

ÇOCUKLARIN YETİŞKİNLER GİBİ AĞIR CEZALARA MARUZ KALMALARI İÇİN TCK.31.MADDESİ VE “MAJNO ŞERHİ”

SHU Nihat Tarımeri

Giriş

1.Kısaca ,AB süreci bağlamında başta TCK dahil yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur.1889 tarihli İtalya (Zanardelli) Ceza Kanununun 1926 yılında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ uyarlanmış olması ve 1930 yılında İtalya daki gelişmelerin Türkiye’ye bazı bölümler açısından yansıtılmış olması nedeniyle 1950 lerden beri yeni düzenlemeyi gerektirmiştir. Yine 1926 yılında Genç Türkiye Cumhuriyeti bağlamında İsviçre Yurttaşlık Kanunu (ZGB) nun 743 sayılı Türk Kanunun Medenisine uyarlanması önemli bir dönüm olup 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununun açıklamalar ile birlikte 1909 tarihinde Osmanlı Döneminde Osmanlıcaya ve daha sonra Türkçeye yorumlar ile birlikte çevrilmiş kanun bu süreçte temel bir kaynak olarak öne çıkmaktadır.

2.Roma Hukuk sistemi ve Katolik Kilisesi hukukuna dayalı Klasik Hukukun 1930 larda Pozitif(Dünyevi) Hukuka ve Hümanist Hukuka 1930larda bir çok ülkelerde dönüşmüştür.Bu dönüşüme rağmen çocukların yetişkinlerce cezalandırılması (54.madde) ve sahip olunan bakış ile 2005 yılına kadar 765 sayılı TCK yürürlükte olmuştur..Bu süreçte ve 1940 yıllarda da ki gelişmeler bağlamında ²Prof.Faruk Erim,Prof.Dr.Fikret Arık,Prof.Dr.Nurullah Kunter gibi insan hakları öncüleri de söz konusudur. Adalet Bakanlığında çocuklara yönelik bir tasarıda söz konusudur. Türk Ceza Kanunun 1930 lu yıllarda güncelenmesi gibi bir durum zaman zaman gündeme de gelmiştir. Bu süreçte Prof.Dr.Sulhi Dönmezer ³ aynı zamanda önemli aktörlerden birisidir.

3.Özellikle 1985 yılında TCK’na yönelik TBB de oluşturulan Komisyon başkanlığı ile başlayan yeni süreçte 2001 yılında bir taslağın Adalet Bakanlığına sunulduğu görülmektedir.Yine bilindiği gibi Prof.Dr.S..Dönmezer başlıklı çalışma Adalet Bakanlığınca ele alındıktan sonra bu metin 12.5.2003 yılında ⁴TBMM sevk edilmiştir. 2004 yılında Prof.Dr. Dönmezer’in hayatını kaybetmesi nedeniyle Adalet Komisyonunda alt bir komisyon kurulmuştur.Öğrencilerinden Doç Dr.Adem Sözüer dahil diğer iki akademisyen ⁵ bu tasarıyı yeniden ele almıştır. TBMM de yer alan gelişmeleri de yansıtan bilgiler bağlamında Adalet Bakanlığında hazırlanan 502 maddeyi içeren metin 346 maddeye indirgenmiştir. “AB telaşıyla” hazırlanmış metinden bahsedilmektedir. Görüldüğü gibi çocuk ve gençler ile ilgili olarak “100-127 maddeler Sf.68-78) iptal edilerek bunun yerine TCK.31inci maddesine indirgenmiştir.26.9.2004 tarihinde TBMM kanunlaşmış 5273 sayılı TCK’nu da içeren metin ve gerekçelerin diğer metninde birlikte ele alınması önemli olup böyle bir nasıl reformdan bahsedilmiş olması, çocuklar ve bakış içinde ayrıca önemlidir.

1 <https://www.nadirkitap.com/ceza-kanunu-serhi-turk-ve-italyan-ceza-kanunlari-4-cilt-takim-majno-kitap21662060.html>

<http://kutuphane.izmirbarosu.org.tr/det/urunler/Ceza-Kanunu-serhi---Turk-ve-italyan-Ceza-Kanunlari-Cilt-II.html>

2 <https://www.cocukkorumaturkiye.com/prof-dr-faruk-erem-ve-1940lardaki-suclu-cocuklara-bakisla-yargi-reform-stratejisi-belgesi-icin-yuzlesmek/>

<https://www.cocukkorumaturkiye.com/cocuklarin-gelecegi-icin-1942-tarihli-tozlu-raflarda-kalan-bir-bilgi-daha-2/>

<https://www.cocukkorumaturkiye.com/resmi-veya-mesleki-vesayet-nedir/>

<https://www.cocukkorumaturkiye.com/1945-tarihli-cocuk-mahkemeleri-on-tasarisi-ile-hem-yuzlesme-hemde-mahcubiyet-icin/>

3 https://tr.wikipedia.org/wiki/Sulhi_D%C3%B6nmezer

<https://www.tchd.org.tr/service/donmezer-kosesi/>

http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tck_reformu2.pdf

4 <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>

5 <https://www.hurriyet.com.tr/tck-yi-bu-ulkeye-kimler-hazirladi-308339>

4.Özellikle 1889 tarihli bakışı da yansıtan 765⁶ sayılı TCK 'da çocuklar ile ilgili 54 üncü maddenin aynen 31. madde de devam edilmesi ; böyle bir reform ve beceri ile de mümkün olması bu gerçekler arasındadır.Bu bakış ile birlikte çocuk ağır ceza hahkemelerinin kurulması da neden olan ÇKK.11inci maddesi bağlamında medeni hukuka dayalı koruma ve ceza hukuk açısından böyle bir ilişkinin aranılmış olması bu becerilerdendir.Aslında 1889 yılında bile sahip olmayan bir çağın ötesindeki bu bakış, reform adınının lekelenendirilmesinin de örneği olabilmektedir.

1889 (Zanerdelli) İtalyan Ceza Kanunu ve "Majno Şerhi/Açıklaması"

5.Dolayısıyla 1858 yılından beri Fransız Ceza Kanunundan bazı uyarlamalarının da yer aldığı Osmanlı döneminde bir süreçte söz konusudur. Eski ceza kanunundaki kurallardan az da olsa yararlanıldığı da bahsedilmektedir. Böyle bir süreçte 1926 yılında bir kaç madde dışında aynı madde numaralarıyla uyarlanan 765 sayılı TCK ve Adalet Bakanı Zanerdelli tarafından İtalyan Parlamentosuna sunulduğu için aynı zamanda onun adı ile de anılan 1889 tarihli bu İtalyan Ceza Kanununun uygulayıcılar tarafından değerlendirilmesi ve anlaşılması amacıyla İtalyan Ceza Kanununun açıklamasına yönelik İtalyan Hukukçu Majno tarafından yayınlanan eser Adalet Bakanlığı tarafından⁷ 1927 yılında "Türk Ceza Kanunu Şerhi" olarak eski harflerle Osmanlıca yayınlanmıştır.

6.Türk Ceza Kanunun dayandığı ilkeleri, kaynak İtalyan yasasının hazırlanmasındaki geçici evreleri ve görüşleri yansıtmaları nedeniyle de bu eser 1977 yılında o günün Türkçesiyle Yargıtay tarafından "Ceza Kanunu Şerhi; Türk ve İtalyan Ceza Kanunları" başlığıyla dört cilt olarak yayınlanmıştır.⁸ Çocuklar ile ilgili 54.maddesi dahil bazı bölümler tarihi de not edilmiş olup yaşanan sorunlarının özünü ve /ya kaynağının bilinmesi amacıyla bu bilgiler dijitalleş ortamada yansıtılmıştır. Bu çalışma amacıyla ekte yer almaktadır.

7.Bu eserde; o dönemin Adalet Bakanı Esat Mahmut Bozkurt'un kaleme aldığı önsözde *"Memleketimizin ve tarzı idaremizin hususiyetine göre yapılması zaruri bazı tadiller istisna edilirse Türk Ceza Kanunu, ceza alimlerince medeniyetin en yüksek ceza asarından biri olduğunda ittifak olunan İtalyan Ceza Kanunu, aynen örnek ittihaz olunarak yazıldı."* şeklinde yer alan açıklamasıyla Türk Ceza Kanunun neden İtalyan ceza Kanunundan uyarlanmasının nedenine bir açıklık getirmiştir. Gene *"Türk Ceza Kanunun şerhleri aynen İtalyalı müeelif Manjo'nun dört ciltlik eserinden tercüme edilerek vücuda getirdi. Kanunumuzun mana ve mahiyetini aslından anlıyarak tetkik etmek, onun samimi ve hakiki bir suretle tatbikine imkan baş olacağından, bu suret tercih edildi"* şeklinde açıklamalarda bulunmuştur. Kanunun yayınlanmasından bir sene sonra çevirisi

6 <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c023/tbmm02023064ss0080.pdf>

7 https://www.kitantik.com/product/Ceza-Kanunu-Serhi-Turk-ve-Italyan-Ceza-Kanunlari-Cilt-3_Oz8kgltj653z8a11s3p
<https://www.peramezat.com/urun/ceza-kanunu-serhi---turk-ve-italyan-ceza-kanunlari-majno-2-ve-3-cild>

<https://www.nadirkitap.com/ceza-kanunu-serhi-turk-ve-italyan-ceza-kanunlari-4-cilt-takim-majno-kitap21662060.html>

<http://kutuphane.izmirbarosu.org.tr/det/urunler/Ceza-Kanunu-serhi---Turk-ve-italyan-Ceza-Kanunlari-Cilt-II.html>

8Not:Yayınlanmış eserden birisi Bilkent Üniversitesi Kütüphanesinde yer almakta olup bu çalışma Prof.Dr.Tekin Akıllıoğlu tarafından armağan edilmiştir.

yapılarak yayınlanan bu eserle de yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunun maddelerinin manasının ve içeriğinin anlaşılmasının nasıl da hedeflendiği görülmektedir.

8.İtalyan Hukukçu Luigi Majno (1952-1915) ⁹tarafından İtalyan Ceza Kanunu /CODICE PENALE PEL REGNO D'ITALIA" nun uygulanmasına yönelik açıklamaların yer aldığı eserin Türkçe yayınlanan birinci cildinde "Kabiliyeti İsnadiye ve bunu ortadan kaldıran yahut hafifleten sebepler" şeklinde "Dördüncü bap" olarak bir bölüm yer almaktadır.

İtalyan Ceza Kanunun 44-60 maddelerinin yer aldığı bu bölümde; Kanunu bilmemek (mad.44); Kast ve İhtiyar (mad 45); Akıl Maluliyeti (mad.46-47); Sarhoşluk (Mad 48); Kanunun hükmü ve selahiyyettar makamının emri, meşru müdafaa, zaruret hali (mad.49); Mazur olan hududu tecavüz hali (mad.50); Tahrik (mad.51); Şahısta hata (mad.52);Küçüklük hali (mad 53-56); Sağır-dilsiz (mad. 57-58); Cezayı tahfif eden sebepler (mad.59); Kabahatlerde üçüncü şahsın mes'uliyeti (mad. 60) ile ilgili açıklamalara yer verilmiştir.

9. Çeviri eserin 235-251 sayfalarında madde açıklamalarının da yer aldığı "**Küçüklük Hali**" ile ilgili maddeler ise aynen şu şekildedir.

"53. Fiili işlediği anda dokuz yaşını bitirmemiş olanlar hakkında takibat yapılmaz. Ancak fiil, kanunen müebbet veya muvakkat ağır hapis veya bir seneden aşağı olmamak üzere hapis cezasını müstelzim nevinden ise, müddeiumuminin talebi üzerine hukuk mahkemesi reisi, istirdadı kabil tedbirden olmak ve rüşt yaşını tecavüz etmemek şartıyla çocuğun, terbiye ve ıslah müesselerinden birisine konmasını veyahut-takayyüdde ihmal ile çocuğun herhangi bir cürüm işlemesine meydan verirlerse kendilerinden ikibin lirete kadar cezai nakdi alınacağı ihtariyle- hareketine nezaret etmek üzere ana babaya veya vasiye teslimini emreder.

54.Fiili işlediği anda dokuz yaşını bitirmiş olup da ondört yaşını doldurmamış olanların **temyiz ile hareket** ettikleri sabit olmazsa haklarında ceza tertip olunmaz. Ancak işlenen fiil, müebbet veya muvakkat ağır hapis veya bir seneden aşağı olmamak üzere adi hapis cezasını müstelzim bulunduğu takdirde, hakim bundan evvelki maddenin fıkrasında mezkur tedbirlerden birinin veya diğerinin tatbikini enredebilir.

Temyiz ile hareket eylediği sabit olursa işlenen suç hakkındaki ceza aşağıdaki kaideler uygun indirilir.

1-Müebbet ağır hapis yerine altı seneden onbeş seneye kadar ağır hapis.

2- Diğer cezalar kırkaltıcı maddenin üçüncü ve dördüncü bentlerinde yazılı usule tevkifan indirilerek tatbik olunur. Ceza, velev cezayı nakdi yerine ikame suretiyle olsun, şahsi hürriyeti tehdit eder neviden olduğu takdirde mahkumiyet zamanında onsekiz yaşını ikmal etmemiş bulunan mücrin, o cezayı bir ıslahhanede çeker. Hidematı ammeden mahrumiyet ve emniyeti umumiye idaresinin hususi nrzaretı altında bulundurulmak cezaları tatbik olunmaz.

55.Fiili işlediği vakit, ondört yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını bitirmemiş olanlar hakkında aşağıdaki kaidelere tevkifan ceza tayin olunur.

1- Müebbet ağır hapis cezası yerine oniki seneden yirmi seneye kadar ağır hapis.

2- Oniki seneyi geçen muvakkat cezalar, altıdan oniki seneye ve altı seneyi geçip oniki seneyi tecavüz etmezse üç seneden altı seneye ve sair hallerde ceza yarısına kadar indirilir.

3- Mali cezaların üçte biri tenzil olunur. Eğer mahkumiyet zamanında mücrim, onsekiz yaşını bitirmemiş ise hakim, şahıs hürriyeti tehdit eden cezanın bir ıslahhanede icrasını emredebilir. Hidematı ammeden memnuniyet ve emniyeti umumiye idaresinin hususi nezaretı tatbik edilmez.

9 https://it.wikipedia.org/wiki/Luigi_Majno

56.Fiili işlediği anda onsekiz yaşını bitirmiş olup da yirmibir yaşını bitirmemiş olanlar hakkında işlenen suç için muayyen ceza, müebbet ağır hapis ise yirmi beş seneden otuz seneye kadar ağır hapis cezası verilir ve sair hallerde suç için muayyen cezanın altında biri indirilir."

İtalya'da aydınlanma süreci bağlamında gelişen "Klasik Ceza Hukuku Okulu"nda veya kuramında oluşan yaklaşım ve felsefe sonucu 1889 yılında yapılan bu düzenlemede de görüleceği gibi ceza kanununda yer alan yaptırımların "Kabiliyeti İsnadiye/İsnad yeteneği" açısından azaltan veya kaldıran sebepler arasında yaş küçüklüğü de gösterilmiştir.

10.Ceza uygulamalarında XVIII. Yüzyıl'dan sonra etkili olan bu Klasik Ceza Hukuku Okulunun veya Kuramının önde gelen isimlerinden biri olan Beccaria' ya göre ise cezalandırma bir önleme yöntemi olarak öne çıkarılmıştır. Ceza yaptırımlarının hedefinin de suçluluğu önlemek olmalıdır. Kefaret/ ödetme ise yaptırımların temelini oluşturmalıdır. Dolayısıyla Hammurabi Kanunları'nın bir Tanrı sözü olarak kabul edildiği millattan önce ortaya konulan sana birisi bir şey yaptıysa seninde ona aynısını yapma hakkını veren "kısasa kısas" şeklindeki dinsel yaklaşımlara da yansıyan tarihsel bir felsefenin/yaklaşımın devamı niteliğinde ki bu kuramsallaşma çerçevesinde böyle bir uygulama da getirilmiştir. Bu felsefe ve yaklaşım sonucunda" discernimento, discernment /ayırt etme" adlandırmasıyla da dokuz yaş bir sorumluluk yaşı olarak belirlenmiştir.1909 yılında yapılan Osmanlıca ve daha sonra yapılan çeviride de görüleceği gibi dokuz yaşını bitirmemiş olanların ceza sorumluluğu olmadığı kabul edilmiştir. Dokuz yaşını bitirmiş olup da ondört yaşını doldurmamış olanlarda ise "iyiyi ve kötüyü ayırt etmeme" ile ilişkili "**temyiz ile hareket** edilmesi" bağlamında bir uygulamaya gidilmiştir. Bu yönde bir durumun varlığı belirlenmediği takdirde ise haklarında ceza verilmeyeceği öngörülmüştür. **Temyiz ile hareket** ettiği belirlendiğinde ise belirlenen cezalar verilebilecektir. Böylece dokuz yaşını bitirmiş tüm çocuklarda "iyilik ve kötülük ile hareket etme" şeklinde öncelikle kişilik ve ruhsal gelişimi de içeren "temyiz ile hareket" veya "temyiz kudretinin" varlığı bir davranış biçimi olarak kabul edilmiştir. Bu şekilde aynı zamanda fiziksel gelişime bağlı cinsel olgunluk durumu da yaş olarak yansıtılmıştır.

11.İtalyan Ceza Kanununu açıklamaya yönelik bu eserde her maddenin altında fıkra numaralarıyla ayrıca açıklamalara yer verilmiştir. 53 üncü madde ile ilgili 246 ıncı fıkrada yer alan (sayfa 236) açıklamalardan bazıları şu şekildedir.

"53 den 56 ıncı maddeye kadar maddeler, yaşın kabiliyeti isnadiyeye dair tesirlerine müeallik kaideleri muhtevidir. Kanun, evvela dokuz yaşına kadar gayri mes'ullüğü mutazammın bir devre tespit etmiştir. Ondan sonra dokuzdan ondört yaşına kadar bir devre gelirken ,mes'uliyet noktası,temyiz kudretinde aranılması şartıyledir.Müteakiben birisi ondörtten onsekize ve onsekizden yirmibire kadar olmak üzere iki devre tayin edilmiş ve bunlarda şahsın bedeni manevi derecesi inkişafına nazaran hakkında kanunun tayin eylediği bir tedrice-dereceli oluşma-göre muhtelif nispetlerde tahfif ile mes'uliyet kabul edilmiştir. Tam mes'uliyet, ancak yirmibir yaşını bitirenlerde aranır. Yirmibir yaşından yukarı olanlar hakkında kanun yaştan mütevellit hiç bir ayırmda bulunmaz."

Maddenin uygulamasına yönelik bu açıklamada görüleceği gibi bir davranış biçimi olan "temyiz ile hareket/temyiz kudreti" varlığının kabulü bağlamında da dokuz yaşın üzerindeki için bir sorumluluk noktasının belirlenmesi bir şart olarak öngörülmüştür.

Açıklamanın 251 inci fıkrasında (sayfa 239) ise "53 üncü maddenin son fıkrası çocuğun bir terbiye ve islah müessesine konmasını veya ebeveynine veyahut çocuğun terbiyesiyle mükellef sair kimseler teslimini ayrı ayrı kabul etmektedir. Bu tedbiri ittihaz selahiyeti, hukuk mahkemesi reisliğine verilmiştir. Medeni Kanunun 221,222 inci maddeleri mucibince aynı hakimin selahiyetine tevdi

olunan..." şeklinde açıklama devam etmektedir. Dolayısıyla dokuz yaşın altındaki çocukların bir kuruma veya başka bir yere yerleştirilmeleri ile ilgili yetkinin Medeni Kanun üzerinden yürütüldüğü ve bu yönde 1889 yılında bir ayırıma da gidildiği anlaşılmaktadır.

54 üncü madde ile ilgili 253 üncü fıkrada yer alan(sayfa 241, 242, 243) açıklamalar şu şekilde devam etmektedir."*Fiilin işlendiği zamanda, dokuz yaşını bitirmiş ve fakat ondört yaşını doldurmamış olanların temyiz ile hareket edip etmedikleri araştırılmak lazımdır. Binaenaleyh bu tatbikatın yapıldığını ihtiva etmeyen hüküm batıl olmak icap eder. Şahsın ve ruhi hareketlerinin hadisenin ve ona müteallik bütün ahvalin tamamen tetkikinden sonra küçüklerin fiildeki ahlaksızlığı ve hukuka mugayereti ve bilerek hareket ettikleri kanatı husule gelirse, temyiz mevcuriyeti ve binaenaleyh ceza mes'uliyeti bulunduğu anlaşılır. Bu hususta kat'i kıstaslardan bahs olunamaz. Herşey muhtelif hadislerin başlı başına arz ettikleri son derecede mütehavvil-değişken-unsurları, fiilin mahiyetini ve umumi kaideleri nazarı itibara alan manevi bir takdire bağlıdır. Temyiz mevcuriyeti hakkında şüphe bulunduğu takdirde onu maznunun lehine halletmek lazımdır.*53 ncü madde ile temyize müteallik meselelerinin mevzu bahis olduğunu müteakkip hükümler; maznunun temyiz ile hareket eylediğinin ANLAŞILMASINI şart etmektedir. Bu noktai nazardan ispat külfeti iddia makamına aittir. Kabiliyeti isnadiyenin esaslı bir şartı mevzu bahis olmak itibariyle bu gayet tabiidir.

12.Bir davranış biçimi olan "temyiz ile hareket/temyiz kudreti" varlığının kabulü bağlamında da fiilin işlendiği zamanda, dokuz yaşını bitirmiş ve fakat ondört yaşını doldurmamış olanların temyiz ile hareket edip etmediklerinin araştırılmasının gerekliliği bu açıklamada görülmektedir. Bunun yapılmaması durumunda ise verilen bir kararın geçersiz veya yok hükmünde olacağı da vurgulanmaktadır. Hakimin bu yönde işlem yapma gerekliliği de öne çıkarılmıştır. Dolayısıyla uygulamada hakimin hukuk tekniği açısından kullandığı takdir yetkisinde ise davranış düzeyinin belirlenmesi açısından başka bir teknik bilgiye dayalı kısıtlanama öngörülmüştür. Davranış düzeyinin belirlenmesiyle ilgili bu konuda yapılacak teknik içerikteki bir araştırmada da kişinin ve ruhsal hareketlerinin ve bunlarla ilgili bütün koşullarda incelenmelidir. Davranış sonucu oluşan fiildeki "ahlaksızlığı" ve hukuka uygun ve bilerek hareket ettikleri kanaati olduğu takdirde de "temyiz" varlığı ve de ceza sorumluluğunun var olduğunun anlaşılması gerekmektedir. Böylece "temyiz" belirlenmesi için bir yöntemde öngörülmektedir. Bu yönde bir şüphe olduğu takdirde ise çocuk lehine karar verilmesi gerekmektedir. Bununla da ilgili ispat yükümlülüğünün ise 1889 yılında bile savcılık tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir. (Aslında o günün koşulları ve de özellikle dinsel kurumsal yapı (Katolik Kilise) ile ilişkiler birlikte değerlendirildiğinde böyle bir yöntem ve hukuka yaklaşımın var olmasını ve de böyle bir uygulamanın yeni Türkiye toplumu için uygun görülmesini de ayrıca değerlendirmek gerekmektedir.)

13.Gene uygulama ile ilgili bu açıklamalar ise şu şekilde devam etmektedir: "254- Ondört yaşındaki küçüğün temyiz ile hareket ettiği anlaşılmazsa, cezaya tabii tutulamaz. Fakat burada da tahafuzi olmak üzere 53 ncü madde fıkrasının mülhem olduğu aynı sebepler dolayısıyla mevzu bahis maddede açıklanmış müddet ve şartlar dairelerinde bir müesseseye koyma veya ebevnine teslim hususu emrolunur. Dokuz yaşındaki çocuklar hakkında olduğu gibi temyiz kudretine sahip olmaksızın hareket edilmesi ve ondört yaşındaki çocuklar için müesseseye koyma veya ebeveynine teslim hususlarının kabul edilebilmesi için işlenen fiil; müebbet veya muvakkat ağır hapis ve bir seneden aşağı olmamak üzere adi hapis cezalarını müstelzim CÜRÜM nevinden olmalıdır. Fakat 54 üncü madde küçüklerin islahı veya nezerati hususunda karar alacak merci noktai nazarından 53

üncü madde fıkrasından ayrılmaktadır. 53 üncü madde için hukuk mahkemesi reisi selahiyetlidir. 54 üncü maddede bu selahiyet hakime verilmiştir. Kanunun bu tarzdaki beyanatiyle, kabiliyeti isnadiyeye karar veren münferit veya heyet halindeki hakimleri kastettiği aşıkardır. Temyiz hususunu bertaraf ettiğinden dolayı ademi mes'uliyeti tazammun eden kararda hakim, takdirine göre evvelki maddenin son fıkrasında gösterilen tedbirlerden birinin tatbikini EMREDEBİLİR...

255-Ondört yaşındaki çocuğun bir terbiye ve islah müessesesine konması hakkındaki tedbir,53 üncü maddede bahsedilen hususlar misilu kabili istirdattır. İstirdat hususu,1 Kanunuevvel 1889 tarihli iradenin 16 ıncı maddesine nazaran dairei kazası dahilinde, hukuk mahkemesi reisine aittir. Reis; tarafların müracaatı üzerine veya re'sen bu bapta karar alır.

256-Dokuz yaşındaki çocuklarla tecrübesiz hareket eden ondört yaşındaki küçükler, kendi hareketlerinin neticelerinden hukuken mes'ul müdürler? Bu sual; akıl maluliyetinden dolayı gayri mes'ul sayılanlar hakkında münakaşa ettiğimiz sualin aynıdır. Hukukun şimdiki haline göre temyizsiz hareket eden çocuklar hakkında menfi olarak cevap veriyoruz...

257-54 üncü madde, temyiz hususuna dair vaki olacak tahkikatı ondört yaşına kadar emretmektedir..."

14.Görüldüğü gibi 1889 İtalya'sında çocukların bir bölümüne yetişkinlerden farklı olarak "Klasik ceza hukuku okulu" veya kuramıyla oluşan yaklaşımlar çerçevesinde bir uygulama İtalyan Yasa Koyucuları tarafından benimsenip öngörülmüştür.

Ayrıca "Hiç kimsenin ceza kanununu bilmemeyi mazeret olarak dermeyen edemez" şeklindeki "Kabileyiti isnadiye ve bunu ortada kaldıran yahut hafifleten sebepler" kapsamında yer alan 44 üncü madde ile ilgili açıklamalar eserin 173 üncü fıkrasında (sayfa 157-158) yer almaktadır. Bu yasadan uyarlanan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 44 üncü maddesinde aynı bölümde ve "Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" şekilde yer alan bu konu ile ilgili bazı açıklamalarda şu şekildedir."...Kanunun takip ettiği nazariye göre, failin hürriyeti ve akli, suçların subjektif yani enfüsi unsurunun şartladır. Vr kanunun mülhem olduğu meslekte failin aklına veya hürriyetine tesir etmek suretiyle kabiliyeti isnadiyeyi bertaraf eyleyecek veya tehdit edecek sebepler kabul edilmektedir.Akıl üzerine tesir eden sebepler meyanında müelliflerin TABİİ VEYA FİZYOLOJİ-canlılarda doku ve organların görevlerini inceleyen bilim dalı-MANEVİ VE İDEOLOJİ-Toplumla ilgili düşünce ve konular- diye tarif ve tavsif ettiği sebepler vardır.Tabii veya fizyoloji sebepler;mesela failin havasının noksan neşvüneması-gelişme,yetişme- veya tağyiri gibi manevi ve ideoloji sebepler ise cehil hatadan ibaret olup onlarda hukuki(di dritto-yani kanunu bilmemek) veya fiili(di fatto-bir şeyi yanlış bilmek) olabilir.44 üncü madde HUKUKİ CEHLİ (ignoranza di dritto) tetkik ile iktifa eylemekte ve Ceza Kanununu BİLMEMENİN mazeret olarak dermeyen edilemeyeceğini beyan etmektedir....."

15.Dolayısıyla; çocuk dahil kişilerin "iyiyi ve kötüyü ayırt etmeleri ile bağlantılı " kabiliyeti isnadiye-isnat yeteneği" bağlamında oluşturulan bu bölümde yer alan ruh sağlığıyla ilgili "akıl maluliyeti-eksikliği"; fizyolojik eksiklikle ilgili "sağır-dilsiz" veya sarhoşluk dahil diğer hususlarla birlikte yer alan "küçüklük" halinin de "Hiç kimsenin ceza kanununu bilmemeyi mazeret olarak dermeyen edemez" şeklindeki düzenlemenin 1926 tarihli 765 sayılı Türk Ceza kanunun 44 üncü maddesine "Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" şeklinde daha geniş bir anlam içerecek şekilde yansıdığı da görülmektedir. Uygulamanın çocuklarda dahil bu geniş yorum ve yaklaşım üzerinden belirlendiği öngörülebilir. Açıklamalar da yer alan bilgilerde ayrıca TCK'nundaki şekilde bir

önerinin de var olduğu görülmektedir. Ancak yapılan tartışmalar sonunda Türkiye'de 2005 yılına kadar benimsenen uygulamanın tartışmalar sonunda benimsenmediği de ayrıca görülmektedir.¹⁰

SONUÇ : Türkiye de çocukların korunması ve gençlerin yargılanmasına yönelik ayrı bir yasal düzenlemenin olmaması görüldüğü gibi bir uygarlık ve insanlık noktasıdır. Kaynak kanun açısından 1930 larda terk edilmesi ve geliştirilmesine rağmen 1889 tarihli cezalandırmaya odaklı bakışın aynen devamı olan TCK .31 maddesi 1926 yılından beri var olan bu geçmişin bilinmesi gerekmektedir.1940 larda ki Türk hukuk dünyasına sahip olan bakış ve tasarı örneğinin yanı sıra Avrupa Konseyinin bu yöndeki kararlar ve gelişmeleri içeren bilgiler ele alındığında da hem hukuk hem adalet hemde uygarlık için oldukça uzak olduğumuzda görülmektedir.

2021 yılın da çocuklar için çağın ötesindeki uygulamanın halen uygun görülmesi nedeniyle 12 yaşında genel mahkemelerce tutuklandığı ,çocuk ve gençlerinin yarısının genel mahkemelerce yargılandığı böyle uygulamaya “reform” demek kısaca insan haklarının engellenmesine de yardımcı olabilmektedir.

Bunun için önce TCK.31 maddesi iptal edilmelidir.Bu ayıptan kurtulmamızda öncelik olmalı.

Ayrı bir ceza düzenlemesi de gerekmektedir. 1940 larda sahip olduğumuz tarihli bakış çözümler arasındadır. Bunun için körleşmemekte gerekmektedir.

TCK.31inci maddesi ortadan kaldırılmadan devam etmek aynı zamanda çocukların,gençlerin ve de toplumunda kandırılmasına yöneliktir.

Aynı zamanda eksik olan resmi vesayet kurumu gibi bir yapının ve sosyal korumanın birlikte ele alınmasını gerekmekte olup çözümlerde gayet açık ve bellidir.

Yeter ki hukuka ,sözleşmelere ve insanlığa saygı duyalım.İnsanlığı koruyalım ve geliştirelim.
21.7.2021

SHU Nihat Tarımeri ¹¹

10 NOT:1.ÇOCUK KORUMA(MA) KANUNU başlıklı çalışmanın birlikte ele alınması öneriler.
<https://www.cocukkorumatürkiye.com/cocuk-korumama-kanunu-3/>

2.Prof..Dr.Tekin Akılhoğlu'na katkılar içinde içten teşekkürlerimi sunarım

11 Zürih Gençlik Savcılığı (eski) Sosyal Hizmet Uzmanı