ve sorumlulukların sınır yaşı arasında bir ilişki vardır (örneğin evlenme yaşı, rüşt yaşı vb.).

Bu durumda, uluslararası alanda genel kabul görebilecek makul bir yaş sınırı belirlemek üzere çaba harcanması gerekmektedir.

5. Çocuk adalet sisteminin amaçları

5.1 Çocuk adalet sisteminde daima çocuğun iyileştirilmesi ön plana alınmalıdır ve çocuk suçlulara gösterilecek tepki hem suçun hem de suçlunun içinde bulunduğu koşullarla orantılı olmalıdır.

Açıklama

Kural 5, çocuk adalet sisteminin en önemli iki hedefini açıklamaktadır. Birinci hedef çocuğun durumunun iyileştirilmesidir. Bu amaç, çocuk suçluların, çocuk mahkemelerinde yahut idari makamlarda yargılandıkları hukuk sistemlerinde odak noktayı oluşturmaktadır. Fakat çocuğun iyileştirilmesi amacının çocukların genel mahkemelerde yargılandıkları sistemlerde de vurgulanması gereklidir.

İkinci hedef ise "oran ilkesidir". Bu ilke genel anlamıyla suçun ağırlığı ile ilişkili olarak cezai hükümlerin ayarlanmasıdır. Çocuk suçlular söz konusu olunca, yalnızca bu ağırlığın değil, aynı zamanda kişisel koşulların da göz önüne alınması gerekmektedir. Bu koşullar (sosyal durum, aile durumu, suçla ortaya çıkan zarar ya da kişisel koşullar üzerine etki yapan diğer noktalar) kararı dengelenmelidir (örneğin suçlunun verdiği zararı tazmin için gösterdiği gayret ya da sağlıklı ve yararlı bir yaşama dönme arzusu gibi).

Aynı şekilde, çocuk suçlunun korunmasını amaçlayan tedbirler bazı durumlarda gerektiğinden fazla ileri gitmekte ve onun temel haklarına zarar vermektedir. Burada da olayla tepkiyi iyi ayarlamak gerekir.

Özünde Kural 5 bu haliyle genç suçlunun işlediği suç ne fazla ne de eksik bir tepki gösterilmesini istemektedir. Bu maddede düzenlenen hususlar, yeni bazı tepki tiplerinin geliştirilmesini özendirdiği gibi çocuklar üzerindeki sosyal kontrolün gereksiz yere büyümesini de önleyecek tedbirlerin de alınmasını özendirmektedir.

Böyle bir ölçü ve özellikle suç işlenmesi ve kurban olan çocukları 3. Madde de birlikte ele aldığı gibi 5. Maddesi **amaçları** açıkça vurgulamaktadır. Bu durum "tanık" açısından hukuksal güvence kapsamındır. 4. ilkede yer alan "**cezai sorumluluk yaşı**" olarak alt sınırını belirleyen sistemler için, bu sınır çocuğun duygusal, zihinsel ve entelektüel açılardan olgunluğa eriştiği yaşı altında tutulmamalı şeklindedir. Çocukların medeni /yurttaşlık hukuku açısından korunması ile ceza hukuku kapsamına dahil olan gençler adalet sistem ve hizmetini de öne çıkarmaktadır. Bu durum tanık olarak yer alan mağdur çocuklar içinde benzer bir sorumluluğu içermektedir. Çocuk ve gençler dahil her iki grup(lar) açısından 18 yaşına kadar olan genç gibi dönem için özel bir iyi olma halini de öne çıkaran uygulamalar ise söz konusu olan ilkeleri (**ÖLÇÜTLERİ**) birlikte yükümlü kılmıştır. Böyle bir alanda çocukların da özellikle korunması ve cezalandırmayı toplum adına engellemek adil bir adalet hizmeti ve sistem için de görev yapmaktadır. Bu arada yaş sınırının belirlenmesi ve "genç" gibi bir dönem farklı hukuk sistemler açısından mümkün kılmak sorumsuzluk halini genişlettiği gibi daraltabilmesine rağmen minimum standartları daha da önemli kılmaktadır. Cezai sorumluluğa ilişkin asgari yaş sınırı, tarih ve kültüre göre bu bağlamda değişebilmektedir. Geleneksel yaklaşım yerine bu konuda pozitif(dünyevi) hukuk ve modern yaklaşım ise çocuğun cezai sorumluluğunun gerektirdiği ahlaki ve psikolojik unsurlara uyumlu olarak cezai sorumluluğu psikolojik ve manevi sonuçlarını kaldırmaya

hazır olup olmadığı ile ilgilidir. Roma, İslam veya Anglosakson hukuk sistemleri açısından farklılıklar da bu açıdan öne çıkmaktadır. Çocuğun kişisel anlama ve isteme yeteneğinin anti sosyal davranışından onu sorumlu tutmaya yeterli olup olmadığı ise bu yaş sınırının hukuksal açıdan belirlenmesi ile ilgilidir. Kurallarda yer alan cezai sorumluluk yaşı küçük tutulur ya da böyle bir sınır hiç konulmamış olursa sorumluluk kavramı anlamını kaybeder şeklindeki açıklamada bu yöndedir. Çocuklar ile duygusal, zihinsel ve entelektüel olgunluğu yaş açısından sınırlandıktan sonra da genelde suç ve kabahat oluşturan davranışlara ilişkin sorumlulukla, öteki sosyal hak ve sorumlulukların sınır yaşı arasında bir ilişkiyi de ayrıca öne çıkarmaktadır. Tanıklar dahil gençlere yönelik “sosyal” koşullar ve ihtiyaçlarla iyileştirme dahil bu boyutların gözetilmesini adalet ve eşitlikle öne çıkarmaktadır.

11. Ayrıca takdir yetkisi ve kararlar açısından bir sınırlama 6.ölçü olarak öne çıkmaktadır. Bu ölçülere yönelik görev ve yetkiyi kullanan kişilere ek olarak uygulamak için özel olarak eğitilmiş ve niteliklere sahip kişilerin suç inceleme yöntem ve araçlarda yer alması dahil ölçü için rol ve görevleri de öne çıkmaktadır. Temel hak ve özgürlükler açısından öne çıkan çocuk haklara ulaşım ise hukuksal güvence açısından 7. Madde de özellikle yansıtılmıştır.

6. Takdir yetkisinin kapsamı

6.1 Çocuk suçluların çeşitli özel ihtiyaçları ve çeşitli uygun yaptırımlar göz önüne alındığında, yargılamanın her aşamasında, özellikle inceleme, soruşturma, muhakeme ve tedbirlerin uygulanması sırasında yeterli bir takdir yetkisi tanınmaktadır.

6.2 Anılan takdir yetkisinin her aşamada kullanılmasında bu yetkinin sorumlulukla uygulanmasının sağlanmasına çalışılacaktır.

6.3 Bu yetkiyi kullanan kişiler bunu uygulamak için özel olarak eğitilmiş ve bunu kullanacak nitelikte kimseler olacak ve bu yetkilerini görevlerine uygun titizlik ve hakkaniyetle kullanacaklardır.

Açıklama

Kurallar 6.1, 6.2 ve 6.3, çocuk adalet sisteminin etkili ve insanca uygulanabilmesi açısından konuyla ilgili bir çok hususu ortaya koymaktadır. Öncelikle takdir yetkisinin yargılamanın önemli evrelerinde kullanılmasına izin vermek suretiyle karar mercilerinin her olaya özgü, doğru karar vermelerinin sağlanması söz konusudur. Bunun yanı sıra gerekli denetim ve dengelerden söz edilerek takdir yetkisinin aşırıya kaçması engellenmiştir. Bu aşırıya kaçmayı önlemenin en yerinde iki yolunun meslekten olmak ve sorumluluk taşımak olduğu belirtilmektedir. Aynı zamanda kalifiye meslek eğitiminin ve uzman yetiştirmenin çocuk suçlularla ilgili davalarda takdir yetkisinin adilane kullanımında yararlı olduğu belirtilmektedir. Bu metinde ayrıca takdir yetkisinin yanında, iadei muhakeme, temyiz gibi kararların yeniden incelenmesine olanak tanıyan kurallara atıfta bulunarak sorumluluğun önemi anlatılmaktadır. Bu mekanizmaların burada ayrı ayrı belirtilmesinin sebebi, değişik hukuk sistemleri olan ülkelerin göz önüne alınarak uluslararası genel bir Asgari Kurallar dizisi getirmektedir.

7. Çocukların hakları

7.1 Masumiyet karinesi, suçlamanın bildirilmesi, konuşmama hakkı, avukatla temsil edilme hakkı, veli veya vasinin hazır bulunması hakkı, tanıklarla yüzleştirme ve tanıklara çapraz sorgu hakkı, daha üst makama temyiz hakkı ve temel usuli güvenceler yargılamanın her aşamasında güvenve altına alınmalıdır.

Açıklama

Kural 7.1, yürürlükteki insan haklarına ilişkin düzenlemelerle tanınmış olan dürüst ve hakkaniyetli yargılamanın esaslı bazı unsurlarını dile getirmektedir. Sözgelimi masumiyet karinesi aynı zamanda İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 11. maddesinde ve Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14. Maddesinde de yer almaktadır. Bu Asgari Kurallar'ın 14. Maddesi ise çocukların yargılanmasına ilişkin özel hükümler de getirmektedir.

Ceza sorumluluk yaşı bağlamında sisteme dahil olanlar için ise öne çıkarılan Gençlik Adalet Sisteminin amaçları 5.6 ve 7 Maddelerini birlikte ayrıca yükümlü kılarak yer alan diğer ilkeler ve minimum standartlar görüldüğü gibi BMÇHS den önce BM kabul edilmiştir.5. Madde ile çocukların korunması ve yetişkinler dışında öne çıkarılan Gençlik Adaletinde daima çocuğun iyileştirilmesinin(well-being-wohl-) ön plana alınması amaç edinmiştir. Dolayısıyla sosyal hizmetler ve sistemle ilgili yaklaşım, araç ve uygulamalar bir ölçü olduğu gibi adalet sistem ve hizmetinin tamamlayıcı unsuru olup toplumun ve insanlığın da vicdanıdır. Bu açıdan gençlik suçlulara gösterilecek tepki hem suçun hem de suçlunun içinde bulunduğu koşullarla orantılı olmalıdır. Yer alan “Açıklamaya” göre ise iki en önemli iki hedef öne çıkmaktadır. Birinci hedef çocuğun durumunun iyileştirilmesidir. Gençlik suçluların yargılanmasında, aile mahkemelerince (ki medeni hukuk özelliğini öne çıkarmakta) veya idari makamlarca yapılacak işlemleri öne çıkarmaktadır. Hukuk sistemlerinin de bir odak noktadır. Bu yöndeki araç ve uygulamalar konusunda ki iyileştirilme, genel mahkemelerde yargılandıkları sistemleri de birlikte vurgulanmayı gerekli kılmaktadır.(Türkçe metin ile İngilizce orijinal metin ve Almanca Metin birlikte ele alındığında önemli anlam kaymaları

değerlendirmeyi öncelik yapmaktadır.) İkinci hedef ise “oran ilkesidir”. Bu ilke genel anlamıyla suçun ağırlığı ile ilişkili olarak cezai hükümlerin ayarlanmasıdır.6. Maddesi ise öne çıkarılan bir sınırlamayı ve nitelik ve yetkinliği de yükümlü kılmaktadır.

12. Ayrıca bilindiği gibi duygusal, zihinsel ve entelektüel açılardan olgunluğa var olduğunun kabulü ile gençlik gibi bir dönemde “sosyal” koşulları birincil yapmıştır. Tanıklar dahil bu yöndeki bilgiler ise somut bir ölçü olup kaynaklığı da yükümlü kılmaktadır. Gençlik suçlular söz konusu olunca, yalnızca bu ağırlığın değil, aynı zamanda kişisel koşulların da bu kapsamda göz önüne alınması gerekmektedir. Bu koşullar ise sosyal durum, aile durumu, suçla ortaya çıkan zarar ya da kişisel koşullar üzerine etki yapan diğer noktaları öne çıkarmaktadır. Dolayısıyla iyileştirmeyi, riskleri, müdahale dahil yöntem araçlarda bu yöndedir. İhtiyaçlara yönelik rol ve görevleri de öne çıkarmak, genç ve gençlik gibi dönem aynı zamanda tıp açısından ergen olarak adlandırılmaktadır. Fiziksel, cinsel, ruhsal ve sosyal gelişim sürecini birlikte içerir. Genellikle hızlı fiziksel değişimlerle başlar ve psikolojik ve sosyal olgunlaşma ile sürer. Gelişim ve davranış açısından da ciddi bir süreç çocuklar dışında ele almayı gerekmektedir. Sorumluluk aranması doğal olarak yetişkin gibi olması için değildir. Kamusal açıdan bu özelliğinin rol ve görevlerle gözetilmesi ve Pekin Kuralları bağlamında bu ölçüyü de öne çıkarmıştır. Rol ve görevleride öne çıkaran bu ölçüler temel bir araç olarak BMÇHS’nin önsözüne ve 40. Maddesine özellikle taşınmıştır. Özellikle dinsel yaklaşım bağlamında çocukların yetişkin açısından sorumlu kılınması çeşitli dönemleri farklı farklı ele almıştır. Tıp açısından ise genç başlangıç yaşı gibi bitiş yaşı da ülkelere, sosyal çevreye göre de değişebilir. Buna rağmen genel yaklaşım gençliği /ergenliği üç dönemde ele almak istemektedir. Erken gençlik 12-14 yaş, orta gençlik/ergenlik 15-17 yaş ve geç gençlik/ ergenlik/ ise 18-21 yaşları arasında gerçekleştirildiği de tıp açısından iddia edilmektedir. Buna bağlı olarak 14 yaşının bitim tarihi bir asırdan beri sorumlu yaşı olarak ta kabul edilirken özel bir ceza uygulamasını da birlikte öne çıkarmıştır. Ama her ne olursa olsun 18 yaşına kadar kişiler için özel bir uygulama adalet için zorunlu kılınmıştır. Türkiye açısından da ise 12 yaşından sonra bir sorumluluğun varlığı kabul edilmektedir. **Türk Ceza Kanunu’nun 31. Maddesi yaptırımları da birlikte** öne çıkmaktadır. Yetişkinler için benzer sorumluk öne çıktığı gibi sadece yaptırım konusunda indirim ve ayırım söz konusudur. Ancak 12-15 yaş grubu için 0-12 yaş gurubuna dahil olabilmesi için çocuklar için ek bilgi öne çıkarılmış olup ispat hakkı kapsamında kanıtlanırsa koruma kapsamına dahil olması da mümkün kılınmıştır. Diğer yandan suç hukuku kapsamında yer alan “tanık” ve “davacı” çocuk ve gençler açısından ise CMK/50 maddesinde; dinlenme sırasında **onbeş yaşının tamamlamamış olanların “yemin vermeyen tanıklar” arasında** yer alması aynı zamanda sorumsuz halini de öne çıkarmaktadır. Pekin Kuralının 4 ve 5 maddeleriyle birlikte çocukların korunması ve gençler ile ilgili evreyi de öne çıkarmakta olup “davacı” olan çocuklar için “ispat hakkı” da aranılmaz. Sorumsuzluk hali soruşturma ve kovuşturma sürecini suç hukuka açısından “kanun önündeki eşitlik ilkesi” anayasal açıdan da birlikte ele alınması öncelik olmaktadır. Bu yaş ve ayırım kriterlerini ,gençler ile birlikte koruması Anayasanın 41 maddesi içinde önceliklidir. Sorumsuzluk hali ile ilgili bu düzenlemelere ek olarak medeni/(özgür ve eşit)yurtta hukuk açısından düzenlemeler, yapılar ve uygulamaların sistem dahil sosyal hizmetler kapsamında değerlendirilmesi ayrıca gerekmektedir. Bu düzenlemeler TCK.103 maddesi ve Lanzarote Sözleşmesi, BMÇHS’nin çeviri dahil kargaşanın ve dağınıklığının da önemli bir nedeni olmaktadır. Şifadan dönüşen Tıp’ın bir asır önceki yaklaşımında aynen devamı yönünde ki yaklaşım bu arada öne çıkmaktadır. Fiziksel değişimlerle başlayan bir süreç ile birlikte beslenme koşulları ve çevresel etkenlere ise farklı farklı bakılırken sosyal çevre boyutunu ikincil kılmak hukuksal ve koruma açıdan önemli bir sorun kaynağı olabilmektedir. Sosyal ihtiyaçlar dahil gençler için davranışların öne öne çıkarılması ve eğitimin önemi bağlamında genç suçlunun işlediği suça ne fazla ne de eksik bir tepki gösterilmesi bu açıdan bu ilke de oranla birlikte öne çıkmaktadır. Bu Maddede düzenlenen hususlar, yeni bazı tepki tiplerinin geliştirilmesini, rol ve görevleri de özendirildiği gibi çocuklar üzerindeki sosyal kontrolün gereksiz yere büyümesini de önleyecek tedbirlerin de alınmasını özendirmektedir şeklinde olması aynı zamanda sistem dahil sosyal hizmetler gibi asli bir görevi öne çıkarmaktadır. Hayırseverlik gibi kurumsal yapıda yer alan zekat memurluğu gibi rol ve görevden gelen nokta içinde önemli olmaktadır. Bu bakışla öne çıkan kurallar; aynı zamanda hem klasik(kuram) hukuk ile pozitif (dünyevi) hukuk/kurum açısından bir ayırımı ve ölçüleri de ayırtmaktadır. hemde “fail ceza hukuk” kavramı ile “fiil ceza hukuk” kavramı açısından oluşan

ayrışmanında ölçüsü olmaktadır.Bu ayrışma sistem dahil sosyal hizmetleri bir ölçü olarak daha da önemli kılmıştır.

13.Gelişimin parçası olan sosyal alana yönelik ihtiyaçlar bağlamında iyi olma hali ve iyileştirme konusunda öne çıkan rol ve görevler “fiil ceza hukukunun” da temel bilgi kaynağı olup uygulamalar içinde bir oranı öne çıkarmaktadır. Çocukların korunması ile ilgi rol ve görevlerin yanı sıra gençlerin ayrıca odak olması açısından hedef ve amaca yönelik ilkeler ve ölçüler arasında yer alan 16. Madde de ki “sosyal araştırma raporları” ise 5. Maddeyi özellikle yükümlü kılmıştır.

“16. Sosyal araştırma raporları

16.1 Yargılayan makam tarafından önemsiz ve tali derecedeki suçlar dışındaki bütün vakalarda çocuğun suçu işlemeden önceki yaşam koşulları ve suçun hangi ortam içinde işlendiği konusunda hükümden önce yeterli araştırma yapılmalıdır.

Açıklama

Çocuklara ilişkin davalarda sosyal araştırma raporları veya hüküm öncesi raporları son derece önemli ve vazgeçilmez belgelerdir. Bu belgeler sayesinde yetkili makam çocuğun sosyal ve ailevi geçmişi, okul durumu, eğitim deneyleri vb gibi konularda bilgi sahibi olmaktadır. Bu amaçlar için bazı hukuk sistemlerinde mahkemeye bağlı sosyal servisler ve personel kullanılmaktadır. Ayrıca geçici tahliye sonrası çocuğu gözaltında tutmakla görevli kimseler de bu işle görevlendirilebilir. Bu itibarla bu maddede, nitelikli sosyal araştırma raporları elde edilebilmesi için nitelikli personel kullanımının gereğine işaret edilmektedir. “

Bilindiği gibi 3.7.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5395 sayılı **Çocuk** Koruma Kanunu(ÇKK)’nun 35. Maddesi hem BMÇHS 3 ve 40 . madde ile birlikte gerçekleştirilmesi için öne çıkmaktadır. Karar alma dahil suç inceleme yöntem ve araçlar arasında bir ölçü olarak yer almaktadır. ÇKK'nun amacı ise “*korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunmasına, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasına ilişkin usûl ve esasları düzenlemektir*” şeklindedir (Mad.1).Kapsamı ise “*korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında alınacak tedbirler ile suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinin usûl ve esaslarına, çocuk mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin hükümleri kapsar.*” şeklinde belirtilmektedir. ÇKK/ 4. Maddesi BMÇHS’ne de özellikle yansıtılmıştır. Bu Kanunun uygulanmasında, çocuğun haklarının korunması amacıyla öne çıkarılan temel ilkeler arasında çocuğun yaşama, gelişme, korunma ve katılım haklarının güvence altına alınması ve de çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi gibi gözetme “sosyal iyileştirme” açısından da yükümlü kılınmıştır.Bu düzenleme aynı zamanda toplumda geçerli genel ahlak ve kültürel koşullar gözetmeyi de anayasal görev yapmış olup bu yönde bir ölçüyü de öne çıkarmaktadır.Sosyal adalet dahil çocuk haklarına saygıyı ve temel hak ve özgürlükleri korumayı da görev yapmaktadır. Aynı zamanda BMÇHS ve bu yöndeki Pekin Kuralları, Riyad ve Havana gibi temel araçlarda öne çıkarılan ölçülerin gözetilmesini de birlikte öne çıkmaktadır. Bu ölçülere bağlı olarak danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma tedbirleri ise “koruyucu ve destekleyici tedbirler olarak ÇKK/5. Maddesini de düzenlenmiştir.Böylece ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallarının ÇKK yer alması ve de medeni (yurttaş) hukuk ile ceza hukukun çocukları için birlikteliği ÇKK nu özgün kılmıştır. Bu düzenleme aynı zamanda doğayı ve gelişmeleri de kısaca özetlemektedir.

14. Pozitif (dünyevi) kuram/hukuk bağlamında medeni hukuk ve sosyal hizmetlere dayalı u yöntem ve araçlar bağlamında öne çıkan koruma,esirgeme boyut aynı zamanda doğayı ve gelişmeleri de günümüzde kısaca özetlemektedir.Bilindiği gibi doğada yer alan canlıların soy ve türlerini devam etmesi korunma ve geliştirilme ile mümkün olmuştur. Doğanın bir mucizesidir. Güven ve birbirleriyle geçinmeleri vede uzlaşma gibi temel bir davranışa sahip olmaları aynı zamanda “sosyal” şeklinde bir alanı da oluşturmaktadır. Kişilerin gelişim ve davranışlarıyla ilgili sosyal alandaki ihtiyaçlar aynı zamanda sosyal iyilik halini bütünsel/uyumlu kılmıştır.Bilindiği gibi Türk Dil Kurumunda “*sosyal*” toplum bilimi olarak tek kelime ile tanımlanmakta, Latince “*socialis*”; İngilizce “*social*” ve Almanca “*sozial*” olarak tanımlandığı görülmektedir. Almanca “*Duden*” sözlüğünde yer alan “*sozial*” göre ise; devlet ve toplumdaki insanların (düzenlenmiş) bir arada bulunmasıyla ilgili olarak; “*insan toplumuna ait*”, “*ona ait*”, “*topluma ve özellikle ekonomik ve politik yapısına ilişkin*”, “*toplumdaki çeşitli gruplardan birine ait insan*”, genel anlamda “*halka hizmet ederek ortak faydaya hizmet etmek*”, “*toplumdaki insan ilişkilerini yönetmek*”, “*teşvik etmek*” ve [ekonomik olarak] “*daha zayıf*

korumak” şeklinde Türkçe’den farklı ve daha geniş bir tanımlama söz konusudur. ²¹Dolayısıyla çocuklar ve gençler için sosyal alanda öne çıkan iyilik haline ulaşım ortak faydayı bütünsel açıdan ayrıca önemli olmuştur. Sosyal adaleti ve eşitliğide öne çıkarmaktadır. Kişisel/ruhsal iyi halinin yanı sıra yaşam koşulları ve sosyal ortamda asgari koşullara sahip olunmasına yönelik iyilik hali konusunda ki hizmet ve ortak fayda için temel kural ve ölçüler toplum açısından adil ve adaletli davranmasına neden olmaktadır. Sosyal adaleti ,adil ve adaletle ulaşım için ortak fayda, günümüzde çocuklar ve gençler için bu bakışla BMÇHS de yansıtmıştır. İnsanlık tarihi açısından sosyal adalet ve iyilik haline ulaşım ve ortaya çıkan ihtiyaçlara yönelik ilişki ve yapılar hukuk açıdan da birlikte ve ayrı şekilde ele almıştır. Sosyal iyilik hali ve iyileştirme açısından sosyal hizmetler savunuculuğu sistem içinde öncelikli görevler arasındadır. Buna ek olarak adalet sistem ve hizmetinde temel unsur olması temel kural ve ölçüler arasında olmuştur. Ortak fayda ve hukuk disiplini ,diğer disiplinler ile bu ilişkileri ve bilgileri gözetmek içindir. Ortaya çıkan sorun(lar) ve çözüm(ler) ise yetkinliğe ve kaynaklara ulaşım ile mümkün olması bilimsel ve tekniğe dayalı uygulamalar içinde ayrıca öne çıkmaktadır. Günümüzde çocukların istismarı açısından sık sık gündeme gelen kurban/mağdur çocuklar için tamamlayıcı oran da adaletin ve hukuka bakışında temel bir ölçüsü arasındadır. Dolayısıyla en zayıfın birbirleriyle korunması, dayanışması da soyun devamı için öne çıkmaktadır. Beslenme ve gelişme için sıkıntı olduğu takdirde savaşmayı da öne çıkarmaktadır. Bu doğanın bir parçası olan insan, soyunun devamı için de ürer. Diğer cinslerde olduğu gibi üreme güdüsü ile doğan insan; bebek, çocuk, genç, genç yetişkin, yetişkin, yaşlılık ve ölüm bir evreyi ve süreci de doğal olarak yaşar. Çeşitli dönemleri/evreleri/çağları davranış ve etkileriyle birlik de yaşar. Bu dönemler arasında en güçsüzü ise çocuklardır. Gelişim ve davranış açısından diğer güçsüz kılan ise gençlerdir. Çocuk ve gençler için bu iki dönemde güçsüz ve yoksun kılınması korunmayı ve dayanışmayı da öne çıkarmaktadır. Soyun devamı için gerekli olan koruma ise güveni birlikte içermektedir. Doğada yer alan canlıların birbirleriyle iyi geçinmesi bağlamında dayanışmayı da öne çıkaran davranışlar aynı zamanda sosyal alanlar için bir düzeni ve dolayısıyla hukuku da öne çıkarmaktadır. İnsan tarihi açısından böyle bir düzen ve süreçte başta çocuklar olmak üzere insanlığın korunması için insanlara böyle bir görev de davranışlar arasındadır. Adil ve adalet gibi bir davranışında temel ölçülerden birisidir. Bu ölçüler, geleneksel ve dinsel bir görev olarak hayırseverlik ile de yansıyabilmiştir. Adalet dahil böyle bir dayanışma, esirgeme ve korumaya yönelik davranışlar ve uygulamaların da gelişmesine neden olmuştur. Adil ve adaletli olunması bağlamında her türlü yoksun kılan herkese yönelik görev ve araçlar günümüzde sosyal hizmetler gibi kamusal hizmete de dönüşmüştür. Şifadan sağlığa, öğretilen eğitime ve adalet gibi böyle temel hizmetlerin arasında yer almasını da gerektirmiştir. Tamamlayıcı unsur, araç ve ölçü de olmuştur. Böyle bir süreç ve geline nokta BMÇHS ve ölçüleri de bu açıdan görev yapmış olup ÇKK/4. Maddelerinde yer alan temel ilkeler geline bir nokta olup kurallar ve ölçülerin birlikte değerlendirilmesini adalet ve adil yargılama açısından gerektirmektedir.

“Çocuk Koruma(ma) Kanunu” ve “sosyal çalışma(ma) görevlisi”

15. Adalet ve sosyal hizmetler ile ilişkiler açısından söz konusu olan gelişim ve yaklaşım bağlamında öne çıkan Pekin Kurallarında yer alan 16. Maddesi ve “sosyal araştırma raporları” Pekin Kurallarını sosyal hizmetler ile birlikte ele almayı kural ve ölçü yapmaktadır. TCK.103 ve 31. maddeler gençleri de içeren çocuklara yönelik temel hak ve özlükler açısından öne çıkarılan ölçü ve görevi de yükümlü kılmaktadır. Çocukların istismarı gibi eylem sonucu kurban çocuklar dahil korumanın yanı sıra ayrıca adalet sistem ve hizmeti açısından soruşturma ve kovuşturma süreci için de ÇKK/3-1-e Maddesinde söz konusu olan “sosyal çalışma görevlisi” şeklinde ki tanım yöntem ve araçları da belirlemektedir. Böyle bir birliktelikle adalet ve sosyal hizmetlere ulaşımı da sağlanmıştır. Tanımlar ile ilgili 3. Maddesinin (e) fıkrasında “*Psikolojik danışmanlık ve rehberlik, psikoloji, sosyal hizmet alanlarında eğitim veren kurumlardan mezun meslek mensuplarını*” olarak “sosyal çalışma görevlisi” olarak tanımlanmıştır. Ayrıca bilindiği gibi 24. Mayıs. 1983 tarihli ve 2828 sayılı “Sosyal Hizmetler Kanunu

ve “sosyal hizmetler”²² ile ilgili bir tanımda söz konusu olmasına rağmen Türkiye’deki yasada hala karşılığı olmayan “sosyal çalışma” gibi tanımlanmamış bir uygulama alanı ve görev öne çıkmıştır. Bu madde 13.06.2012 tarihinde TBMM’de değiştirilmiştir. 29.06.2012 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 6327 sayılı “**Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun**” 38. Maddesinde yapılan bu tanım değişikliği ile ilgili düzenleme 03.07.2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi “Sosyal çalışma görevlisi: Psikolojik danışmanlık ve rehberlik, psikoloji, sosyoloji, çocuk gelişimi, öğretmenlik, aile ve tüketici bilimleri ve sosyal hizmet alanlarında eğitim veren kurumlardan mezun meslek mensuplarını,” şeklinde değiştirilmiştir.

16. ÇKK’nun yer alan Koruyucu ve Destekleyici Tedbirler ile ilgili düzenlemelerinin yanı sıra 11. Madde ve Türk Ceza Kanunu’nun 31 inci maddesinin birlikte uygulaması da sağlanmıştır. Böylece “Çocuk Mahkemeleri” ve “Çocuk Ağır Ceza Mahkeme’lerinde” ÇKK nun 34. Maddesinde yer alan görevlerin yerine getirilmesi için “Sosyal Çalışma Görevlileri” de görevlendirilmiştir. “Sosyal çalışma/sosyal hizmetler” bilim ve disiplini dışında “psikoloji” ve “psikolojik danışmanlık ve rehberlik”in yanı sıra ek olarak “sosyoloji” gibi, “çocuk gelişimi” gibi, “öğretmenlik”, “aile ve tüketici bilimleri” gibi disiplin alanlarına yönelik eğitim veren kurumlardan mezun meslek mensupları da katılmışlardır. Böylece ÇKK/11 madde ve TCK.103 dahil TCK/31.maddelerle suçlu inceleme yöntem ve araçların arasında ÇKK/35 maddesi ile sosyal inceleme dahil çeşitli görevlerin yer alması sağlanmaktadır. Bu maddeye yönelik 21.6.2005 tarihinde TBMM Adalet Komisyonunda yapılan tartışmalar sonunda “Evheni-şer,şerlerinin en kötüsü” şeklinde bir orta yolun bulunması gibi gerçekler uygulamayı da belirlemiştir. Bu yaklaşım sonucunda da; “Çocuk Koruma” başlığı altında “Çocuk Ağır Ceza Mahkemeleri” kurarak bu konuda dünyadaki tek örneği oluşturan bir uygulama öngörülmüştür. İyileştirme yerine cezalandırma bağlamında TBMM,Adalet Komisyonunda 21.6.2005 tarihinde öne çıkan hukuka bakış ve misyon bağlamında bu mahkemelerde “Sosyal Çalışma Görevlilerine” yer vererek gene dünyada başka bir örneği olmayan kendine özgün uygulamaya yeni bir özgünlük daha kazandırılmıştır. Medeni hukuk ve ceza hukukun birlikte alınmasının yanı sıra cezayı öne çıkaran bir misyon ve görevde öne çıkmıştır. “Çocuk Koruma (ma) Kanunu” ile “sosyal çalışma(ma) görevlisi” gibi bir özellikte kazandırmaktadır. Bu yeni boyut/boyutlar ve sorun/sorunlar sadece çocuk ve gençlik yargılama sistemiyle ilgili “adalet hizmet” ile ilgili değildir. Aynı zamanda dinsel bir değer olan “hayırseverliğin” tarihsel süreç sonunda dünyevileşmesiyle oluşan “Sosyal Hizmetler” disipliniyle özellikle ilgili önemli bir boyutu ve etkileri de kapsamaktadır.

17. **Özgür ve eşit yurttaşlık** konumuyla **Yurttaşlık/Medeni Hukuk** kapsamında başta çocuk ve gençler olmak üzere tüm bireylerin topluluk değerleri yerine özgür ve eşit yurttaşlık temelinde toplumsal/kamusal açıdan korunup kollanması ile ilgili bir boyutu da özellikle içermektedir. Fransız devrim ve Aydınlanma süreci bağlamında sanayii devriminde sosyo ekonomik etkileriyle hukuk dahil birlikte gelişen dönüşüm aynı zamanda BMÇHS ile ilgili gelişen bir noktadır. İnsanlık tarihinde Klasik Hukuk yaklaşımdan dünyevi Pozitif (dünyevi) Hukuka dönüşümün yanı sıra “fail ceza hukuk” kavramı ile ceza ve cezalandırma yerine “fiil ceza hukuk” kavramına dönüşmesi ile sözleşmeye de yansıtılan ilkelerin korunmasını ve geliştirilmesini ve de ileriye götürülmesini de öncelik yapmaktadır. Çocuğun bir mülk olmanın engellenmesi ve “fiil ceza hukuk” kavramı ile medeni /(özgür-eşit) yurttaş hukuku açısından çocuk dahil kişilerin vesayet dahil korunup kollanması ile kurum ve yapılar ise bir asır beri söz konusudur. Bu ilişkilerle geline noktanın kurumlarıyla birlikte evrenselliğe taşınması da diğer önemli bir noktadır. Özellikle de Osmanlı Devletinin işgal edilmesiyle Mustafa Kemal Atatürk’ün önderliğiyle Kurtuluş Savaşı sonunda Yeni ve Genç Türkiye Cumhuriyetinin önemli ürünleri ise devrimlerdir. Bu devrimler arasında **1907**

Tarihli İsviçre Yurttaş /Medeni Kanun'u (ZGB) 743 sayılı Türk Medeni Kanun'un 1926 yılında aynen uyarlamış olması ve uygulamalar çocuklar içinde geçerli şekilde korumayı hedeflemiştir. İç hukukunda bir parçası olan bu yöndeki uluslararası sözleşmeler bağlamında “idare” tarafından teknik ve nitelikli bir hizmet ve uygulaması da bu boyutun içinde özellikle de yer almaktadır. “Sosyal Çalışma Görevlisi” başlığı altında “sosyal çalışma/sosyal hizmete” yönelik ÇKK nun 34. Maddesinde adalet sistem ve hizmeti için belirtilen teknik içerikteki görevlere yönelik farklı disiplinlerde formasyonda eğitim almış olan bu meslek mensuplarının uygulamaya bu şekilde dahil edilmektedir. Aynı zamanda kendi mesleklerine sahip olduğu formasyona ve uzmanlığa ek olarak benzer bir uzmanlık öne çıkmaktadır. Hem adalet hem de sosyal hizmetler gibi idare tarafından hak sahiplerine verilmesi gereken “sosyal çalışma/sosyal hizmet” uygulamalarına kanun/yasa koyucu yeni bir bakış ve yaklaşımda getirmiştir. Kamusal teknik bir hizmetin ve görevin de başka bir teknik hizmet konusunda eğitim almış kişiler tarafından verilebileceği uzmanlık dahil bir durumda ortaya çıkarılmıştır. Özellikle iç hukukun bir parçası olan **Avrupa Sosyal Şartı** ²³gibi sözleşme ve 14. Maddede sosyal hizmetlerden yararlanma hakkının temel haklardan yer alması da önemli bir gerçek ve yükümlülüktür. Kurumsal yapılar ve ilişkiler dahil sistem özelliğine yönelik gerçekler ve yükümlülükler , suçu inceleme yöntem ve araçlar dahil adalet ve sosyal hizmetlerle ilişkileri ayrı ve birlikte uyum içinde değerlendirmeyi de yükümlü kılmaktadır. Günümüzde sık sık “onarıcı adalet” gibi bir özellikten bahsedilirken adalet sistem ve hizmetini tamamlayan sosyal hizmet(ler) uygulamalarında sosyal inceleme dahil tanık ve fail açısından gerekli “teknik” boyutu yok eden bakış ve yaklaşım ÇKK’nun da özellikle öne çıkmaktadır. Adalet adına örneğin “sağlık” hizmetlerinde hayvan sağlığı ile ilgili eğitim almış kişilerin görevli kılınmasını da olanaklı hale getiren yaklaşım ve yozlaştırma adalet adına hala söz konusu olmaktadır. Çocuklara hak edilen böyle yaklaşım ve mesleksi açıdan bir süre bile aranmadan söz konusu “uzman”lıktan bahsedilmektedir. “Sosyal çalışma görevlilerinin görevleri” için ÇKK/ 34 .Maddesinin 1-a bendinde görevlendirildikleri çocuk hakkında derhâl sosyal inceleme yapmak, hazırladıkları raporları kendilerini görevlendiren mercie sunmak ve de (b) bendinde suça sürüklenen çocuğun ifadesinin alınması veya sorgusu sırasında yanında bulunması şeklinde görev görüldüğü gibi suçu inceleme yöntem ve araçları kapsamında yer almaktadır.

18. Halbuki BMÇHS ve Pekin Kurallarıyla evrensel değer ve ilkeler açısından gelinen noktada, çocuklar ve gençler dahil bir kişinin yoksunluk dahil “sosyal iyileştirilmesi/sosyalizasyonu” bağlamında kamusal bir hizmeti ve yararlanmayı sosyal hizmetler ve adalet sistem ve hizmeti açısından öne çıkarmaktadır. Suç hukuku ve suç inceleme yöntem araçları dahil adaletle ulaşılmasına yönelik uygulamalar ve yapılar için bir asırdan beri hayırseverlikten, yardımseverlikten sosyal hizmete ve pozitif hukuka evrilmesi şeklinde gelişmeler insanlık tarihini de parçasıdır. “Kısasa kısas” dan “onarıcı adalet” gibi yaklaşımları adalet açısından söz konusu gelişmeler ve birlikteliğin yanı sıra evrensel yöntemleri ile gözetilmesi sosyal hizmetleri sağlık, eğitim, adalet gibi kamusal temel bir hizmet ve iyi olmaya sahip olunması günümüzde hak olarak yükümlü kılmaktadır. Ayrıca BMÇHS ve önsözde yer alan temel araçlar arasında öne çıkan Pekin Kuralları temel hak ve özgürlükler içinde temel bir ölçüdür. Değerlendirme noktasıdır. Bu yüzden sosyal hizmetler çocuk dahil kişilerin yanında taraf olarak durması içindir. Savunuculuk ve tarafgirlik boyutu da bu görevin temel bir parçasıdır. Bilindiği gibi uygulamalı bilim ve tekniğe dayalı meslek aynı zamanda yetkinliği ve sorumluluğu da öne çıkarmaktadır. Hizmet verenler açısından tarafsız, bağımsız kılınması ve etikler bir hizmeti, hizmet yapan temel bir unsurdur. Özellikle de adalet sistem ve hizmeti tek başına hukuk ile gerçekleştirilemez. Aksine bir asırdan beri yer alanın sistem, kamu hukuk ve özel hukuk bağlamında tamamlayıcı unsurdur. Buna sağlık ve eğitimde dahildir. Bu sorumluluk bağlamında müdahale dahil sosyal iyileştirme konusunda sosyal hizmet konusunda eğitime sahip olunan yetki ve görev profesyonelleşme bağlamında öne çıkarmaktadır. Kişilerin yanında olmayı gerektirmiştir. Ancak iyi olma hali bağlamında öne çıkan sosyal iyileştirme konusunda ki bu yetkinliğin dışında “**kişisel iyileştirmeyi**” de birlikte gözetmeyi içeren böyle yetki ve görevin benzer kılınması görüldüğü gibi

ÇKK ile 2005 yılından beri mümkün kılmaktadır. Sosyal hizmet gibi bilimin ve yöntemleri ile ilgili bu boyutun, özelliğın yanı sıra psikoloji gibi kişiler ile ilgili soyut bilgi ve eğitim gibi farklı alanının ve uygulamalı bir bilim olmayan sosyolojinin ve diğer alanların birlikte ve benzer kılınması Türkiye’ye özgünlüğü öne çıkarmaktadır. Bilim ve hizmet açısından saygı yoksunluğu dahil sosyal hizmetlerden yararlanma konusunda çocuklar dahil söz konusu hak sahiplerini engellemeye de yöneliktir. Çocukların yarar ve esenliğı şeklinde “**iyi olma**” haline sahip olunması ve ulaşılmasının da somutlandırması için öngörülen asgari standartlar ile ilgili yöntem ve araçların yozlaşmasına veya ortadan kaldırılmasına adalet ve hukuk adına yardımcı olunmaktadır. Bu yönde ki tespitler , yansımaların ve çocuklara ve gençlere yönelik etkilerinin de birlikte değerlendirmesini gerektirmektedir. Aynı zamanda sosyal hizmetlerden yararlanma hakkı gibi bir noktaya gelinmesine rağmen söz konusu olan evrimleşmenin aksine bir durum bu örneklerle de ortaya konmaktadır. Özellikle de “sosyal çalışma” gibi kamusal alanda ve hizmet konusunda ki tanımın yasalarda yer alınmamasına rağmen böyle bir görev hem sosyal hizmeti ve adalet gibi temel bir hizmetlerin yozlaşmasına/yozaştırılmasına/ bozulmasına da neden olmaya devam edebilmiştir. Yarar ve esenliğının iyi olma haline somut bir şekilde sahip olunması bağlamında sosyal hizmet(ler) ile ilgili boyutun BMÇHS ne taşınması ve de bu yöndeki standartlar ile adaletle ulaşılmasını ve de çocukların yarar ve esenliğının iyi olma hali açısından gözetilmesi, araç ve yöntemleriyle gerçekleştirilmesi yerine Afganistan da bile söz konusu olmayan yetki ve görev BM Çocuk Haklarına ve çocuk koruma adına ÇKK ile de halen söz konusudur.

19.BMÇHS ne yönelik temel anahtar araçlardan birisi olan Pekin Kuralının 16. Maddesinde yer alan bu ilke; yargılayan makam tarafından önemsiz ve tali derecedeki suçlar dışındaki TCK/103. Maddesi dahil bütün vakalarda gençlerin suçu işlemeyen önceki yaşam koşulları ve suçun hangi ortam içinde işlendiğı konusunda hükümden önce yeterli araştırma yapılmasını da görüldüğü gibi yükümlü kılması açık bir yükümlülüktür. Temel hak ve özgürlüklerin çocuk ve gençlere temel ve haklar açısından ulaşılması içinde temel bir araçtır. Sosyal araştırma raporları veya hüküm öncesi raporları son derece önemli ve vazgeçilmez belgelerdir şeklinde ayrıca açıklanmaktadır. Pekin Kuralları arasında yer alan 5. Maddedeki amaç ve 6. Maddeleri birlikte ele almayı da zorunlu kılan bir ölçüdür. Bu belgeler sayesinde yetkili makam çocuğun sosyal ve ailevi geçmişı, okul durumu, eğitim deneyleri vb gibi konularda bilgi sahibi olmaktadır. Davranış konusun da iyileştirmeyi ve oranın belirlenmesi içinde birincil bir bilgi kaynağıdır. Bu amaç ve iki hedef için ise bazı hukuk sistemlerinde mahkemeye bağlı sosyal servisler ve personel kullanılmaktadır (ki Türkiyenin yer aldığı Batı sistemi, Roma Hukuk ve de hukuk devletinde yer alan Kıta Avrupa’sın da mahkemede raportör dışında mahkemede böyle görevli yer almamaktadır). Ayrıca geçici tahliye sonrası çocuğı gözaltında tutmakla görevli kimseler de bu işle görevlendirilebilir. Bu itibarla bu maddede, nitelikli sosyal araştırma raporları elde edilebilmesi için nitelikli personel kullanımının gereğine işaret edilmektedir. Bu açıklama denetimli serbestlik ve/ya uzlaştırma ,mediatör gibi yöntem ve araçlar içinde geçerlidir. Aynı zamanda çocuklar ile gençlik gibi evreler ile yetişkinler için ayırım konusunda sorumluluk korumak içinde önceliktir. Ceza sorumluluğı ve yaşın yasalarla belirlenmesinden sonrası için öne çıkarılan raporlamanın dışında sosyal hizmetlere dayalı ilişki ve yetkinlik bu temel ilke de öne çıkmaktadır.

20.Adalet sistem ve hizmeti açısından tamamlayıcı olan sosyal hizmetler ile ilgili boyut aynı zamanda “**Yargılamada ve hükümde uyulması gereken**” ilkeler ile birlikte ele almayı gerektirmektedir. Ayrıca 22. Maddede yer alan “**Profesyonellik ve eğitim ihtiyacı**” maddesi birlikte ele almaktadır. Sistemi de içeren sosyal hizmetler ile ilgili boyutu öne çıkaran ilkede gençlik suçluların işleriyle ilgili her düzeydeki personel, mesleki eğitim, hizmet içi eğitim, yeniliklerin öğretilmesi gibi eğitim yöntemleri ile donatılmış olması mesleksi özelliğı yetkinlik açısından öne çıkarmaktadır.5.ve 6. Madde ile de birlikte çocuklarla ilgili adli yargılama personeli çeşitlilik göstermektedir. Bu adli organlarda kadınların ve azınlıkların da eşit sayıda temsil edilmelerine gayret edilmelidir şeklindedir. Açıklamalar arasında örneğın gençleri yargılamakla görevli yetkili makamlar değişik ülkelerde farklı eğitimlerden gelmiş olabilirler (*örneğin Gelenek Hukuku uygulayan Büyük Britanya Birleşik Krallığı veya Roma Hukuku’nu uygulayan öteki ülkelerde yargılama yapan kişi ve kurumlar farklı ünvan ve mesleklerden olabilirler*) şeklinde olması görüldüğü gibi sistem farklılığını da öne çıkarmaktadır. Bütün bu değişik kişi ve kurumların sosyoloji, psikoloji, kriminoloji ve davranış bilimleri konusunda asgari derecede eğitilmiş olmaları arzu edilmektedir. Nitelik ve yetkinliğe yönelik bu husus yargılama yapan makamın

bağımsız olması ve özel bir şekilde örgütlenmesi kadar önem taşımaktadır. Türkiye de 1982 yılına kadar sağlık kapsamında ve yasal olarak profesyonelleşme açısından öne çıkan sosyal hizmet uzmanları ve/ya 1982 yılında YÖK ile yüksek öğrenim konusunda yapılan düzenlemeler sonucu söz konusu olan sosyal çalışmacılar ve gözetim görevlileri için çocuklar konusunda önceden deneyimli olmak koşulu belki en önemli husus olmayabilir ama, yine de asgari nitelikler konusunda hizmet içi eğitim gerekmektedir şeklinde ayrıca açıklanmaktadır.. Bu düzenleme aynı zamanda Avrupa Konseyi ülkeler için sosyal hizmetler açısından ek nitelik ve yetkinlik sistem ve kurumsal açıdan öne çıkarmaktadır. Gençlik adalet sisteminin uygulamasında nitelikli personel istihdam edilmesi, tarafsız ve etkili çalışmanın en esaslı unsurlarından biridir. Bu bağlamda anılan ilke, çocuk adalet sistemini uygulayan kişilerin bu fonksiyonlarını en iyi şekilde yerine getirmelerini sağlamak amacıyla eğitimi, gelişimi, meslekte ilerlemelerini temin etmek için gereklidir şeklinde olması aynı zamanda yer alan personelin meslek ve tarafsız bağımsız kılması bu ilkeye öncelik yapmaktadır.Söz konusu düzenlemeler aynı zamanda görüldüğü gibi ceza sorumluluğun belirlenmesi için yöntem ve araçlar arasında yer almadığı gibi aksine sosyal araştırma için zorunluk her şeyin önüne çıkmaktadır.

21.Bu ilkeler günümüzde “onarıcı adalet” gibi bir kavramı da dolayısıyla öne çıkarmaktadır.”Fail ceza hukuk” kavramı yerine “fiil ceza hukuku” kavramı bu kuralları ve ölçüleri de özellikle öne çıkarmak içindir. İyileştirmeyi öncelik kılan adalet sistem ve hizmeti açısından sosyal hizmetler ise tamamlayıcı unsuru ve yöntemleri ile birlikte araç ve işlevlere yer verilmeyi gerekmektedir. Fakat görüleceği gibi başta 40/33 sayılı Pekin Kuralının BMÇHS Türkçe metinde “**dikkate çekilmesi**” yerine “**anımsamak**” veya buna bağlı olarak tavsiye gibi yaklaşım bu hükümleri ikincil kılınmak istenmesine yardımcı olmaktadır. Kamusal bir hizmet olarak öne çıkan sistem dahil sosyal hizmetler ile ilgili asli görev ile ilgili boyutun adalet sistem ve hizmetinde yoksun kılması da hedeflenmektedir. Özellikle çocukların sadece korunması ve ceza sorumluluk ile ilgi yaşın yasalarca belirlenmesinden sonra “genç” gibi farklı dönem ve sosyal koşullar açısından sosyal araştırmanın öne çıkarıldı böyle bir ölçü Pekin Kuralı açısından bir uygunluğu ve tutarlığı da aramayı gerekmektedir. Yine sosyal hizmet konusunda nitelik, yetkinlik ve bilgiler de bir ölçü olmaktadır. Bu yönde BMÇHS nin önsözünde “**Çocuk Mahkemelerinin Yönetimi Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Pekin Kuralları)**” şeklinde uluslararası resmi bir belge Türkçe ye özellikle **yanlış** şekilde çevrildiği gibi bir gerçek aynı zaman da Pekin Kuralının 6. Maddesinde yer alan takdir yetkisini sınırlaması yerine genişletmesi yardımcı olunduğu içindir. Sosyal araştırma konusunda ki zorunluluk ve sosyal hizmet konusunda ki diğer kişiler tarafından düzenlenmesine yönelik “**sosyal çalışma görevlisi**” ve “**sosyal inceleme rapor/SİR**” yönelik ÇKK/35. ve 11. Maddesinde yer alan düzenlemeler özellikle TCK/31. Maddesine yönelik olup suçlu inceleme ve yöntem araçlar arasına dahil edilmesi de sağlanmıştır.

Çocukların cinsel istismarı

22. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” bölümünde özellikle ele alınmıştır. Cinsel saldırı (TCK.102), Reşit olmayanla cinsel ilişki(TCK.104) , Cinsel taciz(TCK.105) ve TCK 103. maddesinde çocuklara karşı yapılan cinsel saldırılarla ilgili olarak, “çocuğun cinsel istismarı” kavramını ayrıca öne çıkarmıştır. Suça saldırı değil de istismar adı verilmesinin nedeni ise saldırının aksine istismar teriminin rıza ve rıza dışı davranışları kapsayan bir terimi birlikte içermektedir. Ancak gerekçe²⁴ dahil cinsel istismar niteliğindeki davranışlar konusunda bir belirsizlik söz konudur. Bu belirsizlikle birlikte yaş grubu için sorumluluk ve ayırım öne çıkmaktadır. Çocuk

□ TCK.103;Gerekçe“Erişkin kişilere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların kişinin rızasına aykırı olması gerekir. Aksi takdirde, yani kişinin rızasının bulunması hâlinde, ceza hukuku sorumluluğunu gerektiren davranışlardan söz edilemez. Buna karşılık, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından, rızanın varlığı ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Başka bir deyişle, kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından bu çocuğun rıza açıklamasında bulunması, fiili suç olmaktan çıkarmayacak ve kişinin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Bu bakımdan, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan kişilere karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, cinsel istismar olarak kabul edilmiştir. Onbeş yaşını tamamlamış ve maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar olarak nitelendirilebilmesi için, bunların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekir.”

deyimi ise Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesindeki tanım çerçevesinde, 18 yaşını bitirmemiş kişileri ifade etmektedir. Cinsel davranış olarak cinsel amaçla veya cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilen her türlü davranış şekilde de ifade edilmektedir. Söz konusu olan cinsel istismarın mağdur ve kurban olarak gösterilen çocukların, kendilerine yönelik cinsel davranışlara gösterecekleri rızanın geçerli olmayacağını belirtmek toplumsal bir ihtiyacı da ortaya çıkarmış olup 15 yaşından küçüklerin ve 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocukların eyleme rıza konusunda bir değerlendirme ceza hukuku açısından ele almamıştır. Dolayısıyla aynı kendi yaş grubundaki kişi tarafından yapılan davranışta bu kapsamda olup söz konusu olan fiil suç olmaktan çıkarılmamaktadır. Ancak 15 yaşının doldurmuş olanlar için rızanın kabulü söz konusu olup bu yönde bir değerlendirmeyi de öne çıkarmaktadır. Cinsel özgürlüğü korumak ve özellikle de çocukların sağlıklı bir cinsel gelişim gösterebilmelerini sağlamak amacıyla, çocukların cinsel yönden istismarına yönelik fiiller ve değerlendirmeler yaptırımın belirlenmesi için önemli olmaktadır. Ayrıca bilindiği gibi ÇKK. 3 maddesinde tanımlar arasında yer alan “**Korunma ihtiyacı olan çocuk**” tanımı “*Bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğu,*” şeklindedir. (ÇKK.1.a.1) Çocuklar için bir gruplaşma söz konusu olmayıp mağdur çocuklar TCK.103 kapsamında öne çıkmaktadır. Ayrıca ÇKK.6. maddesinde sosyal incelemeyi de içeren bir bildirim yükümlüğü, tedbirler ve 44. Madde ile birlikte öne çıkmaktadır.²⁵ Çocukların cinsel istismarı gibi bu konu adalet sistem ve hizmeti açısından en hassas ve önemli konulardan birisidir. TCK/103. Maddesi ve yine bu kapsamda en az % 25 oranında yer alan “fail” çocuk ve gençler ile mağdur/kurban/tanık çocuklar ile de ilgili olarak TCK/31 Maddesi aynı zamanda birlikte ele almayı da ayrıca gerektirmektedir. Fail çocuk ve gençler aynı zamanda ÇKK.3 maddesinde “suça sürüklenen çocuk” olarakta ayrıca tanımlanmıştır. “*Kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu,*” şeklinde tanımlanmıştır. Aslında suç işleme hükmünün kabulüyle masumiyet ilkesine aykırılığında birlikte içermektedir. Dolayısıyla adalet sistem ve hizmetinde hem tanık hem davacı hem de kurban/mağdur olarak yer alan çocuklar tedbirler dahil koruma boyutunu birlikte ele alınmayı gerektirmiştir. Yaşam koşulları ve sosyal ortamları konusunda onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve gençler için sahip olunan bilgilere dayalı olarak kararlaştırılması için SİR gibi bir işlevde ayrıca söz konusudur. Aynı zamanda Pekin Kuralları gibi asgari bir ölçüyü/standartı birlikte ele almayı gerektirmektedir. Diğer

25

□ <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/28901> 5395 s.k. *Koruyucu ve destekleyici tedbirler*

Madde 5- (1) Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan;

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

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

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

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

e) Barınma tedbiri, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan

hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya,

Yönelik tedbirdir.

(2) Hakkında, birinci fıkranın (e) bendinde tanımlanan barınma tedbiri uygulanan kimselerin, talepleri hâlinde kimlikleri ve adresleri gizli tutulur.

(3) Tehlike altında bulunmadığının tespiti ya da tehlike altında bulunmakla birlikte veli veya vasisinin ya da bakım ve gözetiminden sorumlu kimsenin desteklenmesi suretiyle tehlikenin bertaraf edileceğinin anlaşılması hâlinde; çocuk, bu kişilere teslim edilir. Bu fıkranın uygulanmasında, çocuk hakkında birinci fıkrada belirtilen tedbirlerden birisine de karar verilebilir.

Kuruma başvuru

Madde 6- (1) Adli ve idarî merciler, kolluk görevlileri, sağlık ve eğitim kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, **korunma ihtiyacı olan çocuğu Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bildirmekle yükümlüdür.** Çocuk ile çocuğun bakımından sorumlu kimseler çocuğun korunma altına alınması amacıyla Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna başvurabilir.

(2) Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu kendisine bildirilen olaylarla ilgili olarak gerekli araştırmayı derhâl yapar.

Kamu görevlisi

Madde 44- (1) Bu Kanun kapsamına giren görevlerle bağlantılı olarak kamu görevlileri hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz.

yandan Anayasa Mahkemesinin TCK/103 maddesine yönelik almış olduğu kararlar ²⁶yeni düzenlemelere de neden olmuştur. Bu kararlar öncesinde, bir önceki ceza yasasına göre 15 yaşını doldurmamış bütün çocuklara karşı işlenen tüm cinsel davranışların şikayete bağlı olmaksızın 15 yıldan az olmamak üzere bir cezalandırmayı öngörmüştür. Fakat AYM kararıyla görüldüğü gibi ayrıca 12 yaş ayrımını getirilmiştir. Bunların arasında 2016/46 sayılı kararda çocuk hakları ve korumanın önemi, fail çocuklar ve akran arası oluşan erken ve zorla evlendirmeler bir şekilde ele alınmıştır. Kırsal kesimde küçük yaşta evlendirmelerin yaygın olması, şehirlerde ise yaşı küçük çocukların cinsel birliktelikleri oluyor bağlamında ağır cezaların verilmesi şeklindeki karar bu ayırmıda özellikle öngörmüştür. Fakat fiilen evlilik yaşının düşürülmesi ve erken yaşta ve zorla evliliklerin, erken yaşta gebeliklerin meşrulaştırılması gibi endişeleri de aynı zamanda birlikte getirmiştir. Kendi yaş grubundan çocuklarla kendi yaşlarıyla, cinsel farkındalıklarıyla orantılı olarak çeşitli cinsel davranışlar göstermiş olması gibi bir gerçeğe rağmen TCK 31. Maddesi ve TCK.103 maddesi bu davranışı ağır bir suç olarak hala kabul etmektedir. Sosyal hizmet boyutu ve Pekin Kuralı gibi bir ölçü ile ilgili boyut ise hala ele alınmamaktadır. Çocuk ve gençlere odaklanması yerine farklı farklı açılardan tartışmak ve de bu kargaşa ile cezalara odaklanmak yeni kargaşalara da hala neden olmaktadır.

23.Kararlarda, sosyal iyileştirmeyi ve tedbirleri de içeren koruma boyutu ve ihtiyaçlar sosyal hizmet disiplinin ve önemini de öne çıkarmaktadır. Diğer yandan çocukların korunması yerine çocuk ağır ceza mahkemeleri ile cezalandırmayı öne çıkaran ÇKK²⁷ nun 11 ve 35.²⁸ Maddesi kapsamında bilindiği gibi TCK.103 maddesi kapsamında söz konusu olan fiil ve fail açısından yer alan çocuklar hakkında mahkemeler, çocuk hâkimleri veya Cumhuriyet savcılarınca **gerektiğinde çocuğun bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini** gösteren inceleme yaptırılır şeklinde bir değerlendirmeyi öngörmüştür. “*Sosyal inceleme raporu (SİR)*”, çocuğun, işlediği **fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin mahkeme tarafından takdirinde** göz önünde bulundurulur şeklindedir. Çocuklar için böyle bir yetenek ve TCK/31. Maddesi, ÇKK/11. Maddesi ile birlikte öne çıkarılmıştır. Mahkeme veya çocuk hâkimi tarafından çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılmaması hâlinde ise gerekçesi kararda gösterilir şeklinde yansıtılmıştır. Bu düzenleme için ayrıca 24.12.2006 tarihli “*ÇOCUK KORUMA KANUNUNUN UYGULANMASINA İLİŞKİN USÛL VE ESASLAR HAKKINDA YÖNETMELİK*” düzenlenmiştir.²⁹ “Sosyal inceleme talebi, yaptırılması ve değerlendirilmesi “ ile ilgili 20. Maddesi ÇKK/35. Maddesine yöneliktir. Bu maddenin 20/4 fıkrası ile de ÇKK 11 ve 35. maddesine ek olarak sosyal inceleme raporu ile birlikte çocuğun işlediği **fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak**

26

□ <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c0fd7bd3-cdce-40f0-873d-13925fb0e6c6?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4e85f763-2808-4091-bf94-643c3f2c50b5?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8295ece8-40f9-4c3a-835f-8bf338189759?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>

27

□ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5395.pdf>

28

□

Sosyal

inceleme

Madde 35- (1) Bu Kanun kapsamındaki çocuklar hakkında mahkemeler, çocuk hâkimleri veya Cumhuriyet savcılarınca **gerektiğinde** çocuğun bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren inceleme yaptırılır. Sosyal inceleme raporu, çocuğun, işlediği **fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin** mahkeme tarafından **takdirinde** göz önünde bulundurulur. (2) Derhâl tedbir alınmasını gerektiren durumlarda sosyal inceleme daha sonra da yaptırılabilir.

(3) Mahkeme veya çocuk hâkimi tarafından çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılmaması hâlinde, gerekçesi kararda gösterilir.

29

□

<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Asp?MevzuatKod=7.5.10885&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=>

davranışlarını yönlendirme yeteneğinin belirlenebilmesi amacıyla **adli tıp uzmanı, psikiyatrist ya da zorunluluk hâlinde uzman hekimden** görüş alır şeklinde tıp açısından ek düzenleme öne çıkarılmıştır. **Çocuğun bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini** gösteren bilgi ve incelemenin/araştırmanın **fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme** yeteneğinin eksik görülmesiyle ve hem TCK hem de ÇKK larında açıkça yer almamasına rağmen “**farik ve mümeyyiz**” şeklinde ki ek bir rapor öngörülmüştür. İdare tarafından oluşturulan tasarrufla 1889 tarihli İtalya Ceza Kanunun (Zanardelli Kanunu) devamı olarak hala mümkün kılınmak istenmektedir. 1930 tarihli İtalya Ceza Kanunu (Rocco Kanunu) ile söz konusu olan gelişmelere rağmen “Klasik hukuk ve “fail ceza hukuk” kavramı ile çocuk ve gençlere yönelik ceza ve cezalandırma hala hedef ve amaç olmaktadır. Özellikle de TCK.31 konusunda 0-12;12-15,15-18 gruplaşma söz konusudur. 0-12 yaş grubu için ceza sorumluluk kapsamında olmayıp yine 12-18 yaş grubundakilerin yetişkinler gibi ceza sorumluluğa sahip olduğunun kabulüyle ve de “suça süreklenen çocuk” gibi kesin bir hükümü de içeren garabet tanım asır öncesi hukuka bakışla öne çıkarılmıştır. Ancak 12-15 yaş grubundakiler ile yine **TCK/32.**³⁰ Maddesinde akıl hastalara da sahip olduğu bir durum birlikte öne çıkarılmıştır. Akıl hastaları açısından aranılan benzerlikle birlikte yaşam koşulları ve sosyal ortam konusunda farklı uzmanlığa dayalı SİR için ek olarak zorunlu halde uzman hekimlerin ayrıca dahil edilmesi, aile hekimi veya ürolog gibi geniş bir yetkinlik ile birlikte uygunluk ve tutarlılığın aranmadığını sadece araç olarak kullanıldığını da göstermektedir. Hukuk güvenliği, çocuklar ve gençler için ayrıca ortadan kalkarken kişilerin onurlarının korunması da gözetil(e)mektedir. Halbuki ceza hukuku açısından üsül hukukunu da öncelikli kılan **CMK/50.**³¹ **maddesinde yemin verilemeyen ve/ya yeminsiz dinlenen tanıklar arasında görüleceği gibi dinlenme sırasında onbeş yaşını doldurmamış olanlar şeklinde ayrıca yer almaktadır.** Aynı hukuksal konum bağlamında TCK.103.maddesi için de geçerli olan uygulamada “tanık” olarak yer alan çocuklar için soruşturma ve kovuşturma sürecinde suç hukuku açısından sorumsuzluk hali için özellik ve sınırlama ayrıca görüldüğü gibi öne çıkmaktadır.

24. Anayasa Mahkemesi tarafından alınan kararlar dahil görüleceği gibi hem CMK.50.madde ve TCK.103 maddesinde yer alan, **oniki yaşını tamamlamamış dahil oniki yaşından büyük ve onbeş yaşının tamamlamamış çocuk** ve de aynı uygulamada yer alan tanık için de çocuğun kişisel anlama ve isteme yeteneğinin anti sosyal davranışından onu sorumlu tutulmaması ile ilgili yetenek bağlamında sınırlama ve “sorumsuzluk” hali birbirleriyle uyumlu olmaktadır. Ruhsal,bedensel ve sosyal gelişime dayalı kişiler için olgunlaşma “sorumluluk” ve ehliyet “rıza” açısından öne çıkmaktadır. Diğer bir deyimle algılama yeteneği gelişmiş çocuk gençlere karşı rıza üzerine gerçekleştirilen cinsel davranışlar suç kapsamında söz konusu değildir. Ancak onbeş yaşından büyük,onsekiz yaşından küçük olanlar için “**fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği**” konusunda “tıp” disiplini bağlamında ruhsal açıdan aranılan olgunlaşma, yetenek ve değerlendirme söz konusu olduğunda suç kapsamında dahil edilmiş olması yaptırımları da belirlenmektedir. Yine diğer bir deyimle kendine karşı yapılan fiilin ahlaken kötülüğünü idrak edemediği rapordan bahsedilmekte olup “rıza ehliyeti” şeklinde kendi bedeni üzerinde müdahale de razı olan kimsenin bu rızayı açıklamaya ehil bir sorumluluk tıp ve ceza hukuku açısından birlikte öne çıkmaktadır.³² Ayrıca bu yaş gurubu dahil

30

□ Akıl hastalığı

Madde 32- (1) Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği **fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan** veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükümlenir.

(2) Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmibeş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.

31

□ **Yemin verilmeyen tanıklar** **Madde 50 –** (1) Aşağıdaki kimseler yeminsiz dinlenir: a) Dinlenme sırasında onbeş yaşını doldurmamış olanlar. b) Ayırt etme gücüne sahip olmamaları nedeniyle yeminin niteliği ve önemini kavrayamayanlar. c) Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar.

32

ÇKK.3 maddesinde öngörülen “korunma ihtiyacı olan çocuk” şeklindeki tanım arasında “*ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuk*” şeklinde yer almaktadır. Bu yaş gurubu dahil böyle bir birliktelik ÇKK 6 ve sosyal incelemeyi de öne çıkaran ihbar yükümlülüğünü öncelik yapmaktadır. Özellikle de ÇKK.4 maddesinde öngörülen temel ilkelerin yerine getirilmesi için bir yükümlük daha da öncelikte olup tıp dahil herkesi sorumlu kılmaktadır. Çocukların yarar ve esenliği bağlamında ve bu maddeler arasında herhangi bir çelişki ve engel olması durumunda BMÇHS ve Pekin Kuralının birlikte değerlendirilmesini ve normatif sıralamayı gözetmek anayasal ödev ve görev arasındadır.

25. Diğer yandan TCK.103 maddesi kapsamında onsekiz yaşını doldurmamış %25 oranında fail çocukların (suça sürüklenen çocuk) hem **TCK.103** madde hem **CMK.50** hemde failin yaş küçüklüğünü düzenlemekle ilgili TCK.31 maddesinde öngörülen gruplaşma ve yaptırım birlikte ele alınmayı eşitlik ilkesi açısından ele almayı gerektirmiştir. TCK.31. maddesine göre söz konusu gruplaşma görüldüğü gibi **fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış çocukların cezai sorumluluğu bulunmamaktadır.** Böyle bir sınırlama ve gruplandırma bağlamında oniki yaşını doldurmuş olup onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği **fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması** halinde görüldüğü gibi ceza sorumluluğu yoktur. Ancak, işlediği **fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin** varlığı halinde, bu kişiler (12-15 yaş grubu) hakkında verilen hapis cezaları yarısı oranında indirilir ve her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz şeklindedir. Bir sınır dışında ki düzenlemeyle TCK.103, ÇKK.3. maddesinde yer alan “koruma ihtiyacı olan çocuk” ve CMK.50 maddesi kapsamında öngörülen gruplaşma da anti sosyal davranışla ilgili sorumsuzluk hali çocukların korunması ve tedbirleri de birlikte öne çıkarmaktadır. **ÇKK. 11 ve 35.** Maddesi ile kişisel ruhsal alan dışında sosyal gibi bir alanda olgunlaşma ve davranışlar açısından fail çocuklar için benzer bir halin/yeteneğin aranılması farklı işlem ,yöntem ve araçlarla kararlaştırılmakta ve de adalet adına gerçekleştirilmektedir. Fakat sosyal alanda ki olgunlaşma ve sosyal davranışlar açısından ortaya çıkan gelişmeler dahil ortaya çıkan döngü konusunda bilgiye sahip olması ve gözetilmesi ceza hukuku bakışıyla ikincil kılınmaktadır. Söz konusu olan tedbirler ile birlikte korunması ve/ya yaptırımlarının belirlenmesinin adalet ve evrensel hukukla bağdaşmadığını da ayrıca ortaya çıkarmaktadır. Özellikle de yönetmelikle hem tıp hemde ÇKK.35. Madde ile oluşan ayrı ayrı raporlama ve zorunlulukla çocukların farklı farklı ele alınmaktadır. Tedbirlerle ile birlikte korunma boyutu veya on iki yaşındaki bir çocuğun özgürlüklerin **TCK.31/2** maddesiyle kısıtlanması mümkün olması TCK.103 maddesi içinde öncelik olmaktadır. Dolayısıyla hem **ÇKK.11 ve 35 hem TCK.31/2 vede TCK.103** maddeler ile birlikte diğer yandan akıl hastalığı ile ilgili **TCK.32** maddesinin de öngörülen **fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayanlarla ilgili** olarak tıp açısından benzerlik , yöntem ve araçlarla belirlenmesi çelişkinin ötesinde bir farklılaşma koruma ve tedbir boyutu çocukların ve gençlerinin gelişimini de belirlemektedir. Adalet Bakanlığı verilerine göre 2016 yılında TCK.103 madde bağlamında söz konusu sanık sayısı (15.006) iken bu sayıların arasında 12-15 grubunda (1.839) çocuk yer almaktadır. 2017 yılı için ise (16.323) iken 12-15 grubunda (2.196) çocuklardan bahsedilmektedir. Söz konusu olan bu iki raporlama sonucu bazılarının ceza evine yerleştirilmelerinin mümkün kılınması çocukların geleceklerini de karartılmasına neden olabilmektedir. Halbuki BMÇHS ve önsözde yer alan Pekin Kuralları arasında yer alan ve temel ölçü ve araçlardan olan sosyal araştırma/inceleme ceza sorumluluğu dahil yetenek için değildir. Yaşam koşulları ve sosyal ortam için öncelik olup onsekiz yaşını doldurmuş çocuk ve gençleri özellikle ve adaletle ulaşımı kapsar. Buna rağmen oniki yaşını doldurmamış dahil sosyal olgunlaşma dahil bir bilgeye sahip olunmasının bu düzenlemelerle engellenmiş olması ve yanıltma ile birlikte yetki aşımını da öne çıkarmaktadır. BMÇHS nin 3 ve 40 maddesi açısından ayrırlığın ötesinde hakkın kötüye kullanılmanı konusunda somut bir gösterge olmaktadır. Hukuka bakışla ortaya çıkan bu durum kişisel ve toplumun vicdanın körleşmesinin ötesine de taşınmaktadır.

26. Ayrıca çocuk ve gençlerin olgunlaşma ve eğitim dahil gelişmesinin odak olması yerine klasik hukuk ve 1889 tarihli yaklaşım bağlamında ceza ve cezalandırmanın hedef olduğu bu hukuku bakışla TCK.31/3 maddesi ile yine fiilin işlendiği sırada **onbeş yaşını doldurmuş olup onsekiz yaşını**

□ <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-106-1276>

doldurmamış olan kişiler hakkında verilen hapis cezaları üçte bir oranında indirilir ve her fiil için verilecek ceza oniki yılı geçemez şeklindeki düzenleme öne çıkmaktadır. Pozitif /dünyevi (kurum)hukuk bakışının aksine yine TCK.103. maddesinde öngörülen 15-18 yaş grupları için aranılan olgunlaşma yetenek/ehliyet için “*fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği*” gibi benzer bir durum birlikte ele alındığında ise böyle bir durum TCK.31/3 ile görüldüğü gibi aranılmamaktadır.Diğer yandan benzer yaş grubu kapsamında yer alan mağdur/kurban çocuk/gençler için rıza ehliyetine sahip olduğu TCK.103 maddesinde suç olarak kabul edilmemektedir.Ancak ruhsal/kişisel alan ile ilgili olarak beden dışında “rıza ehliyeti” tıp açısından ruhsal durum ile ilgili değerlendirme raporlama ile mümkün olabilmektedir.Davranışlara yönelik bu değerlendirme aynı akıranda olan fail için yaptırımları da belirlemektedir. Kasıt ve dolayısıyla delil aranmaktadır. Diğer yandan bir insanının gelişim ve olgunlaşma bağlamında çocuk ve gençlik evreleri arasında genç yetişkinlik gibi bir evre bilimsel açıdan günümüzde 30 yaşına kadar söz konusu olmaktadır.Ceza hukuku bakışıyla öne çıkan kasıt bu açıdan sorun olarak devam ettiği gibi bu bilgiler ile birlikte akran ilişkileri ile ilgili boyut hukuka bakış açısından hala ele alınmamaktadır. Aynı hukuksal konum açısından olgunlaşma ve eğitim ile birlikte gelişim bu yaş grubu için böyle farklılaşma,ayırım usul hukuku açısından değerlendirme noktası olup suç hukuku ,eşitliklilik ve adil yargılama ilkeleri çocuklar için birlikte ele alınmayı öncelik yapmaktadır. Ayrıca bu yaş gurubu için mağdur çocuk (ÇKK.1.a.1) açısından söz konusu olan “rıza ehliyeti” , TCK.32 maddesi ile de akıl hastalığı ile ilgili benzer bir durumun tıp açısından ele alınması ve sahip olunması yetişkinleri de içeren ehliyet ve/ya sorumluluğu da birlikte ayrıca öne çıkarmaktadır. Fail “çocuk” için üsul hukuk ve lehine olan hususların öncelik olması ise adil yargılama ve eşitliklilik ilkesi açısından öncelik olup uygunluğu ,tutarlılığı,eşdeğerliliğin birlikte ele alınması adil ve adalet için gerekmektedir. Özellikle de ölçüler ile birlikte öne çıkan BMÇHS ile çocukların odak olması yerine hala cezalandırmanın odak olması aynı zamanda bir çatışma alanıda olabilmektedir. 103. maddesinde yapılan tartışmalarda söz konusu olan “rıza ehliyet” yaşının onbeş yaşının altına indirilmek istenmesi , hatta oniki yaşının altına çekilmesi için yapılan tartışmaların arasında olması söz konusu olan eşitliklilik ilkesini daha zedelemektedir.Evrensel değerlerden ve adaletten uzaklaşılmasına da neden olmaktadır.

27.Anayasa Mahkemesi tarafından alınan kararlar ve düzenlemeler bağlamında cezaların arttırılması gerekçe olurken çocuk ve gençlere ile ilgili akran ilişkiler boyutunun hala ele alınılmaması ve koruma boyutundaki körleşme hukuksal sorunu hala ve daha da derinleştirmektedir. Evlendirmenin bir çözüm olarak hala öne çıkarılması da diğer önemli bir sorun kaynağıdır. BMÇHS ve ÇKK rağmen yarar ve esenlilik konusunda bir ölçü özellikle ve hala körleşmektedir.Özellikle de ÇKK yer alan “korunma ihtiyacı olan çocuk” tanımıda yer alan ihmal veya istismar edilen ya da “suç mağduru çocuk” (ÇKK.1.a.1) ve 6 veda 44. maddeleri koruma ve sosyal hizmet boyutunu “yok” saymaktadır. Ceza ve cezalandırmaya yönelik böyle bir körleşme ve adaletin tamamlayıcı unsuru olan sosyal hizmetler ile ilgili boyutun ve sistemin yozlaştırılması ve engellemesi BMÇHS , AIHS ve ASS rağmen hala devam etmektedir.Böyle bir inat ve ısrar bağlamında adalet terk edilmektedir. Örneğin Adalet Bakanlığı verilerine göre 2016 yılında sanık sayıları arasında 15-18 yaş grubu için (1.690) sayısı yer almakta olup 2017 yılında bu sayı (1.789) dir.Yine örneğin Antalya da okul bahçesinde 13 yaşındaki S.Ö ile öpüşen 16 yaşındaki A.K. 4.5 yıl hapse çarptırıldı şeklinde haber söz konusu olan binlerce örnekler arasındadır. ³³Özgürlüklerin kısıtlanması dahil geleceklerin karartılması hukuka bakışın ve misyonunda özeti olmaktadır. Halbuki Anayasanın 90.maddesi ve BMÇHS konusunda yer alan ilkelere saygı ve korumayı öne çıkarmaktadır. Normatif hiyerarşi açısından onsekiz yaşını doldurmamış çocuklar için yarar ve esenliğin gözetilmesi ile ilgili olarak yaşam koşulların ve sosyal ortamlar konusunda bilgiye sahip olması korumanın ve iyileştirmeyi de birincil ve zorunlu kılmaktadır.Sosyal ihtiyaçların giderilmesi için böyle önceliğin kazandırılmasına rağmen klasik hukuk yaklaşımıyla “fiil ceza hukuk (kuram) ” kavramını hala öne çıkarmış olması ve çocuklar ikincil kılınmak istenmesi her sene binlerce çocuğu ve gencide etkilemektedir. Böyle bir tercih ve yaklaşımla da Tıp açıdan sorumluluğun/yeteneğin/ehliyetin yönetmelik dahil *fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği* bu düzenlemelerle birincil kılmaktadır.

28.ÇKK.35 maddesinde öne çıkan çocuğun bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren bilginin yarar ve esenlik açısından bu düzenlemelerle engellenilmiş olması ve de katkılar tıp ve hukuk açısından sorun kaynağı olarak öne çıkmaktadır. Ayrıca anayasanın 38/6 ve 137³⁴ maddeleri açısından yetki aşımı ile birlikte aykırılığı öne çıkarmaktadır.Çocuklara yönelik sosyal ihtiyaçların ve gelişimlerinin karşılanması ve iyilik halini kavramsal ve teknik açıdan ortaya çıkan bu sorunlar evrensel açıdan çözümlerini de aynı zamanda birlikte içermektedir. Özellikle dinsel öğretilere dayalı klasik hukuk yaklaşımında üreme organı açısından bedensel olgunlaşma ile sorumluluğun ve ehliyetin tıp açısından birlikteliğiyle öne çıkarıldığı böyle bir süreçten, pozitif (dünyevi) hukuk açısından ihtiyaçlar dahil sosyal olgunlaşma ve iyileştirme ile ilgili bilgi ve boyut görüldüğü gibi hala ruhsal olgunlaşma açısından ele alınmak istenmektedir. Ehliyet ,sorumluluk, yeteneğe ek olarak Türk Medeni Kanunun 124. Maddesi diğer bir örnektir. Onaltı yaşını doldurmuş erkek ve kadının evlendirme izninin hakimlerce BMÇHS ve Pekin Kuralına rağmen mümkün olması çocuklar açısından farklılıkları ve ayırtmayı ve klasik bakış daha da karmaşık hale getirmektedir. Aynı zamanda ÇKK.35 maddesinde davranış ve gelişim dahil sosyal olgunlaşma ve iyileştirme bağlamında sosyal hizmet yöntem ve araçlarına dayalı öngörülen yaşam koşulları ve sosyal ortamlar ile ilgili bilgiye sahip olması için içerik dahil farklılaşma SİR ve işlevini de yozlaştırmıştır. Eğitim dahil sosyal ihtiyaçlara ve gelişime ulaşım engellenmektedir.Ceza hukukuna bakışla ortaya çıkan kargaşa aynı zamanda bazı cinsel suçlar açısından şikayet kapsamında olması ve yine onbeşini doldurmuş çocuk(gençler için gruplaştırma eşitlik ve ayırmacılık açısından öne çıkmaktadır.Çocukların yarar ve esenliğe ulaşım konusunda engelleme ile ortaya çıkan kargaşa sonucu tedbir ve koruma konusunda sosyal hizmet konusunda eğitim almamış sosyal çalışma görevlilerce de mümkün kılınması çocukların geleceğini etkilemiş olması ve de sonuçlar diğer önemli hukuksal sorun kaynağı olarak hala öne çıkmaktadır. Ağır mağduriyetler için “ *filin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği* “ şeklinde kendi meslekleri dışında bilinçli kaynaklık yapmak söz konusudur. Diğer yandan mağdur çocuklar (ÇKK.1.a.1) dahil ÇKK/6. maddesi bağlamında bildirim yükümlülüğü de söz konusu olmaktadır. Fakat BMÇHS’nin 3 ve 40 .maddenin yanı sıra önsözde yer alan Pekin Kuralının 3,4,5.maddeleri ile birlikte 16. Maddesinde öngörülen yaşam koşulları ve sosyal ortam konusunda zorunlu bilgiye sahip olmasına rağmen TCK.103 nun “rıza ehliyetini” arama dışında ve 31/3 maddelerinde ki 15-18 yaş gurubu için tedbirler bağlamında koruma boyutun ve özelliğin aranılmaması ve de “yok” sayılmaktadır. Çocuk ve gençler korumasız kılınmasını engellemek ise anayasal bir görevi özellikle öne çıkarmaktadır. Ayrıca görüleceği gibi yine TCK.103 madde si ve ÇKK.3.a.1 maddesi ile mağdur/kurban çocuklar, CMK.50 maddesinde yer alan tanık çocuklar ve TCK.31/2 maddeleri ile ilgili ceza sorumluluğu/yeteneği dahil onbeş yaşını doldurmamış çocuklar için sınırlama ve gruplama aynı hukuk konumda olmalarının yanı sıra 12-15 yaş grubun için öngörülen farklı farklı yöntem ve araçlar ve uygulamalar adalet ve hukuk açısından bağdaş(a)mamasını da engellemek ve ayırmacılığı da ortadan kaldırmak diğer önemli bir hedef olmaktadır.

29. Hem BMÇHS ve de önsözde yer alan Pekin Kurallarıyla birlikte aynı hukuksal konumda söz konusu olan üç düzenleme ve TCK.32. maddesi bağlamda öne çıkan çocuk/genç/tanık/ davalı/ mağdur/kurbanın ve/ya failin durumlarındaki farklılıklar yardım ve tedbirler bağlamında korumayı belirlemiş olması dolayısıyla etki ve sonuçları da dolayısıyla belirlemektedir. Adalet açıdan ise adil yargılama ilkelerinin birlikte ele alınmasını öncelik yapmaktadır. Adalet sistem ve hizmetinde çocukların yarar ve esenliğine (iyi olma), özellikle sosyal iyileştirilmesine yönelik Pekin Kuralı minimum standartlarını ayrıca yükümlü kılınmasının BMÇHS içinde önemli adım olması ve süreç adil yargılama için de öncelik olmaktadır. BMÇHS bağlamında haklar ve ilkeleri çekinceler dışında

□ T.C.Anayasa ; 38/6 Mad. (Ek fıkra: 3/10/2001-4709/15 md.) Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. Ceza sorumluluğu şahsıdır.

137.mad; J. Kanunsuz emir, MADDE 137- (Değişik: 16/4/2017-6771/16 md.) Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

tanımak önemli bir yükümlülük olup Anayasanın 90. Maddesi ve normatif hiyerarşinin gözetilmesi hukuk devleti içinde öncelik olmaktadır.Önsözde yer alan kuralların ayrı ayrı gözetilmesi gereken kurallar arasında yer alan sosyal araştırma ile ilgili 16. Maddesi gayet açık ve nettir. (Orijinal metinler arasında yer alan İngilizce metin ile Türkçe metin arasında önemli bazı anlam kaymaları da söz konusudur).Başta (ÇKK.1.a.1) maddesinde öngörülen suç mağdur çocuklar dahil “koruma ihtiyacı olan çocuklar” olmak üzere 18 yaşındaki çocuklar için “sosyal araştırma/inceleme” zorunlu olmasına ve **ÇKK/35**. Maddesinde bir ayırım belirtilmemesine rağmen yönetmeliğin 20/4. Maddesi ile gerçekleştirdiği durumlar TCK.103. maddesini de dolayısıyla etkilemektedir. Sosyal ortam ve yaşam koşulları nedeniyle adalete ulaşım açısından gelişim ve iyileştirilme yönünde ihtiyaçların karşılanmasında gerektirmektedir.Fakat görüldüğü gibi bilim ve teknik açıdan birbirinden farklı işlev ve uzmanlık konusundaki birliktelik ve sosyal hizmet disiplini ikincil kılınması koruma boyutunu da belirlemektedir.İkincil kılmak için hukukun etrafından dolanıldığı görülmektedir. Çarpıtılmalarla yükümlülüklerin gerçekleştirilmesi engellenmiştir. Farklı yöntem ve araçların hukuk bakışlarıyla geliştirilmiş olması dolayısıyla yaşanan temel sorunların da kaynağı olabilmektedir. Özellikle de ÇKK.35 maddesi bağlamında öne çıkarılan SİR nun, evrensellik dışında yozlaştırılması diğer ilkeler ile birlikte etkilemekte ve adaleti de ortadan da kaldırmaktadır. Kurumsal yapı ve uygulamaları da etkileyen durum Pekin Kurallarının 17. ve 22. Maddesi ve Roma Hukuk sisteminin de ki birlikteliğin ele alınmasını ayrıca gerektirmektedir.

30.Ayrıca bu yönde kişisel iyileştirme dışında riskleri ve müdahaleleri de içeren sosyal araştırma konusunda sosyal hizmet konusunda eğitim almamış psikolog,psikolojik danışmanlık ve rehber, pedagog gibi kişilerin sosyal iyileştirme kapsamında yer alması ve de TCK.103 madde için dahil olması “amor”veya “anomi” halinde bir yozlaşmaya neden olmaktadır. Mağdur,tanık ve fail çocukların yetkinliğe niteliğe dayalı olarak korunması ve gençler için adalete ulaşım ise hala BMÇHS ne rağmen mümkün kılmaktadır.Diğer yandan BMÇHS ve AİHS ile adil yargılamanın ve hakların kötüye kullanılmasıyla tıp ve yetkisi olmayan kişilerinde yer almasıyla kurumsal açıdan ağır bir görev ihmal ve istismarlar farklı farklı bir şekilde öne çıkmaktadır. TCK.103 maddesi dahil suçu inceleme yöntem ve araçlarla çocukların özgürlerinin kısıtlanması dahil ortaya çıkan mağduriyetler nedeniyle her sene adalet adına sistemde 300-400 bin çocuk ve genç ayrıca yer almasıda önemli ve vahim gerçektir. 14 sene içinde ortalama 4-5 milyon çocuklar arasından onbeş yaşını tamamlamış 2 milyon çocuk, hem TCK.31/2 ve TCK.31/3 ,hem de “Çocuk Koruma Kanunun” mağdurlarını, kurbanlarını toplum adına ayrıca öne çıkarmaktadır. Yapısal kurumlar dahil ortaya çıkan çarpıklıklardan kurtulması , anomi hallerin ortadan kaldırılması ve de evrenselliğe dayalı normalleşme ise sözleşmeyi ayrıca görev yapmaktadır. Diğer yandan çocuklar için söz konusu olan gruplaşmalar ,yöntem ve araçlar eşitlik ilkesini de ayrıca öne çıkarmaktadır.Aynı yaşta olup, aynı eylemin tarafı olan mağdurlar arasında yapılan bu ayırım ile aynı yaştaki kişilere karşı aynı eylemi gerçekleştiren failer arasında ortaya çıkan farklılıklar , yöntem ve araçların adalet ilkeleriyle de bağdaşmaması ve uyuşmaması hukuksal bir sorun olarakta öne çıkabilmektedir.Özellikle Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi görüldüğü gibi eylemli değil, hukuksal eşitliği de öngörmektedir. Aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnendiği bir durum eşitlik ilkesinin de amacı olmaktadır. Bedensel ve zihinsel dahil kişisel özellikler ile birlikte yaşam koşulları ve sosyal ortamlarda eğitim dahil yetenek ve gelişimler konusunda bilgiye sahip olması her çocuk için zorunlu olmaktadır.Ancak yaş grupları için “*filin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği* “ açısından farklı yöntem ve araçlar için öngörülen düzenlemeler eşitlik ve adil yargılama açısından ayrılıklar ve hukuksal sorun çözümleriyle birlikte öne çıkmaktadır.TCK.31,ÇKK 35 ve 3.1/e ile 3.1.a.1-2 maddeleri olmak üzere aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek ve var olan çözümlerin gözetilmesi anayasal ödev ve görevi de öne çıkarmaktadır.

Etkiler ..

31. BMÇHS ne ve Pekin Kurallarına karşı yansıtılan saygı ve düzey ve de buna bağlı olarak yine sayısız kararlar uygulamayı belirlemektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından alınan karar arasında (YCGK. 26.03.2013, 2012/9-1468 E., 2013/101 K.) hem BMÇHS nin ve Pekin Kuralları normatif hiyerarşisi açısından ele alınmadığı gibi Yönetmeliğin 20/4. Maddesi için uygunluk ve

tutarlılık aranılmaması hukuka bakışında yansımasıdır.³⁵⁻³⁶ Aksine çocukların yarar ve esenliğine yönelik temel araştırma konusunda sosyal hizmet konusunda yetkinlik bile kararlarda ele alınmamıştır.Hukuka bakışla ve idari tasarrufla öne çıkan “yönetmelik, çocukların esenliği yerine korunmuştur.Çocukların odak olması yerine “ceza” yı odak olmasıyla her sene 300-400 bin çocuklar için adalete ulaşımı da Pekin Kuralında yer alan 22. Maddesine rağmen engellenmektedir. Asırlar önceki geleneksel yaklaşım çocuklar yerine korunmuştur. Sosyal gelişim ve iyileşme açısından risk yönetimi de içeren yöntem ve araçlarını öne çıkaran sosyal hizmet konusunda yetkin olmayan ve kısaca “zekat memurluğu” gibi bir düzeye de ayrıca indirgenmiştir.Mahkemelerde söz konusu olan konuları adil yargılama dahil diğer hukusal sorun olarak öne çıkmaktadır. BMÇHS de yer alan ilkeleri korumak ve de daha ilerlemeye taşımak gerekirken bunun yerine 12 yaşındaki bir çocuğun özgürlüğün kısıtlanması ve cezaevine girmesi Pekin Kuralının 5. Maddesine rağmen böylece birinci hedef olmaktadır. TCK ve ÇKK ile birlikte oran ve iyileştirme ortadan kalkmaktadır. Yetişkinler gibi değerlendirilmesi bağlamında çocukların ve iyi olma hali/esenliğinin aranmasına yönelik asgari standart/ölçü yok sayılmıştır.Gençler için ayrı bir ceza uygulaması ise hala hedef arasında değildir. Temel araçlardan birisi olan sosyal araştırmanın/inceleme özelliğini ortadan kaldıran bu yönetmeliğin 20. Maddesi için başta Anayasanın 2. 10. 90. ve 137. Maddesi açısından uygunluk ve tutarlığın aranması başta CMK Avukatları açısından bir görevi öne çıkarmaktadır.Ayrıca bilindiği gibi aynı hukuksal konum ile birlikte suç hukuk açısından CMK/50 maddesi ve bu düzenlemenin varlığına rağmen kanuna ve hukuk aykırı bir şekilde yetkisi olmadan sorumluluk/ehliyet belirlenmektedir. TCK.103 ve TCK.31 ile yetişkinler gibi benzer yaptırımlarla kararlaştırılması , tutuklanarak özgürlüklerin kısıtlanması ağır bir görev ihmali ÇKK.35 ve BMÇHS.3 ve 40.maddeleri açısından ortaya çıkmaktadır.

32.Bu vahim durum, adil yargılama boyutunu ve hakkın kötüye kullanımın da insanlık açısından öncelik yapmaktadır. ÇKK ve Yargıtay tarafından alınan kararlar bağlamında sosyal hizmetlerin ve adalet sistem ve hizmetin bu şekilde yozlaşmasının hukuk ve adalet adına yoğun bir şekilde meşru kılınması ve Pekin Kurallarında yer alan asgari standartları görmezden gelinmeler hakkın ve öngörülen standartların uzaklaşması ise bilim dahil katkılarla da ayrıca mümkün olabilmektedir. Bilindiği gibi özellikle başta söz konusu olan Pekin Kuralının ve sosyal hizmet boyutunun öncelik kılınması yerine ikincil kılmak istenmesine yönelik UNICEF Türkiye Ofisi tarafından “Çocuklar için Adalet Projesi” bir zemin olduğu gibi ek çaba ve gayretler diğer bir kaynak noktası olabilmektedir. TCK/103. Maddesi dahil çocuk ve gençler için; **toprağı zehirli olan tarlada yetişen ağacın meyvesi de zehirli olur gibi benzer durumda ortaya çıkmaktadır.** Avrupa Birliği tarafından 3.7 Milyon Euro hibe ile 2012-2014 yılları arasında gerçekleştirilen projede BMÇHS için uygunluk ve tutarlılık aranmak ve Afganistan³⁷ dahil evrensel bir uygulama ve standart yerine kendine göre standart geliştirme ve araç gelişme beceri olarak (hala) öne çıkabilmektedir. Buna ek olarak “pedagog” şeklinde görev ile sosyal hizmet konusunda benzer yetki ve görev öne çıkmıştır. Türkiye’de 1982’den beri “pedagoji” gibi eğitim bilimin ortadan kalkmasının bilinmesine rağmen bahsedilmiş olması ise diğer ek sorunlara neden olmaktadır. Ayrıca ÇKK.35. Maddesi dahil 2005 yılında ÇKK’nun TBMM de kanunlaşması sürecinde Adalet Komisyonunda yer alan tutanaklar³⁸ çocuklar ile ilgili günümüzdeki yaşanan sorunların da nasıl ve neden olduğunun önemli bir yansımasıdır.

33.Ayrıca bilindiği gibi Anayasa’nın 2010 yılında yaptığı değişiklik ile çocuklar açısından “yüksek yararı” 41. Maddede öne çıkarken aynı zamanda somut “iyi olma/well-being” halinin aranmasını da vurgulamıştır. Bu bağlamda bir ölçü olan Pekin Kuralları dahil temel araçlarında birlikte uyumlu olmasını yükümlü kılmaktadır. Başta ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuk dahil

35

□ <https://jurix.com.tr/article/3617>

36

□ <http://www.hukukmedeniyeti.org/haber/14517/cocuk-yargilamasinda-sosyal-inceleme-raporunun-one/>

37

□ <http://sosyalhizmetuzmanlari.com/makale-oku/106/afganistanda-cocuklar-icin-adalet>

38

□ Nihat Tarimeri;Çocuk Koruma(ma) Kanunu,Sabev Yayınevi Ağustos 2007;s.59-64

korunma ihtiyacı olan çocuklar (ÇKK.1.a.) ile birlikte her türlü istismar konusunda bir yükümlükte ayrıca öne çıkarılmıştır. ÇKK.6 madde kapsamında bildirim yükümlülüğü ve SİR düzenlenmesi aynı zamanda Anayasanın 137. Maddesi ile kamu görevi açısından ek bir sorumluluğu ayrıca yüklemektedir. Modern bir devlet yapılanmasında “Devlet” denilen teknik bir kurumsal yapı söz konusudur. Vergi verenlerce oluşan mali kaynağını yönetme hakkını kullanan “idarenin” de vergi verenler verdiği kamusal hizmetlerde “teknik” nitelik ve özelliğe sahip olunması modern devlet için gerekli bir unsurdur. Ancak ÇKK ile öne çıkarılan düzenlemeler , teknik bir kamusal hizmet ve özellikten bu şekilde uzaklaşmasına katkı vermektedir. Ortaya çıkan ve çıkarılan çarpık durum; sadece bazı meslek gruplarının aldıkları eğitim ve işlevleri açısından bu hizmet alanında istihdam edilmeleri ve bu meslek gruplarına yeni bir iş alanı açılması ile ilgili değildir. Çarpık durum; öncelikle Çocuk Koruma Kanunu kapsamında belirtilen “koruma ihtiyacı olan çocuklar” ve “suça sürüklenen çocuklar ?)” la doğrudan ilgilidir. Temel hak ve özgürlükler içindir. Çocuk ve gençlere yönelik verilmesi gereken başta yargısal hizmet olmak üzere öncelikle çocuk ve gençler dahil tüm yurttaşlara idare tarafından verilmesi gereken hizmetlerin niteliği ve işlevi ile ilgilidir. Yurttaşları bir “yurttaş” olarak; çocuk ve gençleri birer “çocuk” ve “genç” olarak görmek, algılamakla ve içselleştirmek ile ilgilidir. Çağdaş ve evrensel değerleri ve Uluslararası hakları da toplumsal olarak önemsemekle ilgilidir. Çocuk Haklarının içinin doldurulması içindir. Özellikle de ÇKK da yer alan temel ilkelerinin de yansıtıldığı BMÇHS ne karşın **saygı** ve **koruma** kişileri değil önce ilkeleri korumayı da bu açıdan görev ve sorumlu kılmaktadır. Bu bağlamda düzenleme ile ortaya çıkan bu tartışmalı ve sorgulanması gereken çarpık durum, özellikle bu açılardan toplumsal/kamusal, hukuksal ve yönetsel çarpık durumu ve sorunlar tartışmalara da yansımaktadır. Özellikle dünyada karşılığı olmayan “suça sürüklenen çocuk” şeklindeki çelişki ve karşılığı olmayan garabet tanımlama toplumu yanıltılmaktadır. Hukuka bakış ve misyon bağlamında 2005 yılında öne çıkan hukuka bakışın ve misyonun işlevi için bu yozlaşmış araçları da öne çıkaran bu durum özellikle TCK.103. maddesi için ek sorun kaynağı olmaktadır. Oniki yaşındaki bir çocuğun korunması yerine cezaevine gönderilmesi ve ağır ceza mahkemesinin varlığı ile birlikte herhangi bir yargılama söz konusu olmadan çocuk ve gençlerin “suç” kavramının işlediği ve sürüklendiği konusunda ikrar ve kesin bir hükümün adalet adına öne çıkması aynı zamanda duyarsızlığın ötesinde bir durumu da ortaya çıkarmaktadır.. Damgalama ve masumiyet karinesine aykırılık hala hukuku bakış ve misyonunda özeti olmaktadır.

34. Bilindiği gibi hukukun evrensel ve genel ilkelerinden birisi “dürüstlük” ilkesidir. Bu ilkenin alt ilkelerinden birisi de “güven ilkesidir. Bu ilkeler sadece Türk Medeni Kanunu'nun 2. Maddesinde belirtilen özel hukuk ile ilgili olmayıp birey/yurttaş-devlet ilişkileri içinde önde gelen ilkelerdir. TBMM dahil “Devlet” yapılanması içinde yer alan tüm kurumlarında bu ilkeye uymaları Hukuk Devletinde olmazsa olmazlarıdır. Hukukun üstünlüğü de bu yöndedir. Bu ilke doğal olarak “güven” gibi diğer ilkeleri de doğurmuştur. **“Güven” kavramının temelinde ise; doğruluk, dürüstlük, açık sözlülük, içtenlik, gerçeklik, haklılık gibi anlamlar yatmaktadır.** (Bkz. Yargıtay HGK 2010/9-39 E.2010/71 K. İçtihat) Bir hukuk devletinde olması gereken bu ilkelerden de yola çıkıldığında ÇKK dahil kanunlaşma süreci sırasında uygulanan yöntemin, usulün bu ilkelere uygun olduğunu ileri sürmek oldukça zordur. Özellikle çeviri yanlışlıklarının hukuksal açıdan engellenmesi gerekmektedir. Ortaya çıkan aykırılıkların, çarpıklıkların hukuksal süreçlere yansıtılmasını görev yapmaktadır. TCK.103 maddesi dahil çocuk ve gençlere yönelik oluşan mağduriyetlerin peşine düşülmesi ise **savunuculuk ve tarafgirlik** açısından diğer önemli bir görevi öne çıkarmaktadır.

35. Böyle anayasal yükümlülükler ve temel hakların arasında yer alan insan ve çocuk hakları ise devlet için **saygı göstermeyi, korumayı ve ilerletmeyi** de birlikte ele almayı gerekmektedir. Ancak, çocuklara ve gençler yönelik saygı, koruma ve ilerletme konusundaki yoksunlukla söz konusu olan çeviriler dahil bu yöndeki yanlışlık(lar) açıkça öne çıkmaktadır. **“İyi olma”** haline sahip ve iyileştirme gençleri de içeren “çocuklar” için engellediği gibi ilkelere yönelik tehdit ve saldırı özelliğini de ayrıca kazandırmaktadır. Çeviri ve anlam kaymalar ile adalet sistem ve hizmetine yönelik oluşturulan kargaşa hukuksal ve teknik açıdan sorunlara kasıtlı/kasıtsız şekilde neden olmaktadır. Özellikle çeviri yanlışlığı veya çarpıtmalara ile birlikte örneğin “Gençlik Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında BM Asgari(minimum) Standartlar Kuralları (*Beijin Kuralları*) “Pekin Kuralı şeklinde yeniden ele almayı bu açıdan ayrıca gerekmektedir. (Orijinal İngilizce metnin Almanca çevirisinden Türkçeye

çevrilmiştir.). Türkiye dışında çocuk yerine gençlik kavramı şeklinde öne çıkan diğer kuralları da birlikte içermektedir. Gündeme sık sık ele alınan TCK.103. Maddesi bağlamında özellikle çocuklar ve gençler ile ilgili hukuksal metinlerin yeniden ele alınması saygı, koruma ve ilerleme İnsan Hakları açısından da önceliklidir. Aynı zamanda bu anlam kaymalar, çarpıklıklar ve yanlış çeviriler Avrupa Konseyi ve AB ile birlikte Anayasanın 90. Maddesi bağlamında öngörülen yükümlülüğü ve söz konusu olan Pekin Kuralları dahil diğer temel araçlarında birlikte değerlendirmesini normlar hiyerarşisi/sıralaması ve eşdeğerlilik açısından zorunlu kılmaktadır. Adalet sistem ve hizmetinin tamamlayıcı unsuru olması bağlamında sosyal hizmetler ile ilgili boyutun birlikte ele alınmasını gerektirmektedir. Diğer yandan Türkiye de 2009’da hazırlanmasına doğrudan katkı verdiği, 2012 yılında imzaladığı Çocuk Haklarına dair Sözleşme’ye ek Bireysel Başvuru Hakkı İhtiyari Protokolü 3. Nisan 2017 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan kanunla onay için gerekli adımı atmıştır. 26.Mart .2018 tarihinden itibaren BM İnsan Hakları bağlamında “Çocuk Hakları Komitesi”ne bireysel başvurunun mümkün kılması çözümler arasında olup bu değerlendirmeleri eşitlik ve özgürlük için önemli ve zorunlu kılmaktadır.³⁹

36.Ayrıca bilindiği gibi bir asırdan beri Yurttaşlık/Medeni Hukuk bağlamında çocuk dahil kişilerin kamusal/toplumsal açıdan korunması ise sosyal hizmetleri kamusal bir hizmet olarak öngörmektedir. Özellikle Fransa Devrimi bağlamında Kıta Avrupası’nı da öne çıkarılan “eşit ve özgür yurttaşlık” konum ve kavramı öne çıkmıştır. Atatürk Devrimlerinin ön önemli temel ürünlerin birisi olan 1907 tarihli **İsviçre Yurttaş/Medeni Kanun(ZGB)**’unun, 743 sayılı **Türk Medeni Kanununa** bir iki maddesi dışında aynen uyarlanan 743 Sayılı Türk Medeni Kanunu iki ülke ve tek kanun gibi bir özelliği de öne çıkarmıştır. Genç Türkiye Cumhuriyeti Batı ülkeleri arasına sistemleri ile birlikte dahil edilmiştir. Çocukların ve kişilerin ait olunan topluluk yerine eşit ve özgür yurttaş konumuna taşınması kurum,yapı ve yargı ile birlikte “devlet”ilişkileri böyle bir evrimleşme ve süreci de birlikte içermektedir. Böyle bir süreç sonucu BMÇHS ve kurallara, ilkelere neden olan yargı ile idari açıdan somut ayırım **Roma Hukuk** sistemi açısından bu yöndedir.Normatif hiyerşi/sıralam kapsamında ve birlikte değerlendirme bilim ve hukuk açısından gerekli **olup eşdeğerlilik** ve **dürüstlük** ilkesi çerçevesinde etik ötesi ele almayı da gerektirmektedir.

Anayasal Bakış

37. “**Özgürlük bütün hakların ortak köküdür.**” Hakları ise özgürlükleri kullanmak içindir. Prof.Dr.İbrahim Ö Kaboğlu tarafından Tekin Yayınevi/Nisan 2018 yayımlanmış “**Çocuklar ve Anayasa**” kitabında ⁴⁰ 57-78 sayfalarında yer alan özet “İnsan Hakları ve Çocuk Hakları” bölümünde de ele alınmıştır. Eşitlik ele alındığında hukuk önünde, fırsat ve olanak, onursal eşitlik olarak görüldüğü gibi gruplaşmıştır. Yer alan bilgiler arasında “Hukuk önünde eşitlik “ise” *Hukuk, kişi özgürlüğünü eşit ve evrensel ölçülerde belirler. Bu evrensel ve eşit ölçüyü uygularken hukuk, bireyin özgürlüğünü insanlar arasındaki ilişkileri de değerlendirir. Onun “ölçüsü”nü ayarlar ve düzenler. Kısaca “Özgürlüğün matematiği olarak hukuk “eşitliği ifade eder. Özgürlük herkes tarafından ulaşılabilir değilse özgürlük yoktur.*” şeklindedir. İnsan Hakları ile ilgili bu boyutun bir parçası olması bağlamında BMÇHS’ de yer alan iyi olma hali ile ilgili 3. ve 40. Maddeleri özellikle çocuklar için adaleti zorunlu ve yükümlü kılmıştır. Önsözünde açıkça yer alan Pekin Kuralları gibi temel araçlar ile asgari ölçülerinde birlikte değerlendirilmesi eşitlik ve özgürlükle ilgili ortaya çıkan sorunların ve çözümünde bir parçasıdır. Ayrıca iç hukukun parçası olan Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartının 14. Maddesi ve 7. 10. 16. 17. 19. 30. gibi diğer Maddeler sosyal hizmet ile ilgili boyutu da ayrıca yükümlü kılmaktadır. Bu ölçüler ve yükümlükler var olan sorunların engellenmesi ve hukuk yoluyla giderilmesi içindir. Roma ,İslam ve/ya Anglosakson hukuk sistem ile ortaya çıkan ayırım bağlamında yer alınan Roma Hukuk sisteminde çocukların hukuksal ve sosyal korunmasını içeren yükümlük ve “sosyal iyileştirme” ile “kişisel iyileştirme” arasında ki fark ve ayırım ise adalet sistem ve hizmeti açısından açıkça ortaya

39

□ <http://sosyalhizmetuzmanlari.com/makale-oku/155/bm-cocuk-haklari-komitesine-bireysel-basvuru-hakkinin---farkindamisiniz>

40

□ <https://www.seckin.com.tr/kitap/934552428>

koymaktadır. Adalet sistem ve hizmetin de ihtiyaç duyulan onarım ve uygun yöntem ve araçlarında sosyal hizmetlere dayalı olması bu yöndedir. Evrensel ortak dil, eylem açıdan ölçü ve eşdeğerlilikte öne çıkmaktadır.

38. Anayasa Mahkemesinin kararları arasında görüldüğü gibi , Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlet şeklinde öne çıkmaktadır. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar ise ceza hukukunun temel ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenmek içindir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında o suçun toplumda yarattığı etkinin, suçtan zarar görenin kişiliğinin ve ona verilen zararın azlığı veya çokluğunun da dikkate alınması gerektirmektedir. Anayasal hukuka bakış bağlamında çocuklar ve gençler açısından ceza ve medeni kanunu birlikte ele alınmasıyla 5395 sayılı Kanun ve TCK.31 maddelerine yönelik uygulamalar 18 yaşının altındaki çocuklar için ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenmesi adil yargılama içinde önemli olmaktadır.

39. Özellikle sosyal alan ile ilgili çocukların gelişmeleri ve sosyal adalete ulaşım konusunda TBMM yer alan 21.6.2005 tarihli Adalet Komisyonunda yer alan TBB temsilcisinin Pekin Kuralları arasında yer alan sosyal araştırma/inceleme boyutunun dikkate çekilmesine rağmen suç hukuku, yöntem ve araçlar açısından yaşam koşulları ve sosyal ortam konusunda bilgiye sahip olunması konusunda öne çıkarılan sosyal inceleme/araştırma, hem hukuksal hem bilimsel hemde teknik açıdan temel bir sorundur. ÇKK/35 ve ÇKK/34. Madde de öne çıkarılan “sosyal çalışma görevlileri” ve de özellikle TCK.31/2-3. Maddelerinde yer verilen ile 4-5 milyon çocuğun ve toplumun geleceğini de belirlemiştir. Yaşam koşulları ve sosyal ortam yerine “**fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği**” öne çıkarılan sorumluluk , koruma ve yaptırımların da belirlenmektedir. Aynı hukuksal konumda olunmasına rağmen farklı farklı gruplaşmalar ile oluşturulan hukuka bakış,yöntem,araç ve misyon ile 15-18 yaş grubu için yaşam koşulları ve sosyal ortam ile ilgili ölçü ve değerlendirme ise hala yok sayılmaktadır. Yine örneğin bilindiği gibi Türk Medeni Kanunun 124. Maddesinde hakim, onaltı yaşını doldurmamış olan erkek veya kadının evlendirmesine izni verilmesi ehliyet koşulları ve yaş açısından hükmedildiği BMÇHS ve Pekin Kurallarına rağmen hala mümkündür.. Böyle bir ehliyet ile akıl hastalığı dışında on sekiz yaşını tamamlamamış yetişkinlere sahip sorumluluk bu düzenlemeler arasında yer almaktadır. Özellikle klasik (kurum) hukuk yaklaşımıyla birlikte ele alınan ceza sorumluluk yaşı her ülkede farklı farklı olmasına rağmen önemli olan çocuk ve gençler için ayrı ve özel düzenlemeyi öngörmektedir. Çocuklar ayrıca eşittir. Cezalandırma yerine eğitimin öne çıkması ve sistemler dahil yetişkinler dışında yaşam koşulları ve sosyal ortamı,gelişmeleri değerlendirmek ise çocuk ve genç için bir asırdan beri öncelik olmaktadır. 1926 dan beri Türkiye'nin dahil olduğu pozitif (kurum) hukuk ve gelişmelere rağmen 12-15 yaş grubu için ceza sorumluluğun var olduğu kabulü ve 1889 tarihli yaklaşımın devamıyla birlikte 24.12.2006 tarihli idari tasarrufla oluşan yöntem ve araçla oluşturulan bilinçli yozlaştırma görüldüğü gibi hukuk ve sosyal devlet ile açıkça örtüş(e)memektedir. Özellikle de eşitlik ve özgürlüklerin engellenmesine neden olan bu ayrımcılığı da içeren vahim durum aynı zamanda TCK.103 ile CMK.50 maddelerinin birlikte ele alınması eşitlik ilkesi açısından ödev ve görev arasındadır..

40. Yine kararlarda yer alan bilgiler bağlamında kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğunu vurgulamaktadır. Bu ilke ise “*elverişlilik*”, “*gereklilik*” ve “*orantılılık*” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. “*Elverişlilik*”, başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “*gereklilik*” başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç

bakımından gerekli olmasını ve "orantılılık" ise başvuru önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında da "ölçülülük ilkesi" gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur. Bu bağlamda ÇKK ile öne çıkan hukuka bakışın ve misyonun kanun koyucu tarafından TCK.31/2-3. maddeleri aynı zamanda TCK/103. Maddesini de içerecek şekilde gerçekleşmesi aynı zamanda bu yöndeki rol ve görevler için de öne çıkarılmıştır. Özellikle olgunlaşmayı da içeren bir süreçte yaşam koşulları vede sosyal ortam ile ilgili olarak çocuklar dahil kişilere yönelik sosyal iyi olma hali bağlamında sosyal hizmet ile ilgili disiplin ve asli görevliler dışındakilerin yer alması sorunların bir parçası olmaktadır. Bu durum çocukların cinsel istismarı bağlamında söz konusu olan mağdur/kurban çocuklar "korunma ihtiyacı olan çocuklar" açısından birlikte ele almayı gerektirmektedir. ÇKK ve SİR düzenlenmesini de içeren ihbar yükümlülüğü ve niteliğin birlikte ele alınması eşitliklik ve adil yargılama ilkeleri açısından ele almayı ödev ve görev yapmaktadır. Özellikle de kendi meslekleri dışında böyle rol ve görev ile Pekin Kurallında öngörülen asgari kurallara dayalı ölçünün gözetilmemesi , keyfilikler ve de yetki aşırımları ağır mağduriyetler dahil çeşitli etki ve sonuçlara neden olmaktadır. Çocuk ve gençlerin gelişimini ve toplumu da etkileyen bir durum öne çıkmaktadır.

41.BMÇHS bağlamında çocukların yarar ve esenliğin gözetilmesinin ÇKK/4-1.e maddesine yansıtılması için böyle bir ölçünün bazı gruplar için bir ölçü olarak aranılmaması ve/engellenmesi çocukların geleceklerini çalabilmektedir. Sosyal adalete ulaşılması için böyle bir ölçü ile yozlaştırılması hem hukuk hemde sosyal devlet ile açıkça örtüşmemesi yine çocukların ve toplumun geleceğinin karartılmasına neden olunmaktadır. Diğer yandan suç ve suçluyla mücadele ve cezanın ıslah amacı ve ceza hukukunun temel ilkeleri gözetildiğinde, suç tipine göre fiil ile öngörülen yaptırım arasında makul ve hakkaniyete uygun bir denge bulunmalı ve kanun koyucunun belirlediği yaptırım, cezalandırmada güdülen amaçla ölçülü olması adil yargılamanın gözetilmesi ödev ve görevler arasında öncelik olmaktadır. Bu ölçü, gençlik/ergenlik evrelerinin birlikte içeren onsekiz yaşını doldurmamış "çocuk"ların yarar ve esenliği için öne çıkan Pekin Kuralları yetişkinler dışında temel ölçüyü adil yargılama açısından da özellikle öne çıkarmaktadır. Günümüzde onarıcı adalet ve hukuk kurumları için öngörülen sosyal iyilik hali ve sosyal hizmetler ile ilgili boyut, cezaya tayin edilmesi adil ve adalete ulaşım için öncelik olup klasik hukuktan ayrışımında bir ölçüdür. Özellikle çocuklar için ise öne çıkarılan gelişimleri ile birlikte kişisel öykü dahil yaşam koşulları ve sosyal ortam konusundaki bilgiler açısından müdahale dahil sosyal hizmet yöntem ve araçları için zorunlu olan sosyal incelemenin yok sayılması ve adalet ve sosyal hizmete ulaşılmasının engellenmesi temel bir sorun olmaktadır. Hak sahipleri açısından hem sosyal devlet hemde hukuk devleti açısından ayrı bir anayasal sorun olmaktadır. Tedbirler dahil toplumsal koruma boyutunda körleşme ;onarıcı adalet kurum ve uygulamaların vede niteliklerinin aranılmaması adil dengeyi ve adil yargılama ilkesini eşitlik,ayırımcılık ve özgürlük açısından ortadan kaldırmaktadır. ÇKK/3.1.e maddesinde yer alan "sosyal çalışma görevli"leri ile birlikte ÇKK/35 ilgili "sosyal inceleme" vede TCK/31. Maddesinde yer alan yanlış işlev ile TCK.103,CMK.50 maddeleri bağlamında çocukların korunmaması,esirgenmemesi ile birlikte sosyal iyi olma halini ve iyileştirme açıkça ortadan kaldırılmaktadır. Bu hukuka yaklaşım ve ölçüsüz yaptırımlar hukuk devleti ilkesine aykırılığı da ortaya çıkarmakta olup yine çözümünün de birlikte ele alınması ödev ve görevler arasındadır.

42. Türkiye'nin taraf olduğu Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre 18 yaşından küçüklerin çocuk sayılacağı tartışmasız şekilde öne çıkmaktadır.Bu durum hukuk dahil normatif hiyerarşinin gözetilmesini sistemle birlikte öne çıkarmaktadır. Toplum için ortak bir sözleşme olan Anayasa için yapılan yeminler ise Anayasaya saygıyı , sadakatı ve dürüstlük ilkesini de birlikte yükümlü kılmaktadır. Anayasa'nın 41. maddesinde, "*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır; teşkilâtı kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.*" denilmiştir. Böyle bir toplumsal ortak sözleşme ile öne çıkan Anayasa'nın 41. maddesinde aile Türk toplumunun temeli olarak tanımlanmış, ailenin birey ve toplum hayatındaki önemine işaret edilmiş ve Devlete,

ailenin ve çocukların korunması için gerekli düzenlemeleri yapması ve teşkilatı kurması konusunda ödevler yüklenmiştir. Bu ödev ve görev kamusal temel hizmetler arasında yer alan sosyal hizmetleri de bu açıdan öne çıkarmaktadır. Aynı zamanda maddeye 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun'la eklenen dördüncü fıkrada da Devletin, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeyle, "*Ailenin korunması*" şeklindeki madde başlığı "*Ailenin korunması ve çocuk hakları*" şeklinde değiştirilip maddeye çocukların korunması konusu da eklenerek çocukların temel hakları vurgulanmış ve Devletin çocukları yardım dahil koruma adına çeşitli tedbirler alması gerektiği belirtilmiştir. Bu durum, sistem dahil sosyal hizmetler açısından niteliği ve özelliğini ASS ile daha da arttırmaktadır. Evrensel uygulamalar ve sistem özellikler için ASS, ölçü ve uygunluk hak sahipleri açısından zorunlu kılmaktadır.

43. 5982 sayılı Kanun'un genel gerekçesi ile 4. maddesinin gerekçesinde, kadın-erkek eşitliğinin sağlanması, toplumun bazı kesimlerinin, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olmaktadır. Daha iyi korunması ve gözetilmesi, çocuk haklarının anayasal temele kavuşturulması, her türlü istismara karşı çocukların korunması amacıyla, tarafı olunan uluslararası belgelerde yer alan ve çocuk haklarıyla ilgili kabul gören evrensel ilkelerin Anayasa metnine dahil edilmesi normatif açıdan da öngörmektedir. Her çocuğun himaye ve bakımdan yararlanma hakkı olduğu da açıkça belirtilmektedir. Normatif hiyerarşi açısından ,aile gibi kurumun korunmasının yanı sıra çocuklar için çocuk haklarına saygı ile başlayan ve ulaşım konusunda uygulamalar için ölçü , gözetilmeyi de doğal olarak birlikte içermektedir. BMÇHS ve önsözünde yer alan Pekin Kuralları dahil diğer kurallar temel bir anahtar ölçüdür. Somutlanmak ve kanıtlanmak içinde bir kaynaktır. AİHS ve ASS dahil çelişen bir durum aynı zamanda bir değerlendirme noktası anayasal bir ödev ve görevdir. Gözetilmesini de yükümlü kılmaktadır. Özellikle çocukların yarar ve esenliğinin sağlanmasına yönelik ÇKK ile de öne çıkarılan yükümlülük ve de böyle ölçü; Çocuk Haklarına Dair Avrupa Sözleşmesi hem sistem hemde bu sistemde yer alan uygulamalar için de temel bir ölçü ve uygunluk noktası olmaktadır. Her türlü karar verilirken gerekçeler içinde kaynaklıdır. Çocukların fiziksel ve psikolojik olarak gelişimlerini henüz tamamlamamış olmaları nedeniyle yetişkinlere göre daha özel bir koruma altında olmaları gerektiği herkes tarafından evrensel değer olarak kabul edilmektedir. Bir uygarlık ve insan hakları noktasıdır. Bu bağlamda çocukların bir birey olarak kabulünden sonra gelişme gösteren çocuk hakları, Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği gibi uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından çalışma alanına dâhil edilmiştir. Yine özellikle çocukların cinsel istismarı ve cinsel sömürüsü hakkında, taraf olunması ve kabul ettiği Çocuk Hakları Sözleşmesi, Lanzarote Sözleşmesi (Çocukların Cinsel Suistimale ve Cinsel İstismara Karşı Korunması'na Dair Sözleşme) ve Lizbon Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmeler yapılmış ve tavsiye kararları da bu kapsamdadır. Söz konusu metinlerde temenninin ötesinde üye devletlerin mevzuatında çocuğun cinsel istismarının önlenmesine ilişkin olarak etkili, ölçülü ve caydırıcı cezaların oluşturulması korumayıda birlikte vurgu yapılmaktadır. Bu yöndeki bilgiler görüldüğü gibi AYM tarafından alınan kararlara da yansıtılmıştır. Uluslararası alandaki bu gelişmeler doğrultusunda kanun koyucu, çocukların etkin bir şekilde korunmasına yönelik olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda önemli değişiklikler yapıldığı da açıklamaktadır. Bu açıklamalar aynı zamanda normatif hiyerarşiyi ,sıralamayı da öne çıkarmakta olup 90. maddesinin son fıkrası sözleşmeleri ve önemi de ayrıca öne çıkarmaktadır. Evrensel değerler ve sözleşmeler açısından bireysel başvurular arasında AİHM yer alması ve hukuksal denetimi de (hala) mümkün kılmaktadır. Ortaya çıkan sorunlar ve aykırılıkların engellenmesinin çözümleri de birlikte içermesi Anayasa Mahkemesi ve TCK.103 maddesi ile ilgili kararlar önemli örnektir. Bu kararlar da çocukların korunma boyutunun özellikle ele alınmış olmasına rağmen sosyal hizmetler ile ilgili boyutun önemi ve ölçü ,yöntem ve araçlar yerine "evhen-şer"ler için çeşitli arayışların hala devam edebilmesi ise sorun kaynağı olarak hala devam edebilmektedir. Ayrıca bilindiği gibi ABD de yurttaş hareketinin önderlerinden ve öldürülen Martin Luther King'in söylemlerin arasında "**Herhangi bir yerde adaletsizlik, adalete her yerde tehdit oluşturur.**" şeklindedir. Çocuklara özellikle sosyal hizmet konusunda yetkisi ve ehil olmayan kişilerce ciddi adaletsizlere neden olması ve çözüm bulunmaması adalet içinde ayrı tehdit ve tehlike olmaktadır. Kısacası "Bana dokunmayan yılan bin yaşasın" diye bir lüks çocuklar için asla olamaz. Başı ezilmedikçe yılan giderek serpilip tüm toplumun geleceğini de aynı zamanda tehdit eder. Ortaya çıkan tehdit ve tehlike bağlamında hukuksal sorunların ve ağır mağduriyetlerin engellenilmesini öncelik yaptığı gibi anayasal ve insanlık açısından ödev ve görevi daha da arttırmaktadır.

Değerlendirme

44. Evrensel değer ve ilkelere dayalı olarak gençlik evrelerini de içeren onsekiz yaşını tamamlamamış “çocuk”lara yönelik adalet hukuk devleti ve sosyal devlet kavramlarını özellikle öne çıkarmaktadır. ÇKK tanımlar arasında yer alan “korunma ihtiyacı olan çocuklar ile “suça sürüklenen çocuklar” dahil çocuklar için Anayasa da söz konusu olan 10.maddesi ise bir kişinin dünyaya gelmesi dahil eşit bir şekilde gelişmesi eşitlik ilkesini ve ortaya çıkan ayrımcılığı önlemeyi sosyal ve hukuk devleti açısından yükümlü kılmıştır. 1789 tarihinden beri özgür ve eşit yurttaş (ius civil) konumu açısından çocuklar dahil yurttaşların özgür ve eşit kılınması Anayasanın 41. Maddesi dahil çocuk haklarının korunması için de öncelik olup bu yükümlülük ve görevle çocuk ve gençlerin yarar esenliğine yönelik ek ölçü/standartların birlikte öngörmesi ve önem anayasal açıdan ödev ve görevler arasındadır. Özgür ve eşit yurttaş konumu bağlamında tarihsel süreçten beri bir asırdan beri adaletin tamamlayıcı unsuru olan sosyal hizmetler ve de yöntem ve araçlar ile ilgili boyutu da birlikte içermektedir. Ödev ve görev bağlamında Anayasaya saygı ve korumak açısından 137. Maddesi sahip olunan sistem özelliği de dahil ek bir yükümlüğü ve tutarlılığı da ayrıca öne çıkarmaktadır. Sosyal ihtiyaçların giderilmesi ve sosyal adalete eşitlikle ulaşılmasını kamusal bir öncelik yapmıştır. Hayırseverlik ve yardımseverlik gibi farklı bakışlarla oluşan ayrımcılığın özel ve kamu hukuk açısından gözetilmesi ise sistem ve evrensel ilkeler açısından öncelik olmaktadır. Ayrımcılığı engellemeye yönelik öncelikler aynı zamanda 10 . madde ile birlikte ele almayı gerekmektedir. Yansıyan bilgiler bağlamında 18 yaşının doldurmamış çocuk ve gençler için ceza hukuk açısından ceza sorumluluğu dahil gruplaşmalar eşitlik ve ayrımcılık dahil ortaya çıkan aykırılıklar görüldüğü gibi öncelikle eşitlik ve adil yargılama ilkelerini zedelemektedir. Çocuk ve gençler için adaletin terk edildiği bir durum açıkça ortaya çıkmaktadır.

45. Çocuk ve gençlere yönelik TBMM de ve 21.6.2005 tarihinden beri bilinçli bir şekilde oluşturulan hukuk aykırılıklarıyla oluşan bir zemin söz konusudur. Dolayısıyla zehirli ağacın meyvesinin de zehirli olması gibi benzer bir durumda ortaya çıkmaktadır. Bu zeminle ve bunların arasında 2012/20 sayılı Başbakanlık genelgesi ile kurulmuş olan “Çocuk İzleme Merkezi(ÇİM)” ve “Adli Görüşme Odaları (AGO)” gibi suç inceleme yöntem ve araçlara da görüldüğü gibi yer verilmektedir. Diğer yandan ÇKK.3.maddesinde yer alan “*Korunma ihtiyacı olan çocuk*” tanımı ile birlikte ÇKK.6. maddesin de **korunmaya ihtiyacı olan çocuklar için** sosyal inceleme raporunun düzenlenmesi dahil bildirim yükümlüğü aynı zamanda 44. Madde ile birlikte öne çıkmaktadır. Dolayısıyla çocukların cinsel istismarı kapsamında söz konusu olan yükümlük öncelikle günümüzde Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından yerine getirilmelidir. Suç mağdurlarına yönelik bildirimin yerine getirilmesinin aksine genelgeler ile ÇİM veya AGO gibi suç inceleme yöntem ve araçlarının farklı farklı uygulamaları söz konusudur. Sosyal incelemeyi ise ikincil kılınması ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuklar açısından kanuna ve hukuka aykırılığı da öne çıkarmaktadır. Böyle bir yükümlüğün görmezden gelinmesiyle “kırk katır yerine kırk satır” şeklinde bir uygulama söz konusudur. ”Evhen-i şer” şeklinde ki bu uygulamalar örneğin Adalet Bakanlığı tarafından 19.11.2018 tarihli ve 170 sayılı genelgede son örnekler arasındadır. BMÇHS için amaç olunmadığı gibi aksine araç olunması konusunda önemli ve vahim bir örnek olabilmektedir. Çocukların ve gençlerin eşitlik ve adil yargılama açısından öne çıkarılan BMÇHS nin temel araçlardan birisi olan Pekin Kurallarının önsözde yer almasına rağmen “**anımsatma**” ile “**dikkate çekme**” arasındaki Türkçeye yanlış ve eksik şekilde çevrilmesi de diğer önemli örnekler arasında yer almaktadır. Hukuksal metine hala farklı farklı şekilde yansıtılması, çarpıtmalar ve yozlaştırmalar için kaynaklık yapmak önemli örnekler arasındadır. Çocukların sadece korunması ve genç gibi evrenin/dönemin bu kapsamda yer alması ile özel bir adalet sistemin ve uygulamanın evrensel değerler açısından öngörülmesi, genç ve çocuk ibaresindeki çeviri yanlışlıkların hukuksal metinde yer alması nedeniyle Türkiye için özgünlük ve çarpıtmalar bilim için acı bir durumu da yansıtmaktadır. Böyle bir çeviri yanlışlığı ve etkilerle BMÇHS ve ÇKK da ayrıca yer alan “**çocuklar yarar ve esenliği**” şeklinde ki retorik söylemlerle var olan ölçülerin, standartların görmezden gelinmesi adaletsizliğin temel nedenler arasındadır. İcini doldurmamış söylemlerle her sene 16 yaşındaki çocukların evlendirilmesine izin dahil 400 bin çocuğun “koruma” ve “adalet” adına geleceğinin çalınması, karatılması gibi somut etkiler ise çocukların haklarına ulaşmasına engellenmesine sadece yardımcı olmaktadır. Adil yargılama açısından

ağır mağduriyetlere neden olmaktadır. Evrensel değer ve ilkelere dayalı ve iç hukukun (hala) parçası olan sözleşmeler açısından ise bireysel başvurular arasında Anayasa Mahkemesi ve AİHM yer almaktadır. Hukuksal denetim aynı zamanda ortaya çıkan sorunların ve aykırılıkların çözümünü de birlikte öne çıkarmaktadır. Dolayısıyla çocuklar ve gençlere yönelik yanlış bir hukuksal metin ile haklara ulaşılmasının engellenmesi ve savunuculuk boyutu için öne çıkan ödev ve görev konusunda pasif kalınma ve/ya yanlışlıklara ortaklıkla insan haklarına ulaşımı engellemek aynı zamanda hukuksal sorun olarak ayrıca ortaya çıkmaktadır.

46..Evrensel değer ve ilkelere bağlamında temel anahtar araçlar olarak öne çıkan kuralları,ölçüler uygulamaya yöneliktir.Kamusal hizmette eşitlik ile ulaşım için rol ve görevleri de öne çıkaran bu ölçüler temel bir araç olarak BMÇHS'nin önsözüne ve 40. Maddesine de özellikle taşınmıştır.Çocukların toplumsal açıdan korunması,sosyal ihtiyaçların sosyal hizmet yöntem ve araçlar giderilmesi ve gençlerin adalete eşitlikle ulaşılması için başta “sosyal inceleme/araştırma” dahil yöntem ve araçlar bunların arasındadır.Fakat 2005 yılından beri medeni/yurttaş (özgür ve eşit) hukuk ile ceza hukukun birlikte ele alında garabet bir uygulama ÇKK söz konusudur. TCK.103 maddeleri dahil uygulamaların belirlenmesin de “sosyal inceleme” gibi bir işlev hukuka bakışı ve misyonla yansıtılmıştır. Ortaya çıkan hukuksal sorunlar ile çocukların yarar ve esenliğine ulaşım konusunda söz konusu olan sosyal ihtiyaçların öncelikle engellemesi eşitlik ilkesini de ortatan kaldırmaktadır. Sosyal inceleme ve değerlendirme konusunda sosyal hizmet disiplinine dayalı rol ve görev yerine yetkisi olmayanların dahil edildiği rol ve görevlilerin yer almış olması adaletten uzaklaşılmasının da temel parçası olmaktadır. Özellikle çeviri yanlışlıkların hala hukuksal,bilimsel ve teknik açıdan ele alınmaması, asgari standartlara dayalı değerlendirme ve sorgulamanın hala bulunulmaması ortaya çıkan hukuksal sorunların giderilmesini de anayasal ödev ve görev yapmaktadır. Afganistan da bile çocuk ve gençlere yönelik adalet sistem ve hizmetinde sosyal ihtiyaç ve hizmet ile ilgili boyutun BMÇHS ve Pekin Kurallarına uygun şekilde yer aldığı böyle bir gerçek ve ayrımcılık aynı zaman da mahcubiyet noktasıdır.Bir asırdan beri aynı sistemde yer alan uygulamalar ve bakışa rağmen ÇKK ile öngörülen tercih ve bakış, adaletten uzaklaşılın vahim etkiler,sonuçlar çocuklar için özellikle değerlendirme noktası olmaktadır. Özellikle de ÇKK da yer alan “sosyal çalışma görevlisi” gibi garabet tanım ve sosyal inceleme ile ilgili ÇKK/35 maddesi vede TCK.31 ve TCK:103 maddeleri temel bir hukuksal sorun olarak öne çıkmaktadır. Suç mağdurları kapsamında öne çıkan “korunma ihtiyacı olan çocuklar” açısından ÇKK.4 ve 44. Maddelerini görmezden gelmeler ile birlikte bu bilgiler dahil ortaya çıkan hukuksal sorunlar ve adaletsizlik Anayasanın 90. maddesi açısından (hala) çözümünü birlikte içermektedir. Sistem özellikleri gözetilmeden yapısal sorunlar dahil ortaya çıkan çarpıklıkların önlenmesi için BMÇHS'ne karşı saygı , ilkeleri koruma ve var olan ilkeleri ilerletmek bu açıdan da öncelik olmaktadır. Yine AİHS, ASS ve İstanbul Sözleşmesi dahil Sözleşmeler açısından ortaya çıkan ilkelere yönelik aykırılıklar ve adaletsizlikler için bireysel başvurular arasında Anayasa Mahkemesi ve AİHM yer alması ve yöntemler çözümler için amaç ve hedeftir. Ayrıca sosyal hizmet ve adalet için savunuculuk mesleksel/profesyonel ödev ve görevdir.

Hukuksal ve teknik sorunlar, aykırılıklar için bazı yöntem ve öneriler

ÇKK ve “sosyal çalışma görevlisi”

47.Çocukların ve gençlerin eşitli şekilde korunması, sosyal ihtiyaçların öncelikle asli rol ve görev tarafından kamu hizmetinde giderilmesi özellikle “medeni/yurttaş/civil hukuk” ve sosyal hizmetler açısından önceliklidir.Bunun yerine ÇKK aksine ceza ve cezalandırmayı ceza hukuku açısından öne çıkarılmıştır. Pekin Kuralları ile BMÇHS perspektifinden çok uzaktır. Çocukların ve toplumun geleceğini belirleyen kamusal hizmetler arasında adaletin yerine getirilmesi ve süreçlerinin tamamlayıcı bir unsuru olan sosyal hizmetler ise 24 Mayıs 1983 Tarihli ve 2828 sayılı “*Sosyal Hizmetler Kanunun* ” da özellikle ve ayrıca yer almaktadır.⁴¹ Sosyal Hizmetler Kanununun “*tanımlar*” başlığı altındaki “*sosyal hizmetler*” tanımı dışında “*Sosyal Hizmet Uzmanı*” yer

⁴¹ Bu Kanunun adı “Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu” iken, 3/6/2011 tarihli ve 633 sayılı KHK'nin 35 inci maddesiyle metne işlendiği şekilde değiştirilmiştir.

almamaktadır. Adalet hizmetlerinde yer alan “sosyal çalışma” şeklinde ki tanım ise yasal düzenlemeler arasında yer almamaktadır. Buna rağmen (ÇKK.3/1-e) fıkrasında “sosyal çalışma görevlisi” gibi şeklinde bir tanımla sosyal hizmet konusunda evrensel ve asli görev ve meslek dışında benzer yetki ve görev söz konusudur. 2828 Sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu ile ele alındığında kanuna ve hukuka aykırılığı da öne çıkarmaktadır. Bu tanım aynı zamanda sosyal ihtiyaçların engellenmesi ile adaletten terk edilmenin de başlangıç noktasıdır. Ayrıca bir sosyal hizmet profesyoneli olarak sosyal hizmet uzmanlarının mesleki formasyonun gerektirdiği “bilgi, beceri ve yetkinliğinin” aranılması yerine sosyal hizmet ve sosyal iyileştirme konusunda eğitim almamış kişiler için benzer rol ve görevlerin analiz edilmeden, nesnellikten uzak, hak sahiplerine yönelik ağır mağduriyetler ve kamusal zararlara yol açan, “Avrupa Sosyal Şartının” 14. Maddesinde öngörülen ilkeye rağmen “meslek olarak tanımlanması” diğer önemli bir hak ihlalini öne çıkarmaktadır. Çocuk ve gençler için ise BMÇHS’nin 3. Maddesi içinde aykırılık ve adaletten uzaklaşma açıkça ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan BM tarafından her yılın Mart ayında “Dünya Sosyal Hizmetler Günü” kutlanırken ⁴² aynı zamanda evrensel sosyal hizmetin tanımına rağmen ortaya çıkan bu boyut ve aykırılıklar bağlamında söz konusu **ÇKK.3/1-e maddesinin tamamının iptali için hukuksal süreç yansıtılması** öncelikli ve zorunlu olmaktadır. Başta Anayasanın 2 .Maddesi dahil 10. 38/6. 90. 41. ve 137. Maddeleri açısından hukuksal süreç yansıtılması AIHS’nin 6. ve 17. Maddesi açısından ön plana çıkartılması temel bir dayanaktır..

48.Kamusal hizmetlerde adalet sistem ve hizmetinin tamamlayıcı unsuru olan “sosyal hizmetlerin” bilgi, beceri ve yetkinliğe sahip olduğu garanti edilen lisans eğitim sürecinden geçmiş, evrensel etik sorumlulukları taşıyan profesyonellerce gerçekleştirilmesi de kaçınılmazdır. ÇKK.3/1-e maddesi bu zorunluluğun ve aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmaları önünde bir engel oluşturmaktadır. Adalet hizmetlerini sunumunda ayrıma, mağduriyetlere yol açtığı gibi ayrıcalık sonucunu doğurmaktadır. Aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kuralları uygulanarak kanun karşısında eşitlikte gözetilmemektedir. Bu tanım yerine sosyal hizmetlerin yerine getirilmesinde anahtar role sahip sosyal hizmet uzmanlarının mesleki yeterlilikleri temelinde öngörülen temel yöntem ve araçlar arasında ki “sosyal inceleme raporu” tanımının ÇKK nun da özellikle yer alması kaçınılmazdır. (Örneğin “sosyal inceleme raporu”: “ **Kamusal hizmetlerde ve sosyal hizmet alanlarda en az lisans eğitim görmüş ve beş yıl mesleki deneyime sahip kişilerce bedensel ve zihinsel kişisel özellikleriyle birlikte yaşam koşulları, sosyal ortamda gelişme,geliştirme konusunda bilgiye sahip olunması , müdahale ve sosyal iyileştirme dahil yöntem ve araçların önerildiği , risk yönetimini de içeren teknik raporlaşmadır. Çocuklar için idari ve adli işlem konusunda karar alınmadan önce bu rapor dinlenir.**” şeklinde olabilir. Evrensel ilkelerin karşılanmasına yönelik taslak/ öneri tanım ve diğer örnek ⁴³ tartışmak için de zemindir. Pekin Kuralının 16.maddesi, yarar ve esenliğe ulaşılması için ise hedeftir. Bir süre ve yetkinlik ise mevcut Bilirkişilik Kanunu eşitlik ve adil yargılama ilkesinin karşılanması içindir. Bu ölçünün dışında oluşan tanımlamalar ve uygulamalarında iptali ayrıca gerekmektedir.) Ayrıca hala yasal düzenlemelerde “sosyal çalışma” tanımı için söz konusu olan bu eksikliğin giderilmesinde 2828 sayılı Kanunda yer alan tanım eşdeğer ve uyumlu olmalıdır. Aynı zamanda “sosyal çalışmacı” tanım ile sosyal hizmetler ile ilgili tarihsel süreçte yer alan “sosyal hizmet uzmanlığı”nın birlikte ve ayrı ayrı uyumlu , evrensel ilkelere uyumlu olarak ele alınmasını gerektirmektedir. ÇKK da yer alan düzenlemelerle de

42

□ “Sosyal hizmet; sosyal değişimi ve gelişimi, sosyal bütünleşmeyi, insanların güçlendirilmesini ve özgürleşmelerini destekleyen uygulama temelli bir meslek ve akademik disiplindir. Sosyal hizmet, sosyal adalet, insan hakları, ortak sorumluluk ve farklılıklara saygı ilkelerini merkeze alır. Sosyal hizmet teorileri, beşeri bilimler, sosyal bilimler ve yerel bilgi ile desteklenen sosyal hizmet, yaşam zorluklarıyla mücadele etmek ve iyilik halini geliştirmek için insanlarla ve yapılarla çalışır. Sosyal hizmetin bu tanımı ulusal ve/veya bölgesel düzeylerde geliştirilebilir. IFSW ve IASSW Genel Kurulu tarafından 2014 yılında onaylanmıştır.”

43

□ “Sosyal İnceleme Raporu; Sosyal Hizmet/ler Alanında en az lisans düzeyinde eğitim almış ve mesleki bilgi, beceri ve yetkinliğe sahip profesyoneller tarafından yerine getirilen, sosyal hizmetlerin tüm uygulama ve müdahale süreçlerinde bireyin yaşamsal, ekonomik ve psikososyal özelliklerinin belirlenmesi çerçevesinde, nesnel ölçütlere ve kanıta dayalı olarak bireyin hangi sosyal tehlike ve risklerle karşı karşıya bulunduğu, bir dizi görüşme, gözlem ve sosyal araştırmalarla ortaya konularak analiz edildiği, müdahale ve sosyal iyileştirme süreçlerinin planlanarak uygulamaya konulduğu, birey açısından mesleki ve hukuki sonuçlar doğuran bir raporlaştırma sürecidir.”SHU S.Sedat Türkeri

uyumlu olması iptal ile birlikte ele almayı da önemli kılmaktadır. “Sosyal çalışma görevlisi” ile ilgili garabet tanım hem TCK 31, TCK.103 ve de aynı zamanda 6284 sayılı Kanun⁴⁴ ile birlikte ele almayı ayrıca gerektirmektedir. İstanbul Sözleşmesinde yer alan⁴⁵ 20 ve 22. Maddeleri özellikle mağduriyetler açısından birlikte ele alınmayı ve bu maddenin iptali sosyal hizmetler ve adalet açısından değerlendirilmesini gerektirmektedir.

ÇKK.35.maddesi ve “sosyal inceleme raporu”

41.Yine çocukların,gençlerin bireysel özellikleri ve gelişim dahil sosyal çevresi/ortamı için öne çıkarılan “sosyal inceleme”, 21.6.2005 tarihinde TBMM yapılan müdahalelerle ÇKK.35 maddesine yansıtılmıştır. BMÇHS’ nin 3 ve 40. maddeleri ile önsözde yer alan Pekin Kurallarında 3,4,5 maddeleri adalete ulaşım için amaç olmuştur. Bedensel ve zihinsel açıdan kişisel özelliklerinin yanı sıra yaşam koşulları ve davranışları dahil gelişimleri,olgunlaşmaları bağlamında sosyal ortam konusunda bilgiye sahip olması ve karardan önce zorunlu olarak değerlendirilmesi ise 16. Madde de özellikle temel ölçü olarak yer almaktadır. Kişisel ve sosyal gelişimleri dahil sosyal ihtiyaçlar ve iyilik hali bağlamında BMÇHS den önce öngörülen böyle temel işlev ve ölçü öne çıkmıştır. 5395 sayılı kanunun görüşmeleri sürecinde Adalet Komisyonunda bu zorunluluk dikkat çekilmiştir.Türkiye Barolar Birliğinin temsilcisi yapmış olduğu uyarıya rağmen bu madde özellikle görüldüğü gibi dikkate alınmamıştır. İşlev ve içerik dahil hukuka bakışla farklılaştırılmıştır. Sosyal iyileştirme açısından farklı rol ve görevler ile Avrupa Konseyi ve BM dahil evrensel standartlardan uzaklaştırılmıştır. Vahim durum hem medeni/yurttaş hukuk hemde ceza hukuk adına ÇKK ‘da öngörülmektedir. Çocukların ve gençlerin çocuk ağır ceza mahkemeleriyle korunması için oluşturulan garabet birliktelik aynı hukuksal konum açısından eşitlik ilkesinin gözetilmediğini de öne çıkarmaktadır. Asır öncesi “fail ceza hukuk(kavramı)” ile hukuka bakış ve misyonla oluşturulan bu aynı konum ve birliktelik eşitlik ve adil yargılama ilkesine rağmen mümkündür. Farklı farklı değerlendirmeler ve uygulamalara da nedendir. Aslında BMÇHS dahil Anayasanın 10.maddesinde ister mağdur çocuk ve gençler ister fail (SSÇ) çocuk ve gençler eşittir. Toplumsal açıdan korunması hukuk bakışla ikincil kılınmıştır. Yaptırımları da dahil uygulamalar ceza hukuk bakışıyla belirlenmektedir. Dünyada karşılığı olmayan özgün uygulama ÇKK nun önemini eşitlik açısından özellikle değerlendirilmesini gerektirmektedir. Eğitim ve gelişim,geliştirme dahil sosyal iyileştirme bağlamında rol ve görevler için uygunluk ve tutarlılık ise (hala) gözetilmemiştir.Diğer yandan ÇKK.4.maddesinde yer alan temel ilkeler ve ASS.14 maddesi bağlamında sosyal hizmetler konusunda asli görev ve yetki dışında söz konusu ölçü / standart,yöntem, araçların gözetilmemesi ve etkiler adalet ve hukuk ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Ayrıca sosyal inceleme konusunda söz konusu zorunluluğun farklı gruplaşmalarla engellenmesi eşitlik ilkesine ve ayrımcılığa neden olmaktadır.Ayrıca bilindiği gibi ÇKK 3.1.a.1 maddesinde özellikle ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuklar “korunma ihtiyacı olan çocuklar” şeklinde tanınlanmıştır.Bu tanımlama bağlamında “kurum” a diğer deyimle Aile,Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına bildirim yükümlüğünü yükümlü kılarken SİR nun derhal düzenlenmesi bu kapsamdadır.Yine bu yönde ki görev konusunda 44.maddede öngörülen düzenleme takdir etme konusunda yetki de ortadan kaldırmaktadır. Ancak “suça sürklenen çocuklar” çocukların yarar ve esenliği için temel araç olan sosyal inceleme konusunda “gerektiğinde” ve “takdirinde” sözcükleriyle sosyal inceleme/araştırma görüldüğü gibi ikincil kılınmıştır. Sorumluk

44

□ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/03/20120320-16.htm>

45

□ <https://rm.coe.int/1680462545>

Madde 20 – Genel destek hizmetleri 1 Taraflar mağdurların şiddet eylemi sonrasında iyileşmelerini kolaylaştıracak hizmetlere erişimini sağlayacak gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır. Bu tedbirlere gerektiğinde, yasal ve psikolojik danışmanlık hizmetleri, finansal yardım, konut sağlama, eğitim, öğretim ve iş bulma yardımı da dahil olacaktır.

2 Taraflar mağdurların sağlık hizmetlerine ve sosyal hizmetlere erişim sağlamalarını ve söz konusu servislerin yeterli kaynağı olmasını ve hizmeti sağlayacak profesyonel kadroların mağdurlara yardımcı olacak ve onları uygun hizmet birimlerine sevk edecek şekilde eğitilmelerini temin edecek yasal ve diğer tedbirleri alacaklardır.

Madde 22 – Uzman destek hizmetleri 1 Taraflar bu Sözleşme kapsamındaki şiddet eylemlerine maruz kalmış mağdurlara, yeterli bir coğrafi dağılım çerçevesinde, derhal, kısa ve uzun dönemli uzman destek hizmetleri sağlanması ve bu yönde gerekli düzenlemelerin yapılması için gerekli yasal ve diğer tedbirleri alacaklardır. 2 Taraflar tüm şiddet mağduru kadınlara ve çocuklarına uzmanlık gerektiren kadın destek hizmetlerini sağlayacak ve bu yönde gerekli düzenlemeleri yapacaklardır.

dahil farklı farklı işlev ve gruplaşmalar koruma boyutunu genellikle ortadan kaldırmaktadır. Sosyal ihtiyaç ve iyileştirme dışında (12-15) yaş grubu için yönetmelik ve sosyal hizmet dışında ayrıca “rıza ehliyeti” açısından tıp disiplini dahil edilmiş olması koruma boyutunu daha da sınırlandırmıştır. Hukuka bakışla koruma açısından öngörülen gruplaşmalar eşitlik ve adil yargılama açısından önemli hukuksal sorun olmaktadır.. Yine kişisel iyilik hali için öne çıkan psikoloji,psikolojik danışmanlık ve rehberlik , 1982 yılından beri pedagoji bilimini ortadan kaldırılmasına rağmen pedogog,sosyolog gibi kendi disiplin ve meslekleri dışında sosyal inceleme raporunun düzenlenmesinin ÇKK.35 de mümkün kılınması temel ilkelere , hukuka ve kanuna aykırılığı öne çıkarmaktadır. Çocuk ve gençler açısından özellikle ortaya çıkan aykırılıklar,keyfilikler ve adaletsizlik bağlamında ÇKK.35 maddesinde yer alan 1.fıkra birinci cümlesinde yer alan **“gerektiğinde”** sözcüğün iptal edilmesi eşitlilik ve ayrımcılık açısından öncelik olmaktadır. Ayrıca bu sözcüğün devamı olarak yeniden düzenlemeyi gerekmektedir.Yine ikinci cümlede yer alan **“işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin”** ve **“takdirinde”** sözcüklerin iptal edilmesi de ayrıca öncelik olmalıdır. Bunun yerine “sosyal inceleme” tanımı ile birlikte bu madde yeniden düzenlenebilir. Örneğin evrensel ilkelere dayalı olarak “1 ve 2.cümle ; **“ Bu Kanun kapsamındaki çocuklar hakkında mahkemeler, çocuk hâkimleri veya Cumhuriyet savcılarınca çocuğun, bedensel,zihinsel özelliklerini , yaşam koşullarını ,sosyal ortamlarda eğitim dahil yetenek ve davranışlarındaki gelişimlerini gösteren inceleme karar verilmeden önce yaptırılır. Sosyal hizmetler ile ilgili alan ve /ya birimlerce sosyal hizmet konusunda en az lisans eğitim görmüş ve beş yıl mesleki deneyime sahip kişilerce yarar ve esenliği için düzenlenen sosyal inceleme raporu önemsiz işlem dışında mahkemeler tarafından da bizzat dinlenir.”** şeklinde olabilir. Bu iptaller aynı zamanda ÇKK nun 33 ve 34 . maddelerinin yeniden düzenlenmesini gerektirmektedir. Özellikle de 33. maddenin 1. ve 2.fıkralarında yer alan **“ mahkemelere”** sözcüğü adil yargılama ilkesi ve AİHS nin 6. ve 17 maddeleri açısından iptali ayrıca ve hemen gerekmektedir. 2005 yılından beri ÇKK ile 4-5 milyon arasında söz konusu olan mağdurlar/kurbanlar ve ağır mağduriyetler ayrıca İnsan Hakları açısından ele almayı da öncelik yapmaktadır. Bu yönde tazmin dahil İstanbul sözleşmesi birlikte öncelik olmalıdır. Bu iptaller bağlamında ÇKK nunda söz konusu olan yapılaşma açısından ikinci bölümde yer alan “Cumhuriyet Savcılığı,Kolluk” başlığına ek olarak “Adli Sosyal Hizmet “ birimi şeklinde ayrıca yer verilmesi de hedef olmalıdır. Savcılık birimi ile ilişkiler tarafsız ve bağımsız şekilde ilişkilendirilmesi ve gözetilmesi evrensel teknik açıdan öncelik olmalıdır.

42. Özellikle ÇKK,hukuka bakış ve misyon ile hem medeni/yurttaş hukuk bağlamında korunmasını hemde ve cezalandırmanın birincil kılınması ceza hukuk açısından aynı hukuksal konumu birlikte ele almayı gerekmektedir..Aynı hukuksal konum birlikteliğiyle ÇKK.3.1.a.1 ; ÇKK.3/1-e ve ÇKK. 11 ve 35 maddeleriyle ceza sorumluluğu bağlamında TCK/31. maddeleri için oluşturulan farklı gruplar ve etkiler başta eşitlik ve adil yargılama ilkeleri bir uygunluğu ve eşdeğerliliği de öne çıkarmaktadır. Ayrıca ÇKK.3.1.a.1 maddede yer alan ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuklar dahil “koruma ihtiyacı olan çocuk” şeklinde tanım ile birlikte 6 .maddede yer alan bildirim yükümlülüğü ve SİR düzenlemesi konusunda eşitlik ilkesini de birlikte öne çıkarmaktadır.Aynı zamanda 21.6.2005 tarihinden beri hukuka bakış ve misyonla oluşan katkılarla 4787 sayılı Kanunun 5. Maddesinin 3.fikrasında yer alan “pedagog”⁴⁶ ibaresinin dahil olması birlikte ele alındığında adalet ve hukukla

46

	Aile	mahkemeleri	bünyesinde	bulunan	uzmanlar
MADDE 5. - Her aile mahkemesine,					
1. Davanın esasına girilmeden önce veya davanın görülmesi sırasında, mahkemece istenen konular hakkında taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin araştırma ve inceleme yapmak ve sonucunu bildirmek,					
2. Mahkemenin gerekli gördüğü hallerde duruşmada hazır bulunmak, istenilen konularla ilgili çalışmalar yapmak ve görüş bildirmek,					
3. Mahkemece verilecek diğer görevleri yapmak,					
Üzere Adalet Bakanlığınca, tercihan; evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile sorunları alanında lisansüstü eğitim yapmış olanlar arasından, birer psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı atanır.					
Bu görevlilerin bulunmaması, iş durumlarının müsait olmaması veya görevin bunlar tarafından yapılmasında hukukî veya fiilî herhangi bir engel bulunması ya da başka bir uzmanlık dalına ihtiyaç duyulması hallerinde, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar veya serbest meslek icra edenlerden yararlanılır.					

açıkça bağdaşmadığı görülmektedir..Sosyal inceleme bağlamında kendi yetki ve görevlerin dışındakilerce ortaya çıkan aykırılıkların ve ağır mağduriyetlerin engellenmesi ve de maddede yer alan bu ibarenin iptal edilmesi anayasal ödev ve görevler arasında öncelik olmaktadır. Çocukların yarar ve esenliği bağlamında mesleksi tarafsız ve bağımsızlığın ortadan kaldırılması dahil aday ve asli görevli boyutunun gözetilmemesinin yanı sıra uzmanlık konusunda bir sürenin eşitlik açısından gözetilmemiş olması, böyle bir durum ve aykırılıklar aynı zamanda reddi hakim ve savunuculuk açısından ayrıca ele alınmayı öncelik yapmaktadır.

TCK.31 ve TCK.103 maddesi ve CMK .50

43.Diğer yandan 18 yaşını doldurmamış çocuklar kapsamında bu maddelerin yanı sıra çocukların belli zaman içinde yetişkinler tarafından çocuğa yönelik davranışlar “çocukların cinsel istismarı ” başlığı altında ceza hukukunda ele alınmıştır.AYM tarafından alınan kararlar bağlamında TCK .103. maddesi yeniden ve kısmen düzenlenmiştir. Böyle bir süreçte çocuklar için fiziksel,ruhsal ve sosyal açıdan etki ve sonuçlar ortaya çıkan hukuksal sorunları da birlikte içermektedir.Bu durum (ÇKK.3.1.a.1) dahil mağdur/kurban çocuklar için sosyal korumayı ise özellikle öne çıkarmaktadır. Yaşanılan sorunlar çeşitli açılardan ele alınmaktadır. Bu arada “pedofili” gibi davranışlar dahil genelde yetişkinler tarafından gerçekleştirilen davranışlar arasında bilindiği gibi % 25 oranında “fail” veya masumiyet ilkesine rağmen damgalamayı da öne çıkaran “suça sürüklenen çocuk” ve gençler de yer almaktadır. Çocukluktan gençliğe ve yetişkinliğe dönüşen fiziksel,ruhsal/zihinsel ve sosyal gelişim sürecinde cinsel dürtüler açısından oluşabilecek davranışlar , sorumluluk/ehliyet TCK.103. maddesi içinde geçerlidir.18 yaşının doldurmamış “fail” ve “SSÇ” çocuklar aynı zamanda TCK.31. maddesini ve ÇKK.35 maddesini birlikte ele almayı da gerektirmektedir. Bu düzenlemeler bağlamında oniki yaşını doldurmuş bir çocuğa yönelik aynı yaştaki bir çocuk tarafından gerçekleştiren davranış “çocukların cinsel istismar” suçu kapsamında yetişkinler ile birlikte ele alınmaktadır.Hukuka bakışla ortaya çıkan böyle bir durumda örneğin oniki yaşını doldurmuş “fail”/SSÇ) çocuğun sulh ceza mahkemesi tarafından tutuklanması gerçektir. Çocuk ağır ceza mahkemesi dahil yargılama sonun da cezaevinde uzun süre kalması BMÇHS ve ÇKK.4 maddesine rağmen hala mümkündür. Söz konusu olan bu hukuksal süreçte ve aynı hukuksal konum bağlamında CMK/50 ve de CMK. 236 maddelerini birlikte ele alınmasını ayrıca gerekmektedir. Bu durum aynı zamanda hem koruma boyutunun hemde adil yargılama ilkesini birlikte ele almayı gerektirmektedir. Ayrıca bilindiği gibi Anayasa Mahkemesinin 26.5.2016 tarihli ve K:2016/46 sayılı karar dahil diğer kararlar arasında mağdur/kurban çocuğun yaşına göre kademeli ceza sistemi öngörülmüştür. Bu çerçevede, 24 Kasım 2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikler koruma boyutu dahil ilişkilerin eşitlik ve adil yargılama açısından değerlendirilmesini ödev ve görev yapmaktadır.

44.TCK.103 maddesi ile failin(SSÇ) de küçük olması halinin ceza indirimine konu edilmesi kısmen olsa da bu karar da ayrıca ele alınmıştır. Fakat fiilden sonra failin(SSÇ), mağdurla evlenmesi halinde onarıcı adalet kurumunun uygulanmasına ilişkin düzenleme karara da yansıtılmıştır.Fakat koruma boyutu ve akran ilişki hala ele alınmamaktadır. Bu boyut hem BMÇHS,Pekin Kuralları vede TCK.31 maddesi için de ele alınmamaktadır. Sadece cezalandırmak öne çıkmakta olup koruma ve sosyal hizmet boyutu konusunda körleşme farklı disiplinler açısından da ele alınmaktadır. (ÇKK.3.1.a.1) maddede öngörülen ihmal veya istismar edilen ya da suç mağdurları için söz konusu olan bildirim yükümlüğüne rağmen çocukların “hala” korunmasız ve savunmasız kılınmasına da ayrıca neden olmaktadır. Sadece söylem düzeyin de kalmaktadır. Özellikle Roman vatandaşların çocuklarını erken yaşta evlendirmesiyle ortaya çıkan sorun nedeniyle yaklaşık 10 bin kişinin cezaevinde olduğunu bazı milletvekilleri tarafından dillendirilmektedir. Halbuki yetişkinler için değil asıl 18 yaşının doldurmamış fail (SSÇ) çocuk ve gençler için temel bir sorun olarak yansıtılmaktadır.Çocuk ve gençler ile akran ilişkilerinin BMÇHS ve eşitliklilik ilkesine rağmen gözetilmemesi nedeniyle TCK.31. maddesi temel bir sorun kaynağı olup söz konusu olan hukuk bakış ve misyonunda somut bir yansımasıdır.Özellikle de ÇKK da ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğun da yer

Bu uzmanlar, 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda düzenlenen hâkimin reddi sebeplerine göre reddolunabilir.

aldığı “korunma ihtiyacı olan çocuk” tanımı ile yine ÇKK.4,6 ,35 ve 44 maddeleri öne çıkarılan koruma boyutunun ele alınmamasıdır. Bunun yerine TCK.103.madde de bir seferliğine af getirilmesi için yasal değişiklik yapılması ve çağrılar doğal olarak ek endişelere neden olmaktadır. SİR konusundaki körleşmeyle ve çeşitli çağrılarla 1889 tarihli cinsel istismar mağdur çocukların evlendirmeleriyle suçun ortadan kaldırılmasının devamı gibi bakış, endişeleri daha da artırmaktadır.Bu körleşme çeşitli açılardan da ele alınarak çocuklar dahil bu boyut “araç” olarak kullanılmak istenmektedir.⁴⁷ Pozitif hukuk yerine klasik hukuk açısından bir tercih dolaylı olarak öne çıkmaktadır. (Not:Bu tartışmalar arasında ki öneri halen geçerlidir.⁴⁸)Bu bakışın yanı sıra yine “fail ceza hukuku” açısından suçu inceleme yöntem ve araçlara yönelik 19.11.2018 tarihli 170 sayılı Genelge bu yaklaşımı yansıtmaktadır. 2012/20 sayılı Başbakanlık Genelgesiyle öne çıkarılan ÇİM ve yine Resmi Gazete de yayımlanmamış AGO Yönetmeliği ile ortaya çıkan etkiler ele alındığında adalet ve evrensel hukuk ilkeleriyle bağdaşmadığı da açıkça görülmektedir.Halbuki birinci derece sorumlu birim Aile ,Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığıdır. Sağlık hizmeti ve SİR raporu bu kapsamda ayrı ayrı ve buna uyumlu bir şekilde ele alınmasını gerektirmektedir. Ayrıca böyle bir hukuka bakış,tercih,görmezden gelmeler ortaya çıkan aykırılıklar,çarpıtmalar savunuculuk açısından hukuksal sürece (hala) yansıtılmamaktadır. Çocukların esenliği ve gelecekleri evrensel ölçülere ve sosyal hizmetlere dayalı korunması kısaca engellemektedir. Ağır mağduriyetlere de neden olup “kırk katır yerine kırk satır” gibi ÇİM ve AGO gibi “evhen-i şer” şeklinde uygulamalar mağdur/kurban ,tanık,davalı ve fail(SSÇ) çocuklar birlikte ele alınmayı gerektirmektedir.Genelge ile adalet sistem ve hizmet için öngörülen hukuka aykırılıkların hala hukuksal sürece yansıtılmaması aynı zamanda nitelik,kalite dahil önemli hukuksal sorun olarak devam etmektedir.

45.Aynı zamanda aynı hukuksal konum açısından ceza usul hukuku bu kapsamda yer almaktadır.5237 sayılı TCK ile birlikte tutarlılık,eşdeğerlilik dahil usul hukuk açısından öne çıkan 5271 sayılı CMK birlikte ele almayı gerektirmektedir. **CMK/50 maddesin de onbeşini doldurmamış tanık çocukların yeminsiz dinlenmesi gibi sorumsuz kılma hali görüldüğü gibi öne çıkmaktadır. Dolayısıyla çocuklar için kademeli ve sınırlama ceza hukuka açısından da hükmedilmektedir.** Yine AYM tarafından alınan karar bağlamında 24.11.2016 tarihli ve 6763/13 sayılı Kanun ile güncellenmiş TCK.103 . maddesi için bir **kademe** öngörülmüştür. Oniki yaşını tamamlamamış dahil oniki yaşından büyük ve onbeş yaşının tamamlamamış çocuk ve tanık için sorumsuzluk hali öne çıkarılmıştır.Aynı hukuksal konum açısında bu iki düzenleme de onbeşyaşını doldurmamış çocuklar için açıkça ortaya çıkan bir sınır,kademe ve de sorumsuzluk/ehliyet hali birbirleriyle uyumlu , tutarlı ve de eşdeğerdedir.. Ayrıca bu düzenlemede ; onbeş yaşından büyük,onsekiz yaşından küçük olanlar için ise ayrıca “*fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği*” konusunda tıp açısında aranılan bir değerlendirme de öne çıkmaktadır. Bu iki düzenleme ile birlikte (ÇKK.3.1.a.1) öngörülen ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuk dahil “korunmaya muhtaç olan çocuk” (12-15 yaş grupları dahil onsekiz yaşını doldurmamış (15-18) yaş gruplarını kapsamaktadır. ÇKK/6 maddesi ile kuruma (Aile,Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı) bildirim yükümlülüğü ve düzenlenecek SİR ,bu iki madde içinde önceliklidir. Özellikle 18 yaşını doldurmamış % 25 oranında fail çocuklar , ÇKK ve “suça sürüklenen çocuk (SSÇ)” kapsamındadır.ÇKK da tanımlar arasında yer alan SSÇ masumiyet ilkesine aykırı olduğu gibi damgalamayı da öne çıkarmaktadır.Gençleri de içeren “çocuk” tanımı ile birlikte gençler için yaptırımlar hem TCK.31/2 ve TCK.31/3 vede ÇKK.35 maddeleriyle de belirlenmektedir.Aynı hukuksal konum bağlamında ve bir başka deyimle kendine karşı yapılan fiilin ahlaken kötülüğünü idrak edemediği rapor tıp açısında bahsedilmektedir. Kısaca “rıza ehliyeti” şeklinde kendi bedeni üzerinde müdahalede razı olan kimsenin bu rızayı açıklamaya ehil şeklinde öne çıkan sorumluluk,ehliyet usul dahil ceza hukuk ve açısından bilirkişilik açısından birlikte hükmedilmektedir. Ayrıca bilindiği gibi TCK.103 maddesi ile birlikte fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış çocukların cezai sorumluluğu görüldüğü gibi TCK.31/1 maddesi ile bulunmamaktadır. Ayrıca TCK.31/2 maddesinde oniki yaşını doldurmuş olup onbeş yaşını doldurmamış olanlar için ceza sorumluluğunun varlığı başta kabul edilmektedir. Özgürlüklerinin kısıtlanması dahil yetişkinler gibi

47

□ <https://www.haberturk.com/prof-dr-adem-sozuer-uyardi-dikkat-tecavuzcuyle-evlendirme-geri-getirilmek-isteniyor-2393893>

48

□ <http://sosyalhizmetuzmanlari.com/makale-oku/86/cocuk-cinsel-istismari-tck103-icin-tbmm-de-af-gibi-bir-onerge>

indirimi içeren yaptırımlar ve uygulamalar çocuk ağır ceza mahkemeleri dahil hala mümkündür. Benzer bir kademe,gruplaşma söz konusudur. Bu kademe/gruplaşma arasında ise sadece TCK/31.2 ve (12-15) için bir değerlendirme noktasıdır.

46. TCK.103 maddesi ve TCK.31 maddesinde söz konusu olan gruplaşma/kademelendirme arasında TCK.31/2 maddesin de ki (12-15) grubuna yönelik “**filin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneği**” konusunda sosyal inceleme raporu, tıp açısından ayrı ve sosyal hizmet sistem ve disiplin açısından ayrı ve evrensel bir raporlamadır ÇKK.35 ve sosyal hizmetler ile ilgili boyutu da özellikle öne çıkarmaktadır.Pekin Kuralı dayalı olması gereken bu düzenlemeye rağmen yönetmelikle tıp açısından bu yeteneğe sahip olması konusunda ek değerlendirme ceza hukuku açısından hukuka bakışla öncelik kazandırılmıştır. Çocukların medeni/yurttaş hukuku ve tedbirler açısından korunması ile 12 yaşındaki çocuk dahil özgürlüklerin kısıtlanması ve yetişkinler gibi cezalandırılma bu bakış ve misyonla öne çıkarılmıştır. Ceza sorumluluğuna sahip olmadığının kabulü ile de medeni /yurttaş hukuk açısından çocukların korunması ve tedbirler ise BMÇHS ve ÇKK.4. maddesi açısından (hala) mümkün olmaktadır.Diğer yandan çocukların yarar ve esenliği bağlamında yaşam koşulları ve sosyal ortam konusunda bilginin değerlendirmesi için sosyal inceleme raporu ve sosyal hizmet ile ilgili boyut evrensel ilkeler açısından hala öne çıkmaktadır.ÇKK.35 maddesi ile söz konusu olan TCK.31/2 maddesi ve TCK.103. maddesinde söz konusu olan (12-15) gurubu şeklinde aynı kademe de sorumlulukla ilgili yeteneğin aranılmaması birlikte ele alındığında disiplinler dahil farklı işlev , değerlendirme ve yaptırımlar (SSÇ) çocuklar için ayırmayı ve ayrımcılığı da açıkça ortaya koymaktadır. Çocukların yarar ve esenliğine ulaşım konusunda aynı ölçüyü de birlikte içeren koruma boyutunu ve sosyal hizmetlere ulaşım ÇKK ve BMÇHS rağmen farklılaştırmaktadır. Diğer yandan ÇKK da yer alan ihmal veya istismar edilen ya da suç mağdur çocuklarını içeren “korunma ihtiyacı olan çocuklar” ve SİR düzenlenmesi dikkate alınması gereken bir noktasıdır. Aile,Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından psikolojik danışmanlık ve rehberlik, psikoloji, sosyoloji, çocuk gelişimi, öğretmenlik, aile ve tüketici bilimleri ve sosyal hizmet alanlarında eğitim veren kurumlardan mezun meslek mensupları tarafından SİR düzenlenmesi önemli bir hukuksal sorundur. Adalet Bakanlığında yer alan mahkemeler dahil pedagoji biliminin ortadan kaldırılmasına rağmen pedagoğ,psikolog ve sosyal çalışmacılar tarafından düzenlenmiş olması hem mağdur çocuk/tanık/davalı hemde “suça sürüklenen çocuk” lar için söz konusu SİR konusunda TCK .103 maddesi açısından farklı farklı ele alınması da hukuksal sorundur. Sosyal hizmet konusunda yetkisi olmayan kişilerden tarafından SİR düzenlenmesi ve kararlaştırılması eşitlik ve adil yargılama açısından birlikte ele alınmasını da gerekmektedir. SİR dahil eşit uygulamaları aynı hukuksal konum açısından ele almayı da öncelik yapmaktadır. CMK.50 madde ile birlikte TCK.103 maddesi açısından mağdur çocuk/genç ile yine fail(SSÇ) çocuklar için yaptırımların belirlenmesi diğer önemli bir eşdeğerlilik ve tutarlılık noktasıdır. Ayrıca akıl hastalığı ile ilgili TCK.32.maddesinde yer alan benzer ibareler ve TCK.31/2 maddesi tıp ve sosyal hizmet boyutu diğer tutarlık ve eşdeğerlilik noktasıdır. **ÇKK.3.1.a.1;ÇKK.3.1-e; ÇKK.35 ; TCK.31/2;TCK.103,TCK.32 ve CMK.50** maddeleri birlikte ele almayı da gerekmektedir.

47.Ayrıca mağdur/kurban çocuklar açısından ÇKK.6 ve 44. Madde konusunda söz konusu olan yükümlüğün sağlık,eğitim dahil idari ve adli merciler tarafından yerine getirilmemesi durumunda görevin ihmaline neden olmaktadır.Tıp dahil bu yönde ki yükümlülüğün yerine getirmemesi ve çelişkilerle ortaya çıkan kanuna ve hukuka aykırılıkların birlikte ele alınması çocukların yarar ve esenliği için öncelik olmaktadır.Bu önceliklerle birlikte maddeler BMÇHS’nin 3.ve 40 maddeleri ,önsözde yer alan Pekin Kurallarında ki 3,4,5 ve 16 maddeler ortaya çıkan aykırılık ve çelişkilerin giderilmesi Anayasanın 90. maddesi içinde temel bir neden olmaktadır. Yine AİHS.6 ve 17 ile ASŞ.14 ve maddeleri birlikte ele alındığında hukuka aykırılıklar özellikle Anayasanın 2.10,90 ve 41 maddeleri açısından özellikle öne çıkmaktadır.Ortaya çıkan hukuka aykırılığın engellenmesi anayasal ödev ve görevi öne çıkarmaktadır. Ortaya çıkan bu durum Anayasa Mahkemesi ve AİHM ne kadar devam edecek hukuksal süreç için başvurmak nedenler arasındadır. (Anayasa 152 ve 6216 sa.Ka.Mad.40) Bu yöntemler savunuculuk görevi açısından da ayrıca önemli olmaktadır. Bu ödev ve görev bağlamında CMK.50 maddesi açısından onbeşini tamamlamamış çocuklar için sorumlu/ehliyet yaşının “15” olması ve aynı benzer kademe / gruplaşma birlikte ele alındığında TCK.31./2 maddesinin 1. ve 3.cümlelerinde yer alan “**filin hukuki anlam ve sonuçlarını**

algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneği ibarelerinin iptalini özellikle gerektirmektedir. Ağır mağduriyetlerin giderilmesi bu açıdan öncelik olmaktadır. Hukuksal süreç başlaması içinde bir başlangıç noktasıdır. Böylece (12-15) yaş grubundaki ceza sorumluluk kapsamında ele alınması ve sadece çocukların korunması eşitlik ilkesi ve ayırmacılık açısından ele almayı gerektirmektedir. Eğitim ve sosyal hizmete dayalı tedbir ve uygulamaların geliştirilmesine de neden olmaktadır. TCK.31/2 ve CMK.50. maddesi ile 2005 yılından beri söz konusu olan bu duruma ek olarak TCK.103. maddeleri ile eşitlik ilkesinin adil yargılama açısından gözetilmemesi 6284 sayılı kanunda yer alan düzenlemeler açısından da aynı zamanda ağır mağduriyetlere nedendir. AİHM kadar devam edebilecek böyle bir süreç, yetişkinler dışında çocukların korunması vede (15 -18) yaş gurubundaki gençler için ayrı ve yeni bir ceza hukuku düzenlenmesi de diğer temel bir neden olmaktadır.. Yaşam koşulları ve sosyal ortam konusunda sahip olunan bilgiler ile eğitim ve gelişmeleri de içeren tedbirler için özel bir düzenleme bir asırdan beri var olan düzeye ve noktaya ulaşılmasına yarar sağlayacaktır.

48. Ayrıca bilindiği gibi TCK.31/3 maddesi ile fillin işlendiği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında verilen hapis cezaları üçte bir oranında indirilir şeklindedir. Her fiil için verilecek ceza oniki yılı geçemez şeklindeki düzenleme ile TCK.103. maddesi birlikte öngörülmektedir. Aynı yaş grubu açısından TCK.103 maddesinde (15-18) yaş grupları için yer verilen **“fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği”** gibi özellik ise tıp açısından ele alınmaktadır. Bu özellik ve durum TCK.31/2 de ve de TCK.32 maddesi içinde birlikte ele almayı gerektirmektedir. Fakat TCK.31./3 maddesi için eşdeğerlilik ve tutarlık (15-18) yaş grubundaki fail (SSÇ) gençler için aranılmamıştır. Görüldüğü gibi farklılaşmayı, ayırmacılığı da öne çıkarmaktadır. Ayrıca mağdur/kurban çocuk/genç için “rıza ehliyeti” olarak tıp açısından raporlama ve yöntem ile aynı aklanda olan fail (suça sürüklenen çocuk) için öngörülen yaptırımların belirlenmesi adil yargılama ilkesi açısından birlikte ele almasını gerektirmektedir. Söz konusu olan “rıza ehliyeti”, akıl hastalığı ile ilgili benzer bir durumun tıp açısından ele alınması ve sahip olunması yetişkinleri de içeren bir sorumluluğu da özellikle öne çıkarmaktadır. Diğer yandan onsekiz yaşının doldurmamış kişilerin “çocuk” olarak tanımlanması ve ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuk dahil **“korunma ihtiyacı olan çocuk”** (ÇKK.1.a.1) ile bildirim yükümlülüğü (ÇKK/6) ve “kurum” tarafından düzenlenecek SİR, bu yükümlük birlikte kapsamındadır. Yine ÇKK ve kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kamu görevlileri hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz şeklinde de hükmedilmiştir. ÇKK.35 ile birlikte BMÇHS bağlamında kısaca yaşam koşulları ve sosyal ortamlarının başta tıp disiplini dışında ayrı bir şekilde ele alınması bu düzenlemeler ile birlikte değerlendirmeyi öncelik yapmaktadır. Ancak üst normlar açısından da böyle bir önceliğin yerine getirilmemesi, gözetilmemesi ve temel eksiklik dolayısıyla kanuna aykırılığı da öne çıkarmaktadır. “Korunma ihtiyacı olan çocuk”lar için bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, kararlaştırılması ve ağır mağduriyetler ÇKK.44 maddesini birlikte ele almayı özellikle gerektirmektedir. Bu madde, adalet ve adli sistemde yer alan herkesi de kapsamaktadır. Bu durum bağlamında ve yönetmelikle yer alan tıp ve diğer kamu görevlileri açısından söz konusu olan bir görev ihmalini önlemek ve engellemekte öncelik olmaktadır. Aynı zamanda hem ÇKK/35 maddesi hemde Pekin Kuralının 16. Maddesinde öngörülen yaşam koşulları ve sosyal ortam konusunda zorunlu bilgiye sahip olması ve en azından masumiyet ilkesi ve damgalama açısından aykırılıkları da içeren tanım bağlamında söz konusu olan “suça sürüklenen çocuklar” için temel (anahtar) ölçüler arasındadır. Fakat sosyal inceleme raporu için zorunlu olan işlev, içerik vede yetkiler (hala) 21.6.2005 tarihli hukuka bakış ve misyonla farklılaştırılmaktadır. (15-18) yaş gurubu için tedbirler bağlamında koruma boyutu ve özelliğın aranılması “yok” sayılmaktadır. Pekin Kurallarının 3,4.5 ve 16 maddeleri ile ÇKK.35 vede TCK.31/3, TCK.32 ve TCK.103 maddesi ile birlikte özellikle görüldüğü gibi CMK.50 maddesi açısından çocuk ve gençler için sınırlama ve gruplaşma açıktır. Yarar ve esenlik, koruma boyutu birlikte ele alındığında TCK 31/3 ve 103. maddeleri bir tutarlık ve eşdeğerlik gözetilmemektedir. Farklı farklı öngörüler, bakış ve uygulamalar eşitlik açısından adalet ve hukukla bağdaş(a)mamaktadır. Çocuk/genç/tanık davalı mağdurun ve/ya fail çocuk ve gençler açısından (suça sürüklenen çocuk) farklılıklar yardım ve tedbirler bağlamında koruma boyutu dahil çeşitli etki, sonuç ve ağır mağduriyetlere neden olmaktadır.

49. Aynı yaş grubu içinde aynı eylemin tarafı da olan suç mağduru /tanık/davalı çocuklar arasında ki ayırım ve aynı yaştaki kişilere karşı aynı eylemi gerçekleştiren failer (SSÇ) arasında ortaya çıkan farklılıklar , yöntem ve araçlar adalet adil yargılama açısından aykırılığı ve adaletsizliği de özellikle öne çıkarmaktadır. Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi AYM kararlarında görüldüğü gibi eylemli değil, hukuksal eşitliği şeklinde yorumlamaktadır. Bu yorumlamaya rağmen yaş grupları için farklılıklar çocukların yarar ve esenliği için amaç ve hedef, iç hukukun parçası olan sözleşmeler ve evrensel ilkeleri de öncelik yapmaktadır. Eşitlik ilkesinin amacı ise aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek hukukun üstünlüğü içindir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnendiği bir durum gayet açıkça ortaya çıkmaktadır. BMÇHS ve Pekin Kuralının 4,5,16,17 ve 22 maddeler ile birlikte AIHS 6 ve 17 maddeleri ile ortaya çıkan hukuka aykırılıkların ve çarpıtmaların ortadan kaldırılmasında bu görevi öncelik yapmaktadır. Bu aykırılık ve ayrımcılığı ortaya çıkan (15-18) yaş gurpları içinde geçerli ve önceliklidir. Ayrıca bilindiği gibi 103. maddesinde söz konusu olan hukuka aykırılıklar mahkemeler tarafından AYM yaptığı başvuru sonucu bazı maddelerin iptal edilmesine neden olmuştur. Buna bağlı olarak TBMM yeniden düzenlenmiştir. Dolayısıyla ortaya çıkan hukuka aykırılıkların önlenmesi için Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru dışında diğer yöntemler arasındadır. Anayasanın 152. Ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre, mahkemeler, bakmakla oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürüldüğü aykırılıklar iddiasının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmayla yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Ortaya çıkan hukuksal sorunun AIHM kadar devam edecek hukuksal süreç ve yöntem başta avukatlık hizmeti açısından da ayrıca önemlidir. Yasaların TBMM tarafından düzenlenmesinin yanı sıra anayasal denetim açısından ayrıca mahkemeler için söz konusu yetkiyle yapılan başvuru yöntemi önemli örneklerden birisidir. Bu başvuru sonucu en son olarak 6763 sayılı kanun ile TCK.103. maddesi yeniden düzenlenmiştir. Ancak bu maddesinin (1.a) fıkrasında “ 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,” şeklinde düzenlenmiştir. Bu cümlede yer alan “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan” sözcüklerin⁴⁹ iptalini de ayrıca gerektirmektedir.⁵⁰ Hem ÇKK hem de BMÇHS sözleşmesi açısından Anayasaya aykırılık bağlamında hukuksal sürece yansıtılması da anayasal ödev ve görev olmaktadır. İptal söz konusu olduğunda bu sözcüğün yerine örneğin “ *bedensel ve zihinsel kişisel özellikler dahil yaşam koşulları ve sosyal ortamda yeteneğe, gelişmeye, geliştirmeye sahip olmamış veya engellenmiş..*” sözcükleri mümkün olabilir. Pekin Kuralının 16. Maddesinde öngörülen sosyal inceleme/araştırma ile koruma boyutu böylece birincil olarak karşılanabilecektir. Tıp konusunda alınan bilgiyle koruma boyutun engellenmesi aynı zamanda hukuka aykırılığı da engelleyecektir. Diğer yandan ÇKK.35 maddesinde öngörülen SİR raporu , ÇKK.6 maddesi ile ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuk kapsamında yer alan “korunma ihtiyacı olan çocuklar” için bildirim yükümlüğü 2005 yılından beri söz konusudur. Böyle bir düzenleme bu yaş grubu için ayrıca uyarı da vurgulamaktadır. Mağdur gençler için tıp açısından alınan yanlış ,eksik bilgi ve sonuçlar için ortaya çıkan mağduriyetler bu ihbar yükümlülüğünü de

49

50

□ Not: 24.11.2016; 6763/13 Kanun bağlamında dip not olarak “ Bu maddenin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan ‘...tamamlamamış...’ sözcüğü yönünden (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.” şeklinde yer almaktadır. Diğer yandan 13.07.2016 tarihinde Resmi Gazete de yayımlanan karar ile maddenin 1 numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan “tamamlamamış” sözcüğü iptali yayınlanmasından başlayarak 6 ay sonra yürürlüğe gireceğini de kabul etmiştir. Yürürlük için gerekli 6 aylık süre geçmiş olmasına rağmen 24.11.2016 tarihin yeni düzenleme söz konusudur. 13.1.2017 tarihinden sonra bu karar yerine getirilmemiştir. Bu durum hala hukuksal sorun olarak devam etmektedir.

birlikte ele almayı gerektirmektedir. Çelişen bir durumda ise BMÇHS ve Pekin Kurallının 16.maddesinin öncelik olması aynı zamanda üst normlar açısından ayrıca ele almayı da gerektirmektedir.

50.Diğer yandan bu karar aynı zamanda fiilden sonra failin (SSÇ) mağdurla evlenmesi halinde onarıcı adalet kurumunun uygulanmasına ilişkin bir düzenlemeyi de gerektirmektedir.Ancak fail(suçta sürüklenen çocuk) gençler için söz konusu olan erken evlenme vede Roman topluluk için gündeme gelen sorun TCK.103 maddesi açısından ele alınmaktadır.Halbuki genç fail (SSÇ) ile ilgili temel sorun TCK.31/3 maddesi ile ilgilidir. Mağdur (kurban) çocuk için halen geçerli olan SİR düzenlenmesinin fail (SSÇ) çocuklar için TCK.31/3 maddesine eşitlik ilkesi açısından yansıtılması da yaşanan sorunu ortadan kaldırabilmektedir. Çocuk eşittir çocuk ,yaklaşımıyla ister tanık ister davalı ister suç işlemiş çocuk ve genç olsun eşitlik ilkesi ve ayrımcılığın önlenmesi bu açıdan hedef olmalıdır. Çocuk ve gençler için hem yardım ve korumayı hemde ceza sistemi için yeni bir düzenlemeye de aynı zamanda nedendir. Bir asırdan beri söz konusu olan uygulamaya ulaşabilmek mümkün olacaktır.Bu hedefle yapılacak düzenlemeler söz konusu davaların düşmesine de ayrıca neden olabilecektir. Ek yeni düzenlemeler AYM kararında söz konusu olan ihtiyacı da karşılayacaktır. Yetişkinler ile ilgili boyut için çocuklar araç olarakta kullanılmayacaktır. Aksi durumda ise hoyratlık ve mağduriyetler aynen devam edecektir. Özellikle TBMM çatısında oluşan çeviri yanlışlıkları ve bilimsel çarpıtmalar dahil çocukların ve toplumun geleceklerini etkileyen hukuka ve bilimsel aykırılıkların engellenmesi bu iptaller için önemlidir.12 yaşındaki çocukların özgürlüklerin kısıtlanması gibi hak edilmeyen yaklaşım ve uygulamalar da engellenebilecektir.Yasama sürecinde söz konusu olan Anayasa, Adalet ve Sosyal Hizmetler ile ilgili komisyonlarda çocuklara yönelik öne çıkan Pekin Kurallar dahil diğer kurallarında gözetilmesi bu açıdan ayrıca önemli olacaktır. 21.6.2005 tarihinde söz konusu olan benzer kara günlerin tekrarının engellemesine de yardımcı olacaktır. Kurallar ve ölçülerin gözetilmesi BMHS'na yönelik saygı, koruma ve ilerletmenin temel bir dayanağı olacaktır.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK)

51.Ayrıca bilindiği gibi Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) 06.04.2016 Tarihinde 6701 sayılı “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu” ile kurulmuştur. Görevleri kapsamında örneğin İzmir Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumu ziyareti neticesinde tespit, gözlem ve şikâyetlerin ulusal ve uluslararası normlar bağlamında değerlendirildiği bir rapor 2018/94 sayılı kararında oybirliği ile kabul edilmiş ve Eylül 2018 de yayımlanmıştır. Aynı zamanda bu rapor “Tahliye edilen çocuklar cezaevine dönüyor” şeklinde de 07.12.2018 tarihinde haberleştirilmiştir.⁵¹⁻⁵² Uluslararası normlar arasında yer alan Pekin Kurallarını da öne çıkaran rapora göre İzmir Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda, 12-18 yaş arası çocuklarla 19-22 yaş arası gençler barındırılmaktadır. Kurumda gün içerisinde çocuklarla birebir ilişki içerisinde özel bilgi ve deneyime sahip grup lideri pozisyonundaki personel görev yapmakta ve bu görevliler günün önemli bir kısmını bu çocuklarla birlikte geçirmekten bahsedilmektedir. 360 hükümlü ve tutuklu kapasitesine sahip olan Kurumda 125 hükümlü, 218 tutuklu olmak üzere toplam 343 özgürlüğünden mahrum bırakılan çocuk ve genç bulunmaktadır. Bunlardan 13’ü 12-15 yaş grubu arasında, 308’i 15-18 yaş grubu arasında ve 22’si 18-21 yaş grubu arasındadır. Bu tespit aynı zamanda 12-15 yaşındaki çocukların özgürlüklerinden yoksun kılındığını açıkça ortaya koymaktadır.Çocuklar ve gençlerin hala yetişkinler tarafından söz konusu olan Sulh Ceza Mahkemeleri tarafından tutuklanarak özgürlüklerinin kısıtlanması ise önemli görmezden gelmenin,vurdumduymazlığın da önemli ve ayıplı örnekler arasındadır.Çocuklara hak edilen bu uygulamalar ile birlikte çocuklar için cezaevi gibi kurumsal yapı ve uygulamanın varlığı TİHEK tarafından da (hala) öne çıkmaktadır. Fiziksel koşullar ve uygulamalara yönelik gözlem ve tespitler sonunda ise Adalet Bakanlığına yönelik tavsiyeler görüleceği gibi ayrıca rapora yansıtılmıştır. Fiziksel koşullara yönelik çeşitli tavsiyelerin dışında;

51

□. <https://www.tihek.gov.tr/wp-content/uploads/2018/10/2018-12.pdf>

52

□ <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/tahliye-edilen-cocuklar-cezaevine-donuyor-41043509>

“86. Kurum ziyaretinde gerek idareciler ve personel ile gerekse özgürlüğünden mahrum bırakılanlarla gerçekleştirilen görüşmelerde tutuklu kalıp tahliye edilen yahut da cezası infaz edilip salıverilen çocukların önemli bir çoğunluğunun belirli bir süre sonunda tekrar suç işleyerek ceza infaz kurumuna geldikleri anlaşılmıştır. Bu sonucu doğuran en önemli faktörlerin çocuğun parçalanmış yahut suç profili yüksek bir aileye sahip olması, yaşadığı mahalle vb. ortamların çocuğu suça sürüklediği, çocuğun kendisi ve ailesinin eğitim seviyesinin düşük olması başta olmak üzere içinde yaşadığı aile, toplum, eğitim gibi unsurların bulunduğu görülmüştür. Bu sebeple çocukların suça sürüklenmesinin önlenmesi adına İzmir Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumu yönetimi tarafından da önerilen Adalet Bakanlığı, Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı başta olmak üzere ilgili kurum ve kuruluşların çocuğun üstün yararını ve sağlıklı gelişimini gözeterek çocuğu gözlemlemesi, ruhsal ve bedensel gelişimini takip etmesi, destek vermesi, infazı gerçekleştikten sonra topluma kazandırılması ve yeniden suça sürüklenmesini önleyecek bütüncül bir politikanın elzem olduğu anlaşılmıştır. Böylesi bir politikanın geliştirilebilmesi adına BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. ve 4. Maddeleri doğrultusunda Adalet Bakanlığı ile ilgili diğer kurum ve kuruluşların görüş alışverişinde ve çalışmalarda bulunmasının gerekli olduğu değerlendirilmektedir. “

şeklindeki açıklama söz konusu olan adalet hizmeti ve sosyal hizmetler ile ilgili yaklaşımın hala mümkün sağlanmadığının da açık bir itirafıdır. Yine;

“88. Ceza infaz kurumu personeli sayısının yetersiz olduğu yönünde aktarılan bilgi ve bazı etkinliklerin yeterli personel olmaması dolayısıyla aksayabildiği gerçeği karşısında İzmir Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumundaki başta eğitim ve sosyal hizmet çalışanları olmak üzere personel sayısının artırılması gerektiği değerlendirilmektedir.” şeklinde.

İnsan Hakları bağlamında yapılan böyle tespit ve tavsiyeler adalet hizmeti açısından gelinen noktanın da önemli bir özetidir.

52. Özellikle sosyal hizmetler ile ilgili boyutun ve Pekin Kurallarına rağmen oluşturulan eksiklik ve yoksunlukla oluşan ek mağduriyetlerin hukuksal açıdan nasıl giderileceği konusundaki boyut ise bu raporun yeniden değerlendirilmesini gerektirmektedir. (Avrupa Konseyinde Gençlik Adaletine yönelik “Green Papers” başlıklı çalışmalar arasında “European Council for Juvenile Justice-Academic Section” bölümünde Prof. Dr. Ursula Kilkelly tarafından “Measures of Deprivation of Liberty for young offenders: how to enrich International Standards in Juvenile Justice and promote alternatives to detention in Europe? - Genç suçlular için özgürlükten yoksun bırakma önlemleri: Çocuk Adaletinde Uluslararası standartlar nasıl zenginleştirilir ve gözaltına alınma alternatifleri nasıl geliştirilir?” çalışması yer almaktadır.⁵³⁻⁵⁴ Bu bilgilerin ve bu yöndeki diğer bilgilerin değerlendirilmesi rapora kaynaklıkta yapabilir.) En azından İnsan Hakları ve Çocuk Haklarına saygı ve koruma konusunda ki yükümlüğün sağlanması için de örnek olabilir. Bir taraftan 12-15 yaş grubundaki çocuklara yönelik yetişkinleri benzer kılımları için ÇKK’na yönelik 35. ve Yönetmeliğin 20/4. Maddesi ile oluşan sosyal inceleme/araştırma boyutunu ve Pekin Kuralları arasında yer alan 16. Madde açısından uygunluğun ve tutarlığın İnsan Hakları açısından özellikle değerlendirilmesi de gerektirmektedir. Özellikle TC/ 31/2 maddesi ile CMK 50. maddesinde yer alan sorumsuz kılma halinin eşitlik ilkesi ve ayırmacılık açısından yeniden değerlendirilmesi de önemli bir nedendir. Ortaya çıkan hukuk aykırılıklar ve ağır mağduriyetler aynı zamanda TCK/103. madde kapsamında yer alan suç işlemiş çocuklar içinde öncelik olmaktadır. Buna Avrupa Sosyal Şartı ve 14. Maddesi de dahildir. TCK/31. maddesi bağlamında oluşturulan ilişki

53

□ <http://www.ejjc.org/green-papers>

54

□ https://www.oijj.org/doc/inf/Green_Paper_Academic_Section.pdf

ile yine 15-18 yaş gruplarında birlikte değerlendirilmesi hem İnsan Hakları hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasanın 10. Maddesi için öncelik olmaktadır. TCK 103 ve CMK .236 madde açısından suçu inceleme yöntem araçlara yönelik Genelgelerle kurulmuş olan ÇİM ve AGO gibi uygulamalarda bu kapsamda birlikte almayı eşitlik açısından ayrı ayrı ele alınmasını gerektirmektedir. Çocukların hak edilmesi için temel sözleşmelere saygı ve koruma bağlamında öne çıkarılan yükümlülük ve öncelikler bağlamında ayrıca ÇKK/35. Maddede yer almamasına rağmen ÇKK/3/1-e Maddesi bağlamında “sosyal çalışma(ma) görevlisi” gibi “garabet” tanımlama ile SİR nun düzenlemesi dışında adli tıp uzmanı, psikiyatrist ya da zorunluluk hâlinde uzman hekimden görüş alır şeklinde Yönetmeliğin 20/4. Maddesine yer verilmesi ve zorunlu olarak dahil edilmiş olunması normatif açıdan değerlendirmeyi de ayrıca zorunlu kılmaktadır. CMK/50 madde ile birlikte ele alındığında 2005 yılından beri onbeşyaşını doldurmamış 2 milyon çocuğun adalet hizmeti nedeniyle ağır mağduriyetler İnsan Hakları açısından önemli bir görev olmaktadır. Kanunda yer almayan uygulama ile TCK/31. Ve 32 Maddelerinin birlikte değerlendirmesi İnsan Hakları ve Çocuk Hakları açısından zorunluğu da öne çıkarmaktadır. Yine bunlara ek olarak çocuklara, gençlere yönelik korumak ve esirgemek dahil gelecek beklentisi ve esenliğe yönelik SİR gibi sosyal hizmet açısından zorunlu işlevin sosyal hizmet konusunda yetkin olmayan kişilerce düzenlenmesi ve bu boyutun görmezden gelinmesi veya meşru kılınması ise temel insan ve çocuk hakları ihlaline neden olduğu gibi çocuklar ve gençler (hala) savunmasız kılınmaktadır.

53. Diğer yandan BM Pekin Kuralları gibi çocuklara hak edilen asgari ölçüler Türkiye Cumhuriyeti’ni taraf yapmaktadır. Saygıyı, korumayı ve de ilerletmeyi de görev yapmaktadır. AB süreci ve Anayasanın 90. Maddesi minimum standartları da birlikte yükümlü kılmaktadır. Taraf devlet olarak tanınmak hakları gözetmeyi devlette yer alan kurumlar arasında yer alan yasama, yargı, yürütme bağlamında idare açısından yükümlülüğü ve uygunluğu zorunlu kılmaktadır. Adalet hizmetleri için öngörülecek uygulamalar ve araçlar konusunda bir uygunluk aranılmasını gerektirirken BMÇHS ve buna yönelik asgari ölçüler ile ilgili Pekin Kurallar aynı zamanda araçlar ile gerçekleştirilmesi de bir görev ve öncelik yapmaktadır. TİHEK gibi kurumda bu kapsamdadır. Kurumsal yapılar dahil BMÇHS ne gözetilmesine rağmen bir ölçü aranmadan söz konusu olan uygulamaların ve araçların yozlaştırılması, çarpıtmalar aynı zamanda gençlere yönelik tekrar suça yönelme konusunda büyük orandaki artış önemli bir yansımadır. Bu durum aynı zamanda çocukların istismarı içinde önceliklidir. Adil ve adaletli bir uygulamayı iki boyut açısından da birlikte ele almayı zorunlu kılmaktadır. Raporda yer alan bu açıklama aslında idareyi ve uygulamaları görev ve sorumlu kılmaktadır. Kapalı bir kurumda söz konusu olan uygulamaların karşılığının da olmadığı bir durum ortaya çıkmakta olup hem çocuk ve gençlerin bu açıdan ayrı bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Aynı zamanda sosyal hizmetlere yönelik çocukların/gençlerin topluma yönelik programları konusundaki eksikliklerle toplumun diğer kişilere zarar verebilmesi toplumsal açıdan ek bir zorunluluğu öne çıkarmaktadır. Muhtemelen yaşanan gerçeklerin küçük bir parçası bu rapor da yansıtılmıştır. Yakınma değil yükümlülüklerin yerine getirilip getirmediği ise raporun güvenliğini de azaltabildiği gibi çocukların savunmasız kalınmasına da neden olabilmektedir. Bu bilgilere rağmen bu rapor, söz konusu olan adalet hizmetinin de kısa bir özeti ve başlangıç noktası olabilmektedir. Çocukların hak edilmediği adil yargılama ile ilgili çarpık durumlar ve boyutların, çocuklar ve gençler açısından oluşan mağduriyetlerin giderilmesi ise avukatlık hizmeti kapsamında olup rapor, için ayrı bir ölçü noktası olabilmektedir. AİHM konusunda ki kararlar başta adil yargılama dahil bu önemi daha da önemli kılmaktadır.

54. Buna rağmen sosyal hizmetler ve adalet sistem ve hizmet konusunda sosyal araştırma gibi zorunlu raporlama konusunda eğitim almamış psikolog, psikolojik danışmanlık ve rehberlik, sosyolog gibi kendi meslekleri dışında benzer yetki ve görevin hem sosyal hizmetlere hem de adalet hizmetine yansıtılması; başta çocuklar olmak üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. ve 14. 17. ve 18. Maddelerinin gözetilmemesi ile 2005 yılından beri (hala) mümkün kılınması da önemli bir gerçektir. Ortada da Pekin Kuralları bağlamında yer alan asgari ölçülere rağmen yok sayılması İnsan Hakları açısından ele almayı Kurum açıdan da öncelik yapmaktadır. Özellikle çocukların “well-being” gibi iyilikleri/iyileştirmeyi ön plana çıkan esenlik bağlamında hem risk dahil sosyal araştırmayı/incelemeyi hem de sosyal iyileştirmeyi zorunlu kıldığı gibi bu yönde özellik, nitelik ve liyakata dayalı yöntem ve araçlar Pekin Kuralına dayalı adalet hizmeti içinde açıkça görevli kılınmıştır. Anayasal bir görevde söz konusu olup bu sözleşme ve ilkeler için saygı, koruma ve ilerleme öne çıkarken evrensel eşdeğerlilik

ile birlikte asgari standartlarını birlikte yükümlü kılmaktadır. Bu konudaki yükümlüğü ve saygıya rağmen çocukların korunması ve sosyal hizmet adına bir asırdan beri söz konusu olan resmi vesayet kurumu gibi kurumsal yapı, sistem özelliği dahil hala görmezden gelinmesi gibi temel sorun kaynağının değerlendirmesi içinde ayrı bir neden olabilecektir. BMÇHS ve AIHS dahil sözleşmelere yönelik saygı eksikliği ve korunmamasıyla çocukların geleceğini karartıldığı adalet adına böyle çarpık durumun başta evrensel sosyal hizmet(ler) e ulaşma da yardımcı olabilecektir. Çocuklar için eşit ve özgür kılınmasını daha ileriye götürmek yerine asırlar öncesi yapı ile iyileştirme ve oranlığın ortadan kalkması da kaynaklık edebilecektir. Çocuklar için hak edilmeyen böyle çarpıtmalar ve Pekin Kurallarına rağmen adalet ve sosyal hizmetler adına ortaya çıkan çarpıtmalarla İnsan Hakları boyutu ve sosyal koşullar konusunda karar almadan önce çocuklar için sahip olan bilgilerin engellenmesini de ortadan kaldıracaktır. Yine Pekin Kuralının 22. Maddesinde yer alan sosyal hizmet uygulaması ve profesyonelleşme bağlamında çocuklara/gençlere yönelik risk ile birlikte geleceğe yönelik beklentiye de özellikle içeren sosyal araştırma/ inceleme raporu gibi temel bir aracın düzenlenmesi dahil uygunluk ve tutarlığın aranması dahil Kuruma yapılacak bireysel ve/ya gruplar tarafından yapılacak başvurular ise hukuksal açıdan değerlendirme noktası da olabilecektir. Çocukların iyi olma haline, iyileştirilmelerine ve esenliğe engellenmesinin ortadan kaldırılmasına da yardımcı olabilecektir.

“Uluslararası Sosyal Sosyal Hizmet ISS (INTERNATIONAL SOCIAL SERVICES AGENCY)”

55. Çocukların hak edilmemesi açısından bu bilgiler ve yaklaşım bağlamında bilindiği gibi “Uluslararası Sosyal Sosyal Hizmet ISS (INTERNATIONAL SOCIAL SERVICES AGENCY)” ile ilgili kurumsal yapı hem hukuk hem de sosyal hizmet açısından eşdeğerlilik ve karşılaştırma açısından değerlendirilmeyi de gerektirmektedir.⁵⁵ Bazı bilgilere ise internet ortamında ulaşmak mümkündür. İngilizce ve Fransızca web sayfasında yer alan bu bilgilere göre web sayfasında bazı Türkçe bilgilere ulaşmakta mümkündür. Yaşanılan savaşa bağlı olarak 1924 yılında Cenevre’de toplanan otoriteler, özel bir amaca yönelik, bağımsız ve uluslararası bir organizasyona ihtiyaç olduğunu kabul etmiştir. Aynı yıl Cenevre’de İsviçre Medeni Kanunu’nun 60. Maddesi gereğince de hukuki bir varlık olarak Uluslararası Sosyal Hizmetler Organizasyonu’nu kurmuşlardır. Almanya, İsviçre, Kanada, Güney Afrika, Avusturalya gibi ülkelerin yanı sıra BM UNICEF de ortaklar arasındadır. Halen Türkiye’nin de dahil olduğu çocukların korumasına için sosyal hizmetlere yönelik 120 ülkeyi amaç etmiştir. Bu kurumun temsilcisi ise 4.8.2018 tarihinde kurulan Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığıdır. 2828 sayılı SHÇEK ve devamı olan ASPB daki aynı birimler devam ederken bunların arasında “Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Daire Başkanlığı” da ayrı bir başlık olarak yer almaktadır. Bu süreçte 3/6/2011 tarihli ve 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 6. Maddesinin birinci fıkrasına istinaden de Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı kurulduğu da açıklanmıştır. Yayınlanan bu bilgilere göre “Yurtdışında yaşayan, çalışan veya yurtdışıyla bağlantısı olan kişi ve ailelerin, sosyal, kültürel, ekonomik ve ailevi nedenlerden kaynaklanan sorunlarına çözüm bulmak üzere uluslararası teşkilatlarla işbirliği yapmak ve uluslararası vaka çalışmalarını yürütmek.” şeklinde ki bir açıklamaya da yer verilmektedir.

56. Ayrıca; Bölgesel ve Uluslararası Kuruluşlarla İlişkiler Birim Sorumlusu, Protokol ve Dış İlişkiler Birim Sorumlusu, Uluslararası Sosyal Hizmetler Birim Sorumlusu ve Yönetim Hizmetleri Birim Sorumlusu şeklinde ki birimlere yer verilmiştir. Protokol ve dış görevler için AB ile ilgili oluşan ilişki ve hizmetlere yönelik bilgilere de ayrıca yer verilirken “Uluslararası Sosyal Hizmetler” başlığında ayrı bir bilgilere de görüldüğü gibi yer verilmiştir. Uluslararası Sosyal Hizmetler Biriminin Görevleri arasında ***Sosyal çalışmacılar tarafından hazırlanan sosyal inceleme raporlarını uluslararası sosyal hizmet vaka çalışması kapsamında değerlendirerek, gerekli olduğunda rehberlik etmek, *Yurtdışından sosyal inceleme raporu talep etmek ve yurtdışına sosyal inceleme raporu göndermek** şeklinde bir görevde öne çıkmaktadır. Dolayısı ile “Uluslararası Sosyal Hizmet Organizasyonu/USHO) ile yurtdışından SİR nu talep edip yurtdışına sosyal inceleme raporunu düzenlemeyi Başkanlık bir görev olarak kabul ederken sosyal çalışmacılar tarafından bunun değerlendirilmesi ve bu yönde bir rehberlik etmenin de bir görev olduğu gayet açıktır. Bu kapsamda ve

BM Pekin Kuralının 5, 16 ve 22. Maddeleri bağlamında SİR na yönelik ayrı nitelik ve içeriğinin önemi arttırmaktadır. Aynı zamanda alınmış olunan eğitim ve mesleki bir durum ve de farklılığın dikkate alınması bu önemi daha da arttırmaktadır. Bu ilişki ve boyut söz konusu iken Bakanlık uygulama yönetmelikleri açısından öne çıkarılan uygulamalar konusunda çelişki ve hukuka aykırılığı da öne çıkarmaktadır. Afganistan'dan yapılan talep konusunda bu durum ve özellik aranırken aynı zamanda Afganistan'da bile bir yetkin ve özelliğın arandığı bir durumda ortaya çıkmaktadır. Yurtdışında yaşayan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları için SİR konusunda bir ihtiyacın Bakanlık tarafından düzenlenmesi için aranılan özellik ve nitelik yerine Türkiye Cumhuriyeti'nde yaşayan çocuklar dahil bir raporlama için yetkinliğin uygulama yönetmelikleri dahil hala aranmadığı da açıkça görülmektedir.Çocuklara hak edilmediği yöntem ve araçlar hala mümkün olabilmektedir.

57.Avrupa Birliği süreci ile Türkiye de söz konusu olan yeni dönemde çocukların hak edilmesi ve korunması adına 5395 sayılı ÇKK, hem adalet hizmetini hem de sosyal hizmetler gibi bir hakka ulaşımı BMÇHS ile öngörmektedir. Fakat TBMM de 21.6.2005 tarihinde yapılan müdahaleler ile çocuklar dahil sosyal hizmetler ve adalet için kara bir gün olarak öne çıkması çocuklara hak edilmeyen önemli gerçektir. Dolayısıyla yasamayı içeren böyle bir süreçte BMÇHS nin temel araçlarından ve ölçülerden birisi olan sosyal inceleme gibi sosyal hizmetlere dayalı zorunlu raporlamanın bilinçli bir şekilde ÇKK/35. Maddesinde engellenmesi gibi somut gerçek bilindiği gibi gözetilmesi gereken ölçüyü de ortadan kaldırmıştır. BMÇHS nin de çocukların yarar ve esenliğine yönelik öne çıkaran böyle bir araç yozlaştırıldığı gibi ÇKK/3-1.e Maddesinde yer alan “sosyal çalışma görevlisi” gibi garabet tanım hem bu rapor özelliğini hem adalet hem de sosyal hizmeti somut bir şekilde yozlaştırmıştır.Ayrıca 24.Mayıs 1983 tarihli 2828 sayılı “Sosyal Hizmetler Kanunu”⁵⁶ ve yer alan tanıma rağmen yozlaştırılmıştır. Özellikle Avrupa Konseyi ile ilgili topluluğa dahil olunması ve bu yönde tanınan ve taahhüt olarak kabul edilip iç hukukun da bir parçası olan AİHS ve Avrupa Sosyal Şartı gibi uygulamaya yönelik ölçü ve araçlar vede Çocuk Haklarına Dair Avrupa Sözleşmesi sistem özelliğini ve Roma Hukuku gibi bir sistemi de önemli kılmaktadır. Pekin Kuralları gibi ölçüleri de birlikte içermekte olup ek bir yükümlük buna rağmen TBMM de mümkün kılınmıştır. 2005 yılından beri oluşan yozlaşma aynı zamanda ASS'nın sosyal hizmetlerden yararlanılması dahil çocukların gençlerin korunmasına yönelik bir uygunluk gözetilmeden devam etmektedir.⁵⁷⁻⁵⁸⁻⁵⁹⁻⁶⁰ Bu boyut 6284 sayılı kanun ile birlikte Türkçeye yanlış bir şekilde çevrilmiş olan “İstanbul Sözleşmesinde” yer alan haklara rağmen yansıması ve suçu yönlendirme yöntem ve araçları arasında öne çıkan ÇİM ve AGO gibi araçlar uygulamaları da belirlemektedir.⁶¹ TCK/ 103,TCK/31 ve CMK/236 maddelere yönelik 170 sayılı Genelge ise BMÇHS dahil diğer sözleşmeler konusunda ki yükümlülüğü yerine getirilmediğinin de göstergesi ve özetidir. Söz konusu olan aykırılıklar hukuksal bir soruna dönüştüğü gibi bilimsel ve teknik açısından da soruna dönüşmüştür. Ortaya çıkan hukuksal sorunların giderilmesi için hukuksal bir sürecin başlatılması da önemli bir neden olabilmektedir. ÇKK dahil bu yönde ki süreçte BMÇHS ne yönelik uluslararası danışmanlık hizmeti bağlamında yer alan UNİCEF Türkiye Ofisi tarafından sağlanan katkılarda yaşanan sorunlarda diğer önemli bir sorun kaynağı

56

57

□ <http://sosyalhizmetuzmanlari.com/makale-oku/140/avrupa-sosyal-sarti-14-madde-gercege-aykiri-ceviri-ile-sosyal-hizmetler-icin-kara-leke>

58

□ <http://sosyalhizmetuzmanlari.com/makale-oku/49/avrupa-sosyal-sarti--sosyal-hizmetlerden-yararlanma-hakmini-kotuye-kullanmak-ve-bir-hakki-savunmamak---1>

59

□ <http://sosyalhizmetuzmanlari.com/makale-oku/51/avrupa-sosyal-sarti--sosyal-hizmetlerden-yararlanma-hakmini-kotuye-kullanmak-ve-bir-hakki-savunmamak---2>

60

□ <http://sosyalhizmetuzmanlari.com/makale-oku/56/avrupa-sosyal-sarti--sosyal-hizmetlerden-yararlanma-hakmini-kotuye-kullanmak-ve-bir-hakki-savunmamak---3>

61

□ <http://sosyalhizmetuzmanlari.com/makale-oku/122/istanbul-sozlesmesi-ve-ceviri-yanlisligi>

olmaktadır. Çocuklara hak edilmeyen bu boyut ayrıca ele almayı gerektirmektedir. AB gibi sistem özelliği ile birlikte Pekin Kurallarında yer alan ölçülerin/kuralların Afganistan içinde gözetilmesi yerine 21.6.2005 tarihinde ÇKK/35. Maddesi ile oluşan yozlaşma konusunda ki katkı da aynı zamanda yaşanan sorunun diğer bir parçası olabilmektedir. TCK/103. Ve TCK/31 . Maddeleri bağlamında kurban çocuklar ve fail çocuklar dahil çocukların korunmasının adil ve adalet hizmeti tarafından korunması adına ortaya çıkan sorunlar özellikle 26 Mart 2018 tarihi için önemli olmuştur.⁶² Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi için bireysel başvurma hakkının yanı sıra BM Çocuk Hakları Komitesine “çocuklar ve gruplar” tarafından başvurusu önemli bir adımdır. Çocukların kendisi dışında çocuk haklarına adına dahil olanlar için “katılan” veya müdahil olma yeni bir bakışı da öne çıkarmaktadır. Komite ve özel raportör çağırma dahil başvuruların birlikte değerlendirilmesini de gerektirmektedir. BMÇHS, AİHS ve İstanbul Sözleşmesi bağlamında BMÇHS ve Pekin Kuralları açısından öne çıkan araçların adil yargılama açısından da mümkün olması ve yükümlülük hem avukatlık hizmeti ve sosyal hizmet konusunda eğitim almış kişileri de ayrıca yükümlü kılmaktadır.

Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudmanlık) Boyutu

58. Ayrıca bilindiği gibi TC. Anayasa bağlamında çocuklar dahil bireysel başvuru hakkı arasında ayrıca kamu hizmetinin işleyiş ile ilgili olarak bilindiği gibi 14 Haziran 2012 tarihinde 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu kabul edilmiştir Bu Kanunun amacı ise kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak üzere Kamu Denetçiliği Kurumunu (Ombudmanlık) oluşturmak hükmedilmiştir. Bu bağlamda söz konusu olan Kurum, idarenin işleyiş ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevli kılınmıştır(md/5) Dolayısı ile internet web sayfasında da yayınlanan böyle bir kurumsal yapı ile de 29.03.2013 tarihinde şikâyet başvurularını da almaya başlamıştır. Usul ve esas ile ilgili yayınlanan yönetmelik ile ayrıca kamunun ortak, sürekli ve kamusal bir ihtiyacını karşılayan ve idarî düzenleme, denetim ve gözetim altında kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişilerinin, her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarına ilişkin şikâyetleri inceler, araştırır ve önerilerde bulunmaya da yer verilmiştir. Bu yönde alınan kararlar ve raporlara yer verilmektedir.

59. Hem ÇKK hem de TCK/103 ve TCK/31 Maddeleri gibi uygulamalar bağlamında adalet hizmetinde yer alan hizmetler ile birlikte Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından korunma birlikte ele alınmaktadır. ASŞ'nın 14. Maddesi dahil sosyal hizmetler ve sosyal yardım için verilen hizmetlerin öne çıkması Kamu Denetçiliği Kurumu kapsamında olduğu da gayet açıktır. Çocuklar ile ilgili bölümde yer alması ve BMÇHS ni de birlikte ele almayı da özellikle görev yapmaktadır. Özellikle AÇSH Bakanlığının çatısı altında Uluslararası Sosyal Hizmet Birimi'nce yurtdışında yaşayan Türkiye Cumhuriyeti yurttaşları dahil yurtdışındaki diğer kişiler için SİR nun sadece sosyal çalışmacılar tarafından ücretsiz düzenlenmesi de bilindiği gibi bir görev olarak kabul edilmiştir. Anayasanın 10. Maddesi olmak üzere çocuk dahil hak sahiplerine yönelik böyle ayrışmada bu uygulamaların arasındadır. Böyle bir gerçekle aynı çatı altında ve kamu harcama için kişiler dahil yetki ve görev ile iki farklı idari bir işlem/fiil öne çıkarılmıştır. Bu durum adalet, eğitim ve sağlık hizmetler içinde geçerlidir. Böylece BMHS ve Pekin Kuralları bağlamında Afganistan da bile söz konusu olmaması gereken bir uygulama ÇKK/3-1.e Maddesi ile de rahatlıkla öngörülmüştür. Ayrıca; çocuk istismarı ve/veya kadın cinayeti gibi yaşanan sorunların yanı sıra önleme ve koruma bağlamında bakım hizmetlerine ve de sosyal yardımlara da yönelik temel bir araç olan bu SİR ve bu yöndeki idari işlemler hak sahiplerine yönelik belli bir niteliğin de aranmasını gerektirmektedir. Müdahil ve riskler dahil sosyal hizmet yöntem ve araçları ASŞ/14. Maddesi dahil diğer hakları da

62

□ <http://sosyalhizmetuzmanlari.com/makale-oku/155/bm-cocuk-haklari-komitesine-bireysel-basvuru-hakkinin-farkindamisiniz>

yükümlü kılmak olup araçların niteliği ve özelliği de önemlidir. Aynı zamanda söz konusu olan kamusal harcamalar içinde bir verimliliğin ve hukuka uygunluğunda aranması için gene belli bir niteliğin ve liyakatin aranmasını da gerektirmektedir. Bu sebep ve sonuç içinde bu yönde mesleki bir sorumluluk, yetki ve görevde ayrıca aranmalıdır. Bakanlık tarafından yürütülen yönetmelikler ile sosyal hizmet/çalışma dışında ki “meslek elemanları” ile oluşan benzer yetki ve görev ise hem mesleki hem de kamu harcaması açısından ayrı bir önem ve özelliği öne çıkarmakta; mesleki formasyonların dışında öne çıkan böyle yetki ve görevin sosyal hizmetler açısından değerlendirilmesi taraf devlet olarak başta BMÇHS, ASS ve İstanbul Sözleşmesinin de birlikte değerlendirmesi ve sorgulanması öncelikli bir görev olmaktadır. Hak ihlalleri dahil oluşan mağduriyetlerin giderilmesi için önemli bir neden de olabilmektedir.

60. Özellikle de sosyal hizmet/çalışma dışında ki sosyolog, psikolog, çocuk gelişimci, öğretmen, aile ve tüketici ile ilgili lisans eğitim almış kişilerce SİR dahil asli bir görev olan sosyal hizmetler ile ilgili olarak sosyal hizmet ile ilgili çoğunluk bile Bakanlık tarafından aranmadan oluşturulan komisyon/lar gibi birimlerce oluşturulan idari işlemler/fiiller de özellikle hak sahiplerini ilgilendirmektedir. Yapılan eylem ve işlemleri için yapılan bu keyfi nitelikteki işlemler/fiiller ile de aslında kamu zararı dahil hak ihlallerine de yoğun bir şekilde neden olunmaktadır. Hem SİR hem de komisyonda bu şekilde yer alınması bu yönde bir liyakat dahil niteliğin aranmaması aynı zamanda bir yetki ve görev gaspı niteliğini de ayrıca kazandırmaktadır. Bu durum aynı zamanda aday memur ve hizmet satın alımı kapsamında ki çalışanlar içinde geçerlidir. Aynı çatı altında sosyal hizmet ile ilgili temel bir araç olan SİR na yönelik yurtdışındaki T.C. vatandaşları ile yurtiçindeki vatandaşlara yönelik somut bir ayrışma sonucu oluşan Anayasanın 10. Maddesi ile birlikte bilindiği gibi T.C. Anayasasının 90. Maddesi bağlamında da ASS/13. 14. 17. ve ÇHS/3. 40. ile Pekin Kuralı/16. Maddeleri ne yönelik somut aykırılıkların yansırı bu yöndeki eylem ve işlemleri ile oluşan kamu zararlarında hukukun üstünlüğü açısından gözetilmesi için Kamu Denetçileri Kurumunu da ilgilendiren bir durumda ortaya çıkmaktadır. Bu durum 6284 Sayılı kanun ile birlikte İstanbul Sözleşmesini de birlikte ele almayı gerektirmektedir. AÇSH Bakanlığı ile birlikte Adalet Bakanlığında ÇKK ile ilgili olarak adalet hizmeti yansıtan uygulamalardan birisi Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) tarafından hazırlanan son rapordur. İzmir Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumu ziyareti neticesinde tespit, gözlem ve şikâyetlerin ulusal ve uluslararası normlar bağlamında değerlendirildiği bir rapor 2018/94 sayılı kararında oybirliği ile kabul edilmiş ve Eylül 2018 de yayımlanmıştır. Aynı zamanda bu rapor “Tahliye edilen çocuklar cezaevine dönüyor” şeklinde de 07.12.2018 tarihinde haberleştirilmiştir. 12 yaşındaki çocukların ÇKK/35. ve TCK/31. Maddesine bağlamında çocukların cezaevinde mümkün kılındığını da yansıtan bir rapordan bahsedilmektedir. Adalet hizmeti bağlamında yer alan ancak BMÇHS ve Pekin Kuralları bağlamında yukarıda yer alan hususlar aynı zamanda Kamu Denetçiliği Kurumunu içinde önemli olup resen veya yapılan bir başvuru ile değerlendirilmesini de gerektirmektedir. Bu çarpık durum CMK/50 maddesi içinde öncelik olmaktadır. Özellikle soruna neden olan ÇKK/35. TCK/31. ve sosyal çalışma görevlisi şeklinde ki tanım (ÇKK/3-1.e) ile birlikte 4787 Sayılı Kanun’un 5. Maddesinde yer alan “pedagog” ile kamu hizmetinde yer alması ve çocuklara, aileler ve topluma etkilerinin de birlikte ele alınması BMÇHS içinde önemli bir neden olmaktadır.

61. BMÇHS ne yönelik Türkçe metinde söz konusu olan çeviri yanlışlıkları ile birlikte temel araçlardan birisi olan Pekin Kurallarının 21.6.2006 tarihinde TBMM de ÇKK’na yönelik müdahaleler çocuklar için kara bir gün olmuştur. BMÇHS adına ve çocukların korunması adına 2005 yılından beri ÇKK tarafından uygulanmaktadır. Sosyal çalışma(ma) görevlileri le SİR gibi bir raporlama adalet ve sosyal hizmetler adın da öne çıkmaktadır. Çocukların istismarı açısından söz konusu olan TCK/103 maddesi bağlamında kurban/mağdur çocukların yanı sıra %25 oranında 18 yaşının altındaki fail(SSÇ) çocuk ve gençlerin dahil olması vede 12 yaşındaki bir çocuğun cezaevine yerleştirilmesi hala mümkündür. Çocukların istismarı bağlamında çocukların, gençlerin her açıdan önlenmesi dahil kamusal bir hizmetin de aynı zamanda bir parçasıdır. Bu boyut BMÇHS de yer alan ilkelerin ve temel anahtar araçlardan olan Pekin Kuralları ve Riyad Kuralları ve de adil yargılama açısından AİHS ve de Avrupa Sosyal Şartı, İstanbul Sözleşmesi açısından birlikte değerlendirildiğin de ortaya çıkan açık aykırılıklar öncelikle insan hakları olmak üzere hukuksal bir sorun olarak öne çıkmaktadır. Bilim ve açısından ortaya çıkan sorunların giderilmesi Taraf Devlette yer alan kurumları da öncelik

yapmaktadır.Böyle bir yükümlölük ve sorumluluk ortaya çıkan hukuksal sorunlar için AİHM kadar başvurulacak yöntemler ve süreç adil yargılama açısından öncelikli bir görevdir. Bilim ve teknik açıdan kurumlar tarafından giderilmesi için bireysel başvurular dahil yöntemler savunuculuk açısından hukuk ve sosyal hizmet bilimini de öncelik yapmaktadır. Ayrıca 26.Mart.2018 tarihinden itibaren BMÇHS ile ilgili protokol konusunda söz konusu olan çekince ortadan kalkmıştır.Böylece çocukların ve grupların BM Çocuk Hakları Komitesine bireysel başvuruda bulunması kurumlar dahil birlikte değerlendirilmesi de içinde geçerlidir.Çocuklara hak edilmeyen uygulamalar yerine yeni bir sürecin başlanmasına da neden olabilmektedir.20.5..2019

Av.Türkay Asma (*)

SHU Nihat Tarımeri (**)

(*) Ankara Barosu Avukatı

(**)Zürih Gençlik Savcılığı (eski) Sosyal Hizmet Uzmanı

Not:Sosyal Hizmet Uzmanı S.Sedat Türkeri'nin katkıları için ayrıca teşekkür ederim.NT