

ÇOCUK HAK İHLALLERİNDE

CEZASIZLIK RAPORU



ÇOCUK HAK İHLALLERİNDE CEZASIZLIK RAPORU

“Ayrıca beni bağladıkları kelepçe de üzerimdeydi”

Hazırlayanlar

Av. Şahin ANTAKYALIOĞLU

Av. Dilek KUMCU

Av. Sezgi KORKMAZ



MAYIS 2015



Çocuk Hak İhlallerinde Cezasızlık Raporu

Gündem Çocuk Derneği
Mayıs, 2015

Hazırlayanlar: Av. Şahin Antakyalıoğlu, Av. Dilek Kumcu, Av. Sezgi Korkmaz

Grafik Tasarım: Ceket Medya

Gündem Çocuk Derneği Çocuk Hakları Merkezi
Büklüm Sok. 44/4 Kavaklıdere/Ankara

www.gundemcocuk.org

Bu çalışma, İsveç Başkonsolosluğu desteğiyle yürütülen Türkiye'de Çocuğa Yönelik Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasında Sivil Toplumun Güçlendirilmesi projesi kapsamında hazırlanmıştır.



İÇİNDEKİLER

Başlarken...	7
Giriş	9
Yöntem	10

I. BÖLÜM

*AİHM Standartlarında Yaşam Hakkı, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı ile
Özel ve Aile Hayatına Saygı, Etkili Başvuru Hakkı*

AİHM Kapsamında Yaşam Hakkı	13
AİHM Kapsamında İşkence ve Kötü Muamele Yasağı ile Özel ve Aile Hayatına Saygı	19
AİHM Kapsamında Etkili Başvuru Hakkı	24

II. BÖLÜM

Dava Analizleri

Dosya 1	25
<i>Teknik Özet</i>	25
<i>Soruşturma Aşaması:</i>	25
<i>Kovuşturma aşaması:</i>	27
<i>Değerlendirme</i>	28
Dosya 2	30
<i>Teknik Özet</i>	30
<i>Soruşturma aşaması:</i>	30
<i>Kovuşturma aşaması:</i>	34
<i>Değerlendirme</i>	36
Dosya 3	38
<i>Teknik Özet</i>	38
<i>Soruşturma aşaması:</i>	38
<i>Kovuşturma aşaması :</i>	42
<i>Değerlendirme</i>	44
Dosya 4	46
<i>Teknik Özet</i>	46
<i>Soruşturma aşaması :</i>	46
<i>Kovuşturma aşaması :</i>	49
<i>Değerlendirme</i>	50

Dosya 5	52
<i>Teknik Özet</i>	52
<i>Soruşturma aşaması :</i>	52
<i>Kovuşturma aşaması :</i>	53
<i>Değerlendirme</i>	55
Dosya 6	57
<i>Teknik Özet</i>	57
<i>Soruşturma aşaması :</i>	57
<i>Kovuşturma aşaması :</i>	58
<i>Değerlendirme</i>	60
Dosya 7	62
<i>Teknik Özet</i>	62
<i>Soruşturma aşaması :</i>	62
<i>Kovuşturma aşaması :</i>	63
<i>Değerlendirme</i>	65
Dosya 8	66
<i>Teknik Özet</i>	66
<i>Kovuşturma aşaması :</i>	68
<i>Değerlendirme</i>	70
Dosya 9	72
<i>Teknik Özet</i>	72
<i>Soruşturma aşaması :</i>	72
<i>Kovuşturma aşaması :</i>	73
<i>Değerlendirme</i>	74
Dosya 10	76
<i>Teknik Özet</i>	76
<i>Soruşturma aşaması :</i>	80
<i>Değerlendirme</i>	82
Dava 11	82
<i>Teknik özet</i>	82
<i>Soruşturma aşaması :</i>	82
<i>Kovuşturma aşaması :</i>	83
<i>Değerlendirme</i>	84
Dosya 12	85
<i>Teknik Özet</i>	85
<i>Soruşturma aşaması :</i>	85
<i>Değerlendirme</i>	88

Dosya 13	90
<i>Teknik Özet</i>	90
<i>Soruşturma aşaması :</i>	90
<i>Değerlendirme</i>	92
Dosya 14	93
<i>Teknik Özet</i>	93
<i>Soruşturma aşaması :</i>	93
<i>Kovuşturma aşaması :</i>	95
<i>Değerlendirme</i>	97
Dosya 15	99
<i>Teknik Özet</i>	99
<i>Soruşturma aşaması :</i>	99
<i>Değerlendirme</i>	101
Dosya 16	102
<i>Teknik Özet</i>	102
<i>Soruşturma aşaması :</i>	102
<i>Değerlendirme</i>	105
Dosya 17	107
<i>Teknik Özet</i>	107
<i>Soruşturma aşaması :</i>	107
<i>Kovuşturma aşaması :</i>	109
<i>Değerlendirme</i>	114
Dosya 18	115
<i>Teknik Özet</i>	115
<i>Soruşturma aşaması :</i>	115
<i>Kovuşturma aşaması :</i>	118
<i>Değerlendirme</i>	120

II. BÖLÜM

Sonuç Yerine

Sonuç Yerine

123

BAŞLARKEN...

Türkiye’de genel olarak işkence, faili meçhul cinayetler, zorla kaybedilme, askeri darbeler sırasında göz altında öldürülme, yargısız infaz gibi ağır insan hakları konusunda görünür kılınmış bir cezasızlık kültürü vardır.

Bu tür cezasızlıklarla ilgili olarak özellikle insan hakları örgütleri uzunca süredir mücadeleye çalışmakta, bu alanda raporlar hazırlamakta ve mağdurların adalete erişimleri konusunda çalışmakta çaba göstermektedir. Ancak Türkiye’de cezasızlık hala devam etmektedir.

Çocuk hakları alanında baktığımızda, ne yazık ki bu hali hazırda yerleşik olan cezasızlık kültüründen muaf olmadığı görülmektedir. Özellikle yargısız infazlar, faili meçhul çocuk cinayetleri, çocuğa yönelik kötü muamele ve yaşam hakkı ihlallerinde ilişkin vakalarda yaşanan cezasızlık açık bir şekilde görülmektedir.

Bu tür ağır ihlallerin dışında da Türkiye’de çocukların yaşadıkları pek çok hak ihlali alanında cezasızlık yoğun olarak yaşanmakta ancak bu sivil toplum örgütleri tarafından çok fazla vurgulanmamakta ve bu konu bir çalışma alanı olarak ele alınmamaktadır.

Cezasızlık bir kısır döngüdür. İhlallerin ortadan kaldırılmasını engelleyen kalın, güçlü bir duvardır. Ne yazık ki Türkiye’de bunu sona erdirecek siyasi irade ve çocukla ilgili hak temelli algı yoktur.

Elinizdeki rapor; Gündem Çocuk Derneği’nin İsveç Başkonsolosluğu desteğiyle yürüttüğü Türkiye’de Çocuğa Yönelik Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasında Sivil Toplumun Güçlendirilmesi projesi kapsamında hazırlanmıştır. Rapor; çocukların yaşadıkları hak ihlallerinin cezasız kalmasında yargının rolünü ve algısını görünür kılmak ve öneriler geliştirmek amacını taşımaktadır.

Çocuklar için daha iyi bir dünya çabasına katkıda bulunması amacıyla, iyi okumalar...

GİRİŞ

Çocukların kanunla ihtilafa düşmeleri halinde ceza hukuku kapsamına girmeleri kamuoyunun dikkatini hep çekmiştir. Gerek toplumsal olaylarda yer alan çocuklar, gerek içinde bulunduğu yoksulluk sebebiyle karnını doyurmak için “hırsızlık yapan çocuklar” olarak bilinir, izlenir. Kimi zaman anne-babaya sorumluluğun yüklenmesi; kimi zaman çocuğun “çocukluğuna” verilmesi ile yorumlanıp; birebir temas etmediğiniz çocuklarsa, “haberlerin unutulmasıyla” hayatınızdan çıkmaktadır. Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) bu çocukları “suça sürüklenen çocuk” olarak tanımlamış ve korunma ihtiyacı içinde olan çocuklardan ayırmıştır. Bu ikili ayırım, kanunla ihtilafa düşen çocukların, “suça sürüklenen çocuk” olarak nitelendirmesi ve bu durumdaki çocukların, korunma ihtiyacı içinde olmayacağı anlamına gelmeyeceği şeklindeki görüşlerle eleştirilmektedir.

ÇKK, bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru olan çocukları korunma ihtiyacı olan çocuklar olarak tanımlamıştır. Ceza hukukunda mağdur dendiğinde, kanunda tanımlanan eylem ile korunan hukuki menfaatin sahibi kişi veya kişiler anlaşılmaktadır. Çocuklar da yetişkinlerin maruz kaldığı suç niteliği taşıyan fiillere maruz kalmakta; bu fiillerden zarar görmektedir. Çocukların mağdur olduğu vakalarda hak sahibi olan çocuklardır. Çocukların bu mağduriyeti, kimi zaman devletin negatif yükümlülüğünü, kimi zaman pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesi sonucunda oluşmaktadır. Bir başka deyişle devlet, çocukları öldürmemek yükümlülüğünü ihlal ederse veya çocuğun ölmesini engelleyecek tedbirleri almadığı için çocuk yaşamını kaybederse, sorumlu devlettir.

Devlete yüklenen üçüncü yükümlülük ise usul yükümlülüğüdür. Suçun etkili soruşturulması, failin bulunması, cezalandırılması olarak özetlenebilecek bu yükümlülük, çocuklar adına, çocuklar yerine verilen kararlar, yapılan tercihler; soruşturmanın ve kovuşturmanın yapılmaması, eksik ya da hatalı yapılması; sembolik para cezaları, gereksiz indirim nedenlerinin uygulanması; yetişkinlere aynı suç konusu fiil yapıldığında mağdur olması ancak çocuklar söz konusu olduğunda, istisnai düzenlemeler getirilmesi gibi birçok sorun alanı sebebiyle çocukların yer aldığı dosyalar bakımından cezasızlığa neden olmaktadır.

Bu çalışma, çocukların suçtan mağdur oldukları yargılama süreçlerindeki cezasızlığı görünür kılmayı hedeflemektedir. Cezasızlıkla mücadele cezasızlığın görünür kılmasıyla söz konusu olabilir diye düşünerek, çalışmanın cezasızlıkla mücadele eden herkesin çabalarına katkı sunması amaçlanmıştır.

YÖNTEM

Çalışma kapsamında onsekiz dosya incelenmiştir. İncelenen dosyalar bakımından dava konuları belirlenmiştir. Bu bağlamda ortaya çıkan hak ihlalleri gruplandırılmıştır. İncelenen dosyalarda dava konuları yaşam hakkı, işkence yasağı, özel ve aile hayatına saygı duyulması şeklinde olmuştur. Bu sebeple çalışmanın birinci bölümünde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında ilgili haklara bakış açısı ve belirlediği kriterler aktarılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümü ise dosya incelemelerinden oluşmaktadır. Dosya incelemeleri kendi arasında teknik özet ve değerlendirme olarak iki bölümde ele alınmıştır. Dosyalar, iç hukukta yaşanan süreci aktaran teknik özet ile başlamaktadır. Bu kısımda hedeflenen, yaşanan vakanın yerel adli birimlerce devamında yüksek yargıda nasıl ele alındığının anlaşılmasıdır. Çocuklara özgü cezasızlık görünür kılınmak istendiği için bu bölümde teknik hukuki terimlere ve ibarelere sıkça yer verilmiştir. Yazım yanlışlıkları veya cümle bozuklukları veya kopyala yapıştır hataları aynen bırakılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında belirlenen ilke ve standartlarla karşılaştırmanın yapıldığı analiz bölümü dosya incelemelerinin ikinci bölümünü oluşturmaktadır.

Çalışmanın üçüncü bölümü ise AİHM perspektifinden değerlendirilen dosyalardaki bulguların derlendiği, çocuğa özgü cezasızlık hallerinin özel olarak bir araya getirildiği bölüm olarak şekillenmiştir.

Dosyaların belirlenmesinde Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 2004 yılından sonrası esas alınmıştır. İncelemeye konu edilen hak ihlalleri AİHS'nin yaşam hakkı, işkence yasağı, özel ve aile hayatına saygı, etkili başvuru hakkı konularındaki AİHM'nin bahsi geçen maddelere dair 2012 yılına kadar vermiş olduğu ana kararları esas alınarak değerlendirilmiştir. Bu kararlar, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına dair Sözleşme ile bir bütün olarak ele alınmıştır. Değerlendirmenin bu şekilde planlanması da yine AİHM tarafından verilen bir karara dayanmaktadır. AİHM, Loizidou - Türkiye

davasında, “Sözleşme’nin bir insan hakları antlaşması olmasından kaynaklanan özel karakterinin bilhassa farkında olan AİHM, kendi yargı çevresine ilişkin uyumsuzlukları karara bağlarken uluslararası hukukun ilgili kurallarını da dikkate almak durumunda-
dır...” yorumunu yapmıştır. AİHM, Çocuklara dair davalarda Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin hükümlerini ve ilkelerini esas almıştır. Çocuğun üstün yararının gözetilmesi gerekliliği AİHM’nin en sık atıf yaptığı BMÇHS ilkesidir. Ancak ihlal edilen hak alanlarına dair oldukça geniş uluslararası standartlar ve literatür bulunmaktadır. Bu çalışmanın kapsamı nedeniyle ele alınan hak ihlalleri BMÇHS ve AİHM kararları ile sınırlı tutulmuş, bunlar dışındaki ilke ve standartlara değinmek mümkün olmamıştır.

İncelenen dosyalar tamamen gizlenmiş; il, kurum, çocuk veya karşı taraf bilgileri gölgelenmiştir. Bazı dosyalar bakımından gizlilik kararı devam etmektedir. Bu dosyalar ile ilgili değerlendirmeler, basında çıkan haberler, avukatlar ile görüşmeler ile şimdiye kadarki durumla sınırlı tutularak, AİHM ilkeleri ve perspektifi ile nasıl değerlendirileceği konusunda fikir yürütülmesinden ibaret kalmıştır. Bir başka deyişle, devam eden dosyalardaki gizlilik kararını ihlal edecek veya dava konusuna dair değerlendirme yapacak bir tutumdan kaçınılmıştır. Yapılan değerlendirme, hali hazırda kamuoyunun bilgisine sunulmuş olan bilgi, belge ve görüşler çerçevesinde AİHM ilkeleriyle dosyalara bakılmasıdır. Kesinleşen dosyalar ise, AİHM içtihatı doğrultusunda cezasızlık bakımından değerlendirilmiştir.

I. BÖLÜM

AIHM Standartlarında Yaşam Hakkı, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı ile Özel ve Aile Hayatına Saygı, Etkili Başvuru Hakkı

Çocuklar 18 yaşını doldurmamış bireylerdir. İncelenen dosyalar bakımından çocukların yaşının yargılama süreçlerinde etkili olduğu tespit edilmiştir. Bu sebeple çocuğun iç hukuktaki tanımlamasını bir ön mesele olarak ele almak zorunlu olmuştur.

1982 Anayasası çocuğun tanımını açıkça yapmamaktadır. Alt hukuk normları da, çocuğun tanımını birbiriyle çelişir şekilde yapmıştır. Türk Ceza Kanunu (TCK) , Türk Medeni Kanunu (TMK) ve Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) ise bu konuda farklı düzenlemeler içermektedir.

TMK'nın çocukluğun bitişini, 18 yaşın doldurulması, erginliğin başlamasıyla düzenlemiştir. Erginliğin istisnaları ise (1) Onbeş yaşını dolduran küçüğün, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınması, (2) Onyediy yaşını dolduranların ana ve baba veya vasinin onayı ile evlenmesi, (3) Onaltı yaşını dolduranların hakim kararı ile olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple evlenmesine izin verilmesi olarak belirlenmiştir. Bu üç durumda 18 yaşını doldurmamış bireyler “çocuk” tanımlamasının dışına çıkmaktadır. Dolayısıyla, TMK genel ilke olarak 18 yaş altını çocuk olarak kabul ediyormuş gibi görünse de; Kanunun diğer düzenlemeleri ile birlikte sistematik yorum yapıldığında çocuk tanımını 15'e kadar indirmektedir.

TCK ise, çocuklara ilişkin tanımlar bölümünde ceza kanunlarının uygulanmasında, “çocuk” deyiminden; “henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi”nin anlaşılacağı düzenlemiştir. Ancak TCK'nın genel hükümler başlıklı birinci kitabında ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler arasında “Yaş küçüklüğü” yer almaktadır. Bu düzenleme çocukları (1) oniki yaşını doldurmamış, (2) oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış, (3) onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olmak üzere üçe ayırmaktadır. Ayrıca oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış çocuklar bakımından, fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmesi olmak üzere iki kriter, çocukların cezai ehliyetinin değerlendirilmesinde etkili olmaktadır.

ÇKK ise daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi “çocuk” olarak tanımlamıştır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına dair Sözleşme, taraf devletlere “daha erken yaşta reşit olma durumu”nu düzenleme hakkı tanıyarak, onsekiz yaşına kadar her insanın çocuk sayılacağı hükmünü getirmiştir.

Çocuğun tanımına dair dağınık halde bulunan bu üç temel kanundaki düzenlemelerden *Lex specialis derogat legi generali* (özel kanun genel kanunları ilga eder) ilkesi uyarınca ÇKK'nın uygulanması gerekir. Ayrıca düzenleniş zamanı bakımından da ÇKK en yeni kanundur. Bu sebeple *lex posterior derogat legi priori* (sonraki kanun önceki kanunları ilga eder) ilkesi uyarınca da ÇKK esas alınmalıdır. Çocukların taraf olduğu herhangi bir adli veya idari eylem ve işlemde 18 yaşını doldurmamış olan bireylerin çocuk olarak kabul edilmesi, esenliklerinin sağlanması bakımından önemlidir. Çocuklara uygulanacak hükümlerin, koruyucu ve destekleyici alanlarda 18 yaşından aşağıdaki çocuklar için her durumda düzenlenmemesi ve uygulanmaması, hak ihlallerinin ve cezasızlığın önüne geçecek birincil etmendir.

Türkiye, çocuk haklarının tanınması, korunması ve hayata geçirilmesi alanlarında, birçok uluslararası veya bölgesel insan hakları belgesine taraftır. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, dünya ülkeleri arasında en çok imzaya sahip olan sözleşme olma özelliğinin yanı sıra, çocuklara tanıdığı hak kataloğu bakımından da en geniş olan sözleşmedir. Türkiye BMÇHS'nin üç maddesine çekince koymuştur. Çekince konulmamış olan maddeler bakımından Türkiye'nin doğrudan uygulanabilir hükümleri uygulama, doğrudan uygulanamayan hükümleri iç hukukta düzenlemek suretiyle uygulanır hale getirme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Türkiye'nin çocuk haklarının gerçekleşmesine dair uygulamakla yükümlü olduğu bir diğer uluslararası enstrüman da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve AİHS'nin uygulanması ile hak ihlallerini tespit eden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarıdır. AİHM kararları 60 yıllık tarihe sahip sözleşmenin güncellenmesi; değişen ihtiyaçlara yanıt vermesi; taraf devletlerdeki sistematik hak ihlallerinin yanı sıra; değişen koşullardan kaynaklanan devletin sorumluluğunun yorumlanması bakımından önemlidir.

AİHM Kapsamında Yaşam Hakkı

Yaşam hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin düzenlediği ilk haktır. Maddenin formülasyonu uyarınca yaşam hakkı herkes içindir. Vatandaş olup olmama ayrımı gözetilmemiştir.

BMÇHS'nin 6. maddesiyle de taraf devletler, her çocuğun temel yaşama hakkına sahip olduğunu kabul etmişler; çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabayı gösterme yükümlülüğünü üstlenmişlerdir. AİHS'e ve BMÇHS'ye taraf olan Türkiye bakımından, egemenlik alanında bulunan herkesin yaşamı, devletin

sorumluluğundadır. AİHM, yaşam hakkının devredilemez bir öz nitelikte ve insan hakları hiyerarşisinde üstün bir değer olduğunu; demokratik toplumların temel değerlerinden birini içerdiğini belirtmiştir.

AİHM, “yaşam hakkının ihlali” değerlendirmesini, (1) yaşam hakkını düzenleyen 2. maddenin somut olayda uygulanabilir olması, (2) devletin yaşam hakkına müdahalede bulunduğu kanıtlanmış olması, (3) devletin yükümlülüklerinden birine aykırı davranmış olması gerekliliklerini gözeterek yapmaktadır. Mahkemenin yaşam hakkının ihlali değerlendirmesi bu üç durumdan birine girmesi halinde mümkündür.

Yaşam hakkını kullanmakta olan bir bireyin, yaşam hakkına kamu makamlarının eylem veya ihmal şeklinde bir müdahalesi olması sonucunda, doğal olmayan bir ölüm meydana gelirse, AİHS’in yaşam hakkı maddesi ihlal edilmiş sayılmaktadır. Bir başka deyişle, AİHM’in yaşam hakkı maddesini uygulayabilmesi için öncelikle sağ doğmak, ikinci olarak yaşam hakkına kamu makamlarının eylem veya ihmal şeklinde bir müdahalesi olması gerekmektedir. Bu müdahale, silah kullanma gibi eylem sonucu olabilir veya gerekli hukuki ya da operasyonel tedbirleri almaması sonucu meydana gelen ölüm şeklinde olabilir. Her hâlükârda, kamu makamları, kendi denetimleri altındaki kişileri korumakla yükümlüdürler. Üçüncü olarak AİHM, doğal olmayan ölümden sonra devletin etkili ve yeterli soruşturma yapıp yapılmadığına bakmaktadır. Doğal olmayan ölümden sonra devletin etkili ve yeterli soruşturma yapmamak suretiyle hareketsiz kalmış olması da yaşam hakkı maddesinin ihlali anlamına gelmektedir.

AİHM, yaşam hakkının ihlalinin incelerken de serbest kanıt ilkesini kullanmaktadır. Bir başka deyişle, AİHM delillerle ilgili net ve sınırlayıcı bir tanımlama yapmamış olup; somut olaylarda maddi gerçeği ve hak ihlallerini belirlemeye yarayan delilleri kabul etmektedir. Ancak başvuru tarafından gösterilen tek delilin tanık olması durumunda Mahkeme, “tek tanık beyanı yetmez” görüşündedir.

Devletin, bireylerin yaşam hakkına dair en temel yükümlülüğü, öldürmemektir. Devlet, bireyi bilerek ve isteyerek öldürmemek zorundadır. Bu yükümlülük, kişinin yaşam hakkının esasına dairedir. Niteliği itibarıyla negatif yükümlülüktür.

Devlet görevlileri tarafından uygulanan şiddet nedeniyle birey yaşamını kaybettiyse, ölümün hukuka uygunluğunu kanıtlama yükümlülüğünün devlete ait olduğunu belirtmek gerekir. Hukuka uygunluğu kanıtlama ise, öldürme ile neticelenen olayda, amacın meşru olup olmaması değerlendirilmesi ile mümkün olmaktadır. Amanın meşru olmaması durumunda, kasıt unsurunun kanıtlanması zorunludur. Ancak amaç meşru olsa dahi, güç kullanımının kesinlikle zorunlu olmadığı; yani amaçla orantısız güç kullanımının kanıtlanması, yaşam hakkının ihlali bakımından yeterlidir.

Devlet görevlileri tarafından uygulanan şiddet neticesinde bir çocuk yaşamını kaybediyorsa, bu ölümden, AİHS bağlamında da devlet sorumludur. Bu gibi durumlarda devlet mutlaka gerekli ve orantılı güç kullanıldığını kanıtlamalıdır.

Devletin sorumluluğu, sadece çocuğun yaşamını kaybetmesine neden olan güç kullanan devlet görevlileri ile sınırlı değildir. Sorumluluk bütüncüdür: Güç kullanılan eylemlerin planlanması ve kontrolü gibi tüm aşamaları kapsamaktadır.

AİHS 2. Maddesinin 2. Fıkrası ile a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması durumlarının gerçekleşmesi halinde dahi öldürmeyi değil etkisiz hale getirmeyi kabul etmektedir. Bir başka deyimle bu durumlar dar yoruma tabidir. Somutlaştırmak gerekirse, yakalama amacıyla öldürmeyi AİHM şu şekilde yorumlamıştır: yakalanacak kişinin yaşam veya beden bütünlüğüne karşı bir tehdit oluşturmadığı biliniyor ve şiddet suçu işlediğinden şüphelenilmiyorsa, kaçağa karşı öldürücü güç kullanılmaması, kendisine yakalama fırsatını kaybettirecek olsa dahi, mahkeme, kural olarak öldürücü güç kullanılmasına gerek bulunmadığını söylemektedir.

AİHS'nin ayaklanma ve isyanı bastırma amacıyla öldürme hakkındaki hükümlerine gelince, ayaklanma veya isyanı bastırmak için güç kullanılması, 2. madde uyarınca sınırlı bazı durumlarda öngörülmüştür. Barışçıl olmayan gösterileri dağıtmak için göstericilere doğrudan ateş edilmesi, veya polislerin ölümcül güç kullanırken büyük bir baskı altında olmaları maddenin öngördüğü sınırlı durumlardan değildir. Kolluk kuvvetleri diğer kamu görevlilerinden yaşam hakkı bağlamında farklı niteliktedirler. Yaşam hakkının korunmasında hayati bir rol oynamaktadırlar. Barışçıl olmayan bir gösteri olduğunda dahi, kolluk kuvvetlerinden beklenen, duruma bütüncül bakabilmeleri, farklı faktörleri değerlendirebilmeleri ve operasyonu dikkatlice düzenleyebilecek durumda olmalıdırlar. Hükümetlerin kolluk güçlerine, insan hakları ve güvenliğe ilişkin uluslararası standartlara uygun, etkili bir eğitim vermekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir. Bütüncül olarak değerlendirme ise, mevzuatın kamu görevlileri bakımından yeterli açıklıkta olmasından; keyfi davranmaya izin verip vermediğine kadar bakılması; mevzuatın dışında ise kamu görevlileri tarafından bir müdahale varsa, bu müdahalenin planlanması ve denetimine kadar tüm sürece bakılması anlamına gelmektedir.

Devletin ikinci yükümlülüğü de yaşamı korumadır. Devletin bu yükümlülüğü, esasa dair pozitif bir yükümlülüktür. AİHS'nin 2. maddesi aynı zamanda egemenlik alanı içinde bulunan kişilerin yaşamını korumak için gerekli tedbirleri almayı da emreder. Devletin pozitif yükümlülüğü, gereken hukuki düzenlemeleri yapmayı; uygulamayı temin etmeyi; uygulanmasının izlenmesini ve gerektiğinde pratik tedbirler almayı kapsamaktadır.

Soruşturma yükümlülüğü, devletin usul yükümlülüklerindedir. Niteliği itibarıyla pozitif niteliktedir. Usul yükümlülüğü, ölüme sebep olandan bağımsız bir yükümlülüktür. Ölüme neden olan, devlet görevlileri olsa da, üçüncü kişiler olsa da, geçerlidir. Bu yükümlülük kişinin intihar etmesi durumunda dahi ortadan kalkmamaktadır. Doğal olmayan ölümlerin tamamı için usul yükümlülüğü geçerlidir.

Bu çalışmanın inceleme konusu olan cezasızlık meselesi ise esas olarak bu usul yükümlülüğünde kendini gösterir. Soruşturmanın amacı, ölümden sorumlu olanları belirlemek ve cezalandırmaktır. AİHM, bu hususu şu şekilde açıklamıştır: böyle bir soruşturmanın temel amacı, yaşama hakkını koruyan iç hukuk hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların ölüme ilişkin hesap vermelerini sağlamaktır. Soruşturma yükümlülüğünde, devlet yetkililerinin gösterdiği çaba da önemlidir. Sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılması için çaba gösterilmiş olmasına rağmen sorumlular tespit edilememişse, devletin sorumlu olmayacağı değerlendirilmiştir. Sorumluların cezalandırılmasına gelince, AİHM cezalandırmayı, sadece hapis cezası olarak ele almamaktadır. Devletin yükümlülüğü, suçun cezasız kalmamasıdır. Bütün kovuşturmaları mahkûmiyetle ve özellikle hapis cezasıyla sonuçlandırma şeklinde mutlak bir yükümlülük bulunmamakla birlikte; ulusal mahkemeler, yaşamı tehlikeye sokan suçların cezasız kalmasına imkan vermemelidirler. Ancak yükümlülük, cezai bir yaptırım gerektiriyorsa, sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek nitelikte cezai bir soruşturma yapılması gerekir.

Bireyin yaşamına veya fiziksel bütünlüğüne yönelik üçüncü kişilerin kasıtlı olmayan eylemleriyle zarar verilmiş ise, Mahkeme, “etkili bir yargısal sistem” oluşturma şeklindeki pozitif yükümlülüğün her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmediği ve mağdurlara hukuki veya idari hukuk yollarının açık olmasının yeterli olabileceği kanaatindedir.

Kasıt unsuru, yukarıda değinildiği üzere, üçüncü kişilerin eylemi söz konusu olduğunda aranmakta, kamu görevlisinin veya devletin organlarının yaşam hakkını ihlal etmesi halinde aranmamaktadır. AİHM, kasıt olmamasına rağmen, kamu görevlilerine veya organlarına yüklenebilecek kusurun, takdir hatası veya dikkatsizliği ve özensizliği aştığı hallerde; yani bu makamlar muhtemel sonuçların tam olarak farkında olmalarına rağmen, ellerindeki yetkileri göz ardı ederek; tehlikeli bir olay nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri alamadıkları durumlarda; insanların yaşamlarını tehlikeye sokan kişiler aleyhine yaşama hakkının ihlali yönünden suçlamada bulunulmaması ve yargılanmamaları, Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yönünden ihlaliolabilir demiştir.

Soruşturmaya dair devletin yükümlülükleri şu şekildedir;

- Soruşturma organları, olaydan haberdar olur olmaz harekete geçmelidir.
- Soruşturma kendiliğinden başlamalıdır.
- Soruşturmayı yapan yapı bağımsız olmalıdır. Bağımsızlığı AİHM, sadece hiyerarşik veya kurumsal bağlantının bulunmaması şeklinde değil; aynı zamanda pratikte de bağımsız olunması olarak yorumlamaktadır. Türkiye pratiği bakımından Hrant Dink davasında güvenlik güçlerinin olaydaki sorumluluklarına dair yapıldığı ileri sürülen soruşturmanın, yürütme organına mensup görevliler tarafından yapılmasını yerinde bulmamıştır.

- Soruşturma ivedi şekilde yapılmalıdır. Özellikle yaşam hakkının, devlet görevlileri tarafından öldürücü güç kullanılması sebebiyle ihlal edilmesi ile ilgili bir soruşturmada, yetkililerin çabuk hareket etmelerinin, halkın hukukun üstünlüğüne olan bağlılığını sürdürmesi ve hukuka aykırı eylemlere hoşgörü gösterilmediği ve işbirliği yapılmadığını göstermesi bakımından esaslı bir unsur olarak nitelendirmiştir.
- Mahkeme soruşturma sürecine katılım hakkını da önemsemektedir. Mağdur yakınlarının, kendi meşru menfaatlerini korumak amacıyla katılmaları gerektiğini söyleyen Mahkeme, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararınmaktûlün babasına bildirilmemesini; mağdurun ailesinin soruşturma ve dava dosyasını görememiş olmasını; AİHS'nin2. maddesinin ihlali olarak nitelendirmiştir.

Bir soruşturmanın etkili ve yeterli olabilmesi için, ölümün neden ve nasıl meydana geldiğini aydınlatabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delillerin toplanması gerekir. Delillere dair mahkemenin oldukça geniş değerlendirmeleri vardır. Ölüm olayının incelenmesine dair her aşamayı, farklı olaylarda ele almış olan Mahkeme, yetkililerin delil toplama zorunluluğuna, tanık ifadelerinin, adli tıp incelemesinin ve kriminolojik incelemelerin de girdiğini değerlendirmiştir. Delillere ilişkin Mahkeme kararları uyarınca, olay yerinin fotoğraflarının çekilmesinin zorunlu olmasına karşın, bulunan boş kovanlara dair incelemenin olay yerindeki konumunu da gösterir şekilde yapılmamış olmasını; ölümdede kullanıldığı ileri sürülen silahın üzerinde parmak izi incelemesi yapılmamış olmasını; çatışma neticesinde gerçekleşip gerçekleşmediği belli olmayan ölüme dair kişinin klasik otopsisinin yapılmamasını; otopsinin adli tıp uzmanı tarafından yapılmamış olmasını, tanıkların ifadelerinin alınmamış olmasını veya ifadelerinin yersiz ve kısa bir şekilde alınmış olmasını; bilirkişi raporlarının teknik değerlendirmeler yerine öznel değerlendirmeler içermiş olmasını, soruşturmanın etkililiğini azaltan sebepler olarak değerlendirmiştir.

Cezasızlık ile ilgili iki önemli kararda mahkeme özetle;

- İnsan yaşamını korumak için kabul edilen yasaların koruyucuları olan adli makamların, sorumluları cezalandırmaya kararlı olup olmadıklarının belli olmadığını,
- Fiilin ağırlığı ile ulusal mahkemeler tarafından verilen ceza arasında açık bir orantısızlığın bulunması halinde, belirli bir denetim ve müdahale yetkisi kullanılabilceğini
- Kamu görevlilerine yüklenebilecek kusurun, taktir hatasını veya dikkatsizliği ve özensizliği aştığı hallerde, görevlilerin yaşama hakkının korunmasıyla ilgili olmayan "görevi ihmal" suçundan gülünç bir para cezasına mahkum edilmelerinin, ceza hukukunun caydırıcı işlevini etkili bir şekilde yerine getirmedeğinin göstergesi olduğunu,
- Gözaltında öldürme gibi bir davada, takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasının suçun sonucunu hafifletmek için kullanıldığını belirtmiştir.

AİHM Kapsamında İşkence ve Kötü Muamele Yasağı ile Özel ve Aile Hayatına Saygı

İşkence ve kötü muamele yasağı maddesi ile Sözleşme'nin koruduğu değer, bireyin fiziksel bütünlüğü ve onurudur. İşkence ve kötü muamele yasağı mutlaktır. Yasağın mutlak olması herhangi bir sebeple sorumluluğun bireye yüklenemeyeceği anlamına gelmektedir. Birey, işlediği iddia edilen suçtan dolayı işkenceye veya kötü muameleye maruz bırakılamaz. Yine aynı şekilde kişinin yaptığı düşünülen eylem veya içinde bulunduğu yer, konum, örgüt yapısı gerekçe gösterilerek işkence veya kötü muamele gerekçelendirilemez. Mahkeme, ilgili kişinin eyleminin türünü ayırt etmeksizin, Sözleşme'nin, işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı mutlak bir şekilde yasakladığını vurgulamıştır. Dolayısıyla, kişinin işlediği iddia edilen suçun niteliği, işkence ve kötü muamele yasağı bakımından önemli değildir.

Devletin sorumluluğu, yaşam hakkında olduğu gibidir. Devlet öncelikle işkence ve kötü muamele yapmamakla yükümlüdür. Devlet işkence ve kötü muamele bakımından kamu görevlilerinin sorumluluğunu taşımaktadır. İkinci yükümlülüğü ise bireyleri işkence ve kötü muameleden korumaktır. Devletin egemenlik alanı içinde bulunan herkesin işkence ve kötü muameleye uğramaması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Üçüncü yükümlülüğü ise işkence ve kötü muamele iddialarını ve şüphelerini soruşturma yükümlülüğüdür.

AİHS işkence ve kötü muameleye ilişkin bir derecelendirme yapmamıştır. Ancak AİHM, *genellikle duyulan acının yoğunluğundaki farkı* esas alarak başvurucların maruz kaldıkları muameleleri, işkence, insanlık dışı muamele, aşağılayıcı muamele, insanlık dışı ceza, aşağılayıcı ceza olarak değerlendirmektedir. İşkence, "çok ağır ve zalimane ıstıraplara neden olan, kasti, insanlık dışı muamele" olarak tanımlanmıştır. Bir insanlık dışı muamelenin varlığından bahsedebilmek için, fiziksel yaralamaya ya da yoğun bir fiziksel, ruhsal acı veya ıstırapa sebebiyet vermiş olması gerekir. AİHM'in kararlarının bu yorumu, duyulan acının kesinlikle fiziksel olması gerekmediğini; duyulan ruhsal acının da insanlık dışı muamele kapsamında değerlendirilmesi için yeterli olarak kabul edildiğini belirtmek yerinde olacaktır. AİHM ayrıca kasit unsurunu, insanlık dışı muamele için aramamaktadır.

Aşağılayıcı muamele ise, insan onuru ile ilgilidir. Kişide korku, üzüntü, bayağılık duyguları yaratabilecek nitelikte eylemlerin, kişinin fiziksel veya ruhsal direncini kırıcı belli bir ağırlık düzeyine ulaşmış olması halinde, aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilebilmektedir. Kişinin aşağılayıcı muameleye maruz kalması başkaları ile ilgili bir mesele değildir. Kişinin sadece kendi gözünde küçük düşmesi yeterli kabul edilmektedir.

AİHM, her somut olay bakımından, özgül koşullarla beraber, ayrıntılı değerlendirme yapmaktadır. Kişinin yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu, maruz kaldığı eylem, eylemin süresi, eylemin mağdur üzerindeki etkileri değerlendirilmektedir. Asgari ağırlık düzeyine dair değerlendirme yapıldığı için, bu değerlendirmenin bireye özgül olması gerekmektedir.

tedir. Nitekim asgari ağırlık düzeyi her kişi bakımından aynı değildir. Kişinin bireysel özelliklerindeki farklılık, asgari düzeyin değişmesine neden olmaktadır. Her eylemin, herkeste aynı etkiyi yaratması beklenemez. AİHM bakımından, bir eylemin işkence veya kötü muamele olabilmesi için “asgari ağırlık düzeyine ulaşması” gerekmektedir.

Mahkeme sadece işkence tehdidinin, en azından insanlık dışı muamele oluşturabileceğini değerlendirmiştir. Verilen örneklerin benzer tüm dosyalar için geçerli olmasından ziyade her durumun kendine özgü koşullarının önemli olduğunu belirterek AİHM’in 3. madde kapsamında incelediği, çocukların da benzer uygulamalardan etkilendiği davalardan örnekler şu şekildedir: gözaltı veya tutmaya ilişkin olağan utanma derecesini aşmayan, güvenlik tedbiri olarak nakil sırasında kelepçe takılmasını ve ilaç verilmesini ve uzun süren yargılama nedeni ile duyulan ıstırabı, 3. maddenin ihlali olarak nitelendirmemiştir. AİHM’in, işkence yapıldığı yönünde ihlal kararı verdiği davalar ise, kötü muamelenin gözaltında veya cezaevinde bulunan kişilere yönelik kamu görevlilerince şiddet uygulanması durumuna odaklanmıştır. Kişinin özgürlüğünden kısıtlandığı ve tekrar özgür bırakıldığı andaki sağlık durumunda kötüleşmenin sorumlusu devlettir.

Mahkeme’nin 3. Madde ihlali iddiasıyla incelediği çocukların yer aldığı dosyalarda yapmış olduğu yorumlar şu şekildedir;

- Eğitim süreç ve ortamlarındaki bedensel cezalandırma tehdidini ihlal olarak değerlendirmemiştir. Yaptığı değerlendirmede bu tehdidin çocukların ruhsal durumunu olumsuz etkilediğinin gösterilmesi gerekliliğine vurgu yapmıştır. Bedensel cezalandırma ile ilgili bir diğer örnekte ise, okul müdürü tarafından yedi yaşında birinci sınıf öğrencisi kız çocuğuna disiplinsiz davranışları nedeni ile giysinin üzerinden üç kez terlikle hafifçe kalçasına vurulmasına dair başvuruda da 3. Madde ihlali bulunmamıştır.
- Bedensel cezanın müessir fiil suçu işlemiş olması nedeniyle verilmiş olması, hapis cezasına bir alternatif olması veya Man Adası halkının çoğunluğu tarafından benimsenen bir ceza olmasını önemli bulmamış; kişinin kendi gözünde aşağılanmasını yeterli bulmuştur.
- Mahkeme, bedensel cezanın ebeveyn tarafından uygulanmasının da işkence ve kötü muamele kapsamına gireceğini; bedensel cezalandırmanın kişinin bütünlüğüne yönelik ağır bir saldırı olduğunu ve iç hukukun anne-baba tarafından uygulanan bedensel cezalandırmaya dair yeterli koruma sağlamamış olduğunu vurgulamıştır.
- Eğitim süreçlerine dair bir başka başvuru okulda düzenlenen törene katılmamaları nedeni ile okuldan uzaklaştırılma cezası verilen çocuklara dair başvuru hakkında da ihlal kararı vermemiştir.
- On yaşlarında olan iki çocuğa süresiz hapis cezası verilmesine ve Mahkeme’nin inceleme yaptığı tarihe kadar 6 yıldır özgürlüklerinden yoksun kalmış olmalarına

dair başvuruda ihlal bulmamıştır. Ancak bu karar, çocuklar hakkında verilen cezanın, “iki yaşındaki bir çocuğu korkunç bir şekilde öldürdükleri sırada tehlikelikleri ortadan kalkıncaya kadar” nitelendirmesine dayandırılmıştır.

- 17 yaşındaki kız çocuğuna jandarma karakolunda gözaltında tutulduğu sırada tecavüz edilmesini, işkence olarak nitelemiştir.
- Yakalandığı anda tekmelenmesini, dövülmesini ve başına en az bir kez tüfek dipçiliğiyle vurulmasını, işkence olarak nitelemiştir.
- Gözaltına alınıp tutuklandığında 15 yaşında bulunan çocuğun, yetişkinlerle beraber 5 yılı aşkın zaman tutulmasını, ulusal ve uluslararası mevzuata aykırı bularak; başvurucunun yaşını, cezaevinde yetişkinlerle birlikte kaldığı sürenin uzunluğunu, ulusal makamların psikolojik sorunları için yeterli tıbbi yardım sağlamamış olmalarını, ardi ardına intihar teşebbüsleri konusunda gerekli tedbirleri almamış olmalarını bütün olarak değerlendirmiş ve çocuğun maruz kaldığı uygulamayı insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak nitelendirmiştir.
- Suç geçmişi olan çocuğun cezaevinden Mahkemeye nakli sırasında görevlinin bileğine kelepçe ile bağlanmasını, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına giren bir muamele olarak görmemiştir.

Bu çalışma kapsamında incelenen dosyalar ile AİHM önüne gelmiş ve karara bağlanmış dosyalarda değerlendirilen devlet görevlilerinin şiddet fiillerine başvurması konusunda paralellik vardır. İncelenen dosyalar kapsamında, çocukların gözaltında ya da cezaevinde buldukları zamanlar olan, bir başka deyişle çocukların devletin kontrolü altında buldukları süreçlerde veya yakalama ya da kaçmayı önleme veya toplantıyı dağıtma gibi amaçlarla şiddete başvurulduğu gözlemlenmiştir. AİHM'in bu konularda içtihadı çok açıktır: Yakalamayı gerçekleştirmek için güç kullanılması yasaktır; güç ancak zorunlu hallerde kullanılmalı ve aşırı olmamalıdır.

Toplantı ve gösteri yürüyüşleri hakkının incelendiği bir çok dosyada, özellikle Türkiye bakımından aynı yapısal hak ihlalleri tekrarlanmaktadır. Ataman kararı ve peşi sıra sayısız kararında Mahkeme, toplantı veya gösteri yürüyüşü için bildirimde bulunulmamasının, hukuki nitelendirme bakımından, toplantı veya gösteri yürüyüşünü yasadışı kılabileceğini ancak bildirimde bulunmadan toplantı yapılmasının, devletin toplanma özgürlüğüne aykırı davranmasını haklı kılmadığını belirtmiştir. Ataman grubu davalarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin beş temel bulgusu şu şekilde sıralanmıştır: (1) Barışçıl gösterilere müdahale AİHS'nin 11. Maddesine aykırıdır, (2) Barışçıl olmayan gösterilerde barışçıl şekilde eylem yapanların hedef alınması AİHS'nin 11. Ve 3. Maddelerine aykırıdır, (3) Barışçıl ve barışçıl olmayan gösterileri dağıtmak için orantısız güç kullanımı (göz yaşartıcı gaz ve fiziksel kuvvet yoluyla) AİHS'nin 11. Maddesine aykırıdır, (4) Barışçıl eylemcilerin iç hukukta yargılanmaları AİHS'nin 11. Maddesine aykırıdır, (5) Polis memurlarının ve amirlerinin toplantı ve gösterilerde 3. Madde ihlali niteliğine bürünen tasarruflarının etkin olarak soruşturulmaması, 3. Maddenin usul bakımından yüklediği pozitif yükümlülüklerle aykırıdır.

Belirli bir konuda dikkat çekmek isteyen küçük bir grubun, kısa süreli olarak trafiği engelleyen ama kamu düzenine karşı bir tehlike oluşturmayan ve şiddet içermeyen bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne karşı kamu görevlilerinin belirli bir ölçüde hoşgörü göstermeleri gerekir. Gösterinin barışçıl olmamasına rağmen, 16 yaşındaki çocuğun, yakalama sırasında aldığı yaraların orantılılığının ulusal mahkemeler tarafından değerlendirilmemiş, açıklanmamış olmasının işkence ve kötü muamele maddesinin ihlali anlamına geldiğini belirtmiştir.

Soruşturma yapılması konusunda Sözleşme'nin 38. maddesi uyarınca taraf devletler, Mahkeme'nin yapacağı soruşturmaya gerekli kolaylıkları sağlamak zorundadır. Devletin bu yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği AİHM tarafından incelenmektedir. İşkence ve kötü muamele iddialarında deliller, genellikle devletin organlarının, kamu görevlilerinin elindedir. Soruşturmaya dair gerekli kolaylıkların sağlanmaması devletin aleyhine yorumlanmaktadır.

İşkenceye maruz kalan kişinin elinde çoğu zaman sadece kendi yaşadığı deneyim bulunmaktadır. Kendi anlatısından, hukuki deyimle kendi ifadesinden başka çoğu zaman elinde bir şey olmamaktadır. AİHM de başvurucuların ayrıntılı ve tutarlı bir şekilde maruz bırakıldıkları muameleyi anlatmalarını, davalı devletin başka deliller sunmamış olmasını, iddianın gerçek olduğunu kanıtlamaya yeterli görmüştür. Gözaltında tutulan bir başka kişinin işkence veya kötü muamele görmesi veya bununla ilgili bir duyumunun olmasını da delil olarak kabul etmiştir. Özgürlüğünden yoksun olan kişiye, bizzat kendi davranışının kesinlik gerektirmediği bir güç kullanımı, insan onurunu zedelemektedir. Yetkililer, özgürlüğünden yoksun bırakılmış durumda olan kişilerin fiziksel esenliklerini korumakla yükümlüdür. Devlet, mutlak gerekli olmayan veya aşırı güç kullanılması durumlarında, sorumludur.

Soruşturmanın etkililiği, bir kişinin işkence veya kötü muamele uğradığını iddia etmesi ile başlamaktadır. Şüpheli veya sanık kamu görevlileri hakkında soruşturmaya izin verilmemesi, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi veya delil yetersizliğinden beraat etmeleri, soruşturmanın etkili olmadığına göstergesidir. Nitekim, soruşturmanın amaçları; yaralama sebebine ilişkin gerçek durumu belirlemek; bu olay ile ilgili sorumluları belirlemek; sorumluları cezalandırmak ve/veya gerektiğinde mağdura bir tazminat sağlamaktır. Özgürlüğünden yoksun olan kişilere yönelik güç kullanımında, iç hukuk normlarına uygunluk ve orantılılık hususları değerlendirilmektedir. Devlet özgürlüğünden yoksun bıraktığı kişinin sadece fiziksel sağlığından değil, ruhsal sağlığından da sorumludur. Kişinin iyilik hali ruhsal sağlığı ile bir bütündür. Ve devletin kişinin fiziksel ve manevi kişiliğinin korunması yönünde de pozitif yükümlülüğü vardır.

İncelenen dosyalar bakımından, Sözleşme'nin 3. maddesi, özellikle çocuklar ve diğer korumasız bireylerin, kişi bütünlüğüne yönelik bu tür ağır saldırılara karşı devlet tarafından etkili bir caydırıcılıkla korunması gerekliliğini de kapsamaktadır. Devletin korunması sadece aile içi şiddet vakaları için değil çocuğun cinsel istismarı bakımın-

dan da geçerlidir. Bu anlamda AİHS'in özel ve aile hayatına saygıyı düzenleyen 8. Maddesi de 3. Maddeyle birlikte uygulama alanı bulur. Yine, BMÇHS'nin 34.maddesi "Taraf Devletler, çocuğu, her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suistimale karşı koruma güvencesi verirler. Bu amaçla Taraf Devletler özellikle: a) Çocuğun yasadışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılması veya zorlanmasını; b) Çocukların, fuhuş, ya da diğer yasadışı cinsel faaliyette bulundurulmasıyla sömürülmesini; c) Çocukların pornografik nitelikli gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesini, önlemek amacıyla ulusal düzeyde ve ikili ile çok taraflı ilişkilerde gerekli her türlü önlemi alırlar." şeklindedir.

34. madde ile beraber dikkate alınması gereken 3 madde daha vardır. Bunlar Taraf Devletlerin, ne nedenle ve hangi biçimde olursa olsun, çocukların kaçırılmaları, satılmaları veya fuhuşa konu olmalarını önlemek için ulusal düzeyde ve ikili ve çok yanlı ilişkilerde gereken her türlü önlemleri alma yükümlülüğünü düzenleyen 35. madde; Taraf Devletlerin, esenliğine herhangi bir biçimde zarar verebilecek başka her türlü sömürüye karşı çocuğu koruma yükümlülüğünü düzenleyen 36. madde; çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada, çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatının, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa özellikle sağlanmasını düzenleyen 12. maddesidir.

AİHM, büyük daire kararı olan M.C. v. Bulgaristan davasında cinsel istismara yönelik temel ilkeleri belirlemiştir. Bu kararla Mahkeme;

- Taraf devletlere istismarı etkin şekilde cezalandıracak yasal düzenlemeleri yapma ve bu yasal mevzuatın etkin şekilde soruşturma ve kovuşturma aşamasına uygulanması konularının her ikisinde de pozitif yükümlülüğü getirmektedir.
- Tarihsel olarak cinsel istismar davalarında, birtakım ülkelerde kimi zaman iç hukuk normlarınca ve uygulamada failin fiziksel olarak güç kullanıldığını ve mağdurun fiziksel olarak direndiğinin kanıtlanması gerektiğini gözlemlediğini belirterek bunun Avrupa ülkeleri için bir gereklilik olmaktan çıktığını vurgulamıştır.
- Evrensel eğilime uygun olarak rızanın olmadığı kabul edilmiştir.
- AİHM'in verdiği diğer kararlardan ise şu ilkeler çıkarılabilmektedir:
- Özellikle çocukların ve diğer savunmasız bireylerin, bedensel cezalandırma tarzı kötü muamelelerden etkin caydırıcılıkla korunma hakları vardır.
- Devletin, online istismar durumlarında çocukları ve diğer savunmasız bireyleri koruyacak bir sistem tesis etme görevi bulunur.
- Devletin, çocukların kendi ebeveynleri tarafından ihmale ve duygusal tacize maruz kalmaları; fiziksel ve psikolojik zarar görmeleri gibi durumlarda etkin koruma mekanizması oluşturması gerekir.
- Cinsel istismara uğradıktan sonra, çocuklara yönelik gerekli destek mekanizmalarının olması gerekir.

- Devletin;
 - Aile içi şiddete karşı derhal koruma altına alma yükümlülüğü olduğu
 - Çocuklara yönelik şiddet davalarının, cezai soruşturmanın etkili biçimde yapılmasını temin etme yükümlülükleri olduğu,
 - Cinsel istismar davası sürecinde veya sonrasında, nitelikli bir psikolog desteği vermek veya gereğince nezaret edilmek zorunda olduğu ,
 - İrza geçme ve cinsel istismarın her türünü etkili biçimde soruşturma ve cezalandırma yönündeki pozitif yükümlülüğü bulunduğu,
 - Kişileri aile içi şiddetten koruma konusundaki pozitif yükümlülükleri bulunduğu ve ceza hukuku sisteminin istenen caydırıcı etkiyi göstermesi gerektiği, İlkeler arasındadır.
- Ruhsal istikrarın muhafazasının, kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkından yararlanması vazgeçilmez bir önkoşuldur.
- Aile içi şiddetin savunmasız mağdurları olmak üzere bireylerin vücut ve psikolojik bütünlüklerini koruma görevi devletindir.

AİHM, kişinin özel ve aile yaşamına bir müdahale yapılacaksa bu müdahalenin meşru amaçla yapılması; müdahalenin yasalara uygun olması; müdahalenin demokratik toplumda zorunlu olması kriterlerini aramaktadır. Saygı kavramı, devletin pozitif yükümlülüğü ile ele alınmaktadır. Gereken düzenlemeleri yapma, tedbirleri alma yükümlülüğünü yerine getiren devlet, bir hakka saygı duyduğunu gösteren devlet olabilmektedir. Sonuç olarak, AİHM'e göre hukuki düzenlemeler yapılması ve bireyin haklarını koruyucu icrai mekanizmalar oluşturulması ve gerektiğinde özel tedbirlerin uygulanması, pozitif yükümlülükler arasında yer alır. Temel değerlerin ve özel yaşamın esaslı yönlerini tehlikeye sokan tecavüz gibi ağır eylemleri etkili şekilde caydırmak için etkili cezai hükümler gerekmektedir.

AİHM Kapsamında Etkili Başvuru Hakkı

AİHS 13. Maddesiyle sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi halinde, herkesin, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkını düzenlemiştir. Bu çalışma kapsamında etkili başvuru hakkı Avrupa Konseyi'nin belirlemiş olduğu kriter çerçevesinde ele alınacaktır. Etkin soruşturma için birinci kriter, failerin belirlenmesi ve cezalandırılmasını sağlayacak yeterlikte olmasıdır. İkinci kriter, soruşturmanın içerik bakımından kapsamlı olması ve herhangi ayrımcı saikler de dahil olmak üzere olaya bütüncül bakılabilmek, sisteme ilişkin hataları görünür kılan delillerin, bir bütünlük içinde değerlendirilmesi olarak açıklanan baştanbaşalılıktır. Üçüncü kriter, soruşturmanın yürütülmesinden sorumlu kişilerin olaylarda yer alan kişilerden tarafsız ve bağımsız olmasıdır. Dördüncü kriter, soruşturmanın ivedi yapılmasıdır. Beşinci kriter, kamu gözetimine açık olmasıdır.

II. BÖLÜM

Dava Analizleri

1

Dosya Adı: Smasher Operasyonu

Dosya Konusu: Çocuğun Cinsel Ticari Sömürüsü- Çocuk Pornografisi

Tarih: 2006- 2007

Teknik Özet

Soruşturma Aşaması:

Soruşturma Almanya Interpolü'nün yürütmekte olduğu 'Smasher' isimli operasyonu ile başlamıştır. Operasyon kapsamında Almanya Interpolü çocuk pornografisine ilişkin görüntülerin Türkiye'de bulunan IP (Internet Protocol Number) numaraları tarafından da alındığı bildirimini "polis teşkilatlarınca konunun operasyonel boyutta değerlendirilmesi talebiyle" 14.08.2006 tarihinde yetkili birimlere yapmıştır.

Yazının ekinde gönderilen CD'de 34 IP adresinin Türkiye'den girilen adresler olduğu anlaşılmıştır. IP adreslerinin sahibi görünen şahısların kimlik ve adres bilgileri tespit edildikten sonra 10.04.2007 tarihinde, belirlenen adreslerde arama ve çalışma yapılmasına karar verilmiştir. Söz konusu IP adreslerinden ulaşılan şüpheli R`nin evinde yapılan arama çalışmaları sonucu, yetişkin şahısların küçük yaşta çocuklarla cinsel ilişkiye girdiği sırada ve çocukların soyundurulmak sureti ile çıplak haldeyken çekilen görüntülerin bulunduğu çok sayıda çocuk pornografisi ve istismarı içerikli resimlerin ve video kayıtlarının depolandığı tespit edilerek; şüphelinin evindeki dijital fotoğraf makinesi, dizüstü bilgisayar, bilgisayar kasası, cep telefonu, disket, video kasetleri, DVD, teyp kasetine el konulmuştur.

1958, New York doğumlu, Amerikan uyruklu şüpheli R, 'Çocuk Pornografisi ve İstismarına Ait Görüntüleri Depolamak ve Bulundurmak' suçundan gözaltına alınmış; ifadesi Emniyet Ahlak Büro Amirliği'nde, 13.04.2007 tarihinde, müdafii ve yeminli tercüman eşliğinde alınmıştır. İfadede özetle, şüphelinin eşinin üzerine kayıtlı olduğu tespit edilen IP adresi hakkında "eşinin bilgisayar kullanmayı bilmediğini; bu inter-

net adresini kendisinin kullandığını”; yaklaşık 10 yaşındaki Asyalı bir kız çocuğunun 10 dakika boyunca cinsel istismarını gösteren video kayıtlarını bilgisayara indirilmiş olması hakkında,“istemediği sitelerin kendi isteği dışında açıldığını, bu videonun da nasıl ve ne şekilde bilgisayara kaydedildiğini bilmediğini; daha önce de bilgisayarına bilgisi olmadan internetten indirilen resimleri bir araya toplayıp sildiği halde yine internete girdiğinde bilgisi olmadan bilgisayara bu görüntülerin kaydedildiğini; hiçbir şekilde bu görüntüleri çoğaltmadığını ve ticari maksatla da kullanmadığını; kimse-nin görebileceği şekilde alenen göstermediğini; evinde bulunan CD ve DVD’lerin yaklaşık 1-1,5 sene önce Amerika’dan geldiğinde içlerinde ne olduğunu bilmediğini; bahsi geçen CD`leri diğer CD`lerle birlikte Amerika`dan evini taşıdığı sırada kargo gemisi ile yabancı kişilere getirttiğinden içlerinde ne olduğunu bilmediğini; hiç içini açıp kullanmadığı gibi kimseye vermediğini; dizüstü bilgisayarında, CD ve DVD`lerde bulunan çocuk pornografisi ve istismarı içerikli resim ve video kayıtlarında cinsel istismara maruz kalan çocuklar ve bu çocukları istismar eden kişileri tanımadığını; asla bir çocukla cinsel ilişkiye girmediğini; kendisinin düzgün bir aile hayatı olduğunu; bu şekildeki ilişkileri de hiçbir şekilde onaylamadığını” söylemiştir.

Şüphelinin 13.04.2007 tarihinde savcılık tarafından müdafî ve yeminli tercüman eşliğinde alınan ifadesinde, emniyette verdiği ifadesinin benzerini tekrar etmiş, suçlamayı kabul etmemiştir. Savcılık şüphelinin tutuklanmasını talep etmiştir. Aynı operasyonda Ankara adreslerinde bulunan diğer üç şüpheli ile birlikte şüphelinin Sulh Ceza Mahkemesinde müdafî ve tercüman eşliğinde 13.04.2007 tarihinde sorgusu yapılmıştır. Mahkeme tüm şüphelilerin tutuklanmasına karar vermiştir.

Diğer şüpheliler, çocuk pornosu görüntülerini indirdiğini; ancak başkasının istifadesine sunmadığını beyan etmiştir.

Soruşturma dosyasında, şüphelinin evinden çıkan ve el koyulan tüm cisimler incelenip bilirkişi heyetince 28.05.2007 tarihinde rapor düzenlendiği görülmüştür. Söz konusu raporda özetle, bilgisayar kasasında çok sayıda çocuk pornosu görüntüleri ve resmi olduğu; dizüstü bilgisayarında 20 adet çocuk pornosu görüntüsü kaydının depolandığı; 83 adet CD’den 5’inde aynı şekilde görüntülerin olduğu; hafıza kartında, fotoğraf makinesinde, taşınabilir diskte, video kasetinde, teyp kasetinde ve cep telefonunda suç unsuruna rastlanmadığı bilgisine yer verilmiştir. Soruşturma dosyasında aynı soruşturma kapsamındaki bir şüphelinin bilgisayarında 3 bin 713 çocuk pornosu ve istismarıyla ilgili fotoğraf, 15 video görüntüsü depolayan şüpheli için 8 bin TL adli para cezası verildiğine ilişkin haber kupürünün bulunduğu anlaşılmıştır.

Savcılık 04.06.2007 tarihli iddianamede şüpheli R’nin çocuk ve bebek pornografisi içerikli sitelere girerek, bu sitelerden çok sayıda video ve fotoğraf kaydı indirerek depolamak; internet ortamında başkalarının kullanımına sunmak; ayrıca çocuk bebeklerin cinsel ilişkiye girdiği sırada çekilmiş video ve fotoğraf kayıtlarını bulundurmamak; sunmak suçlarından TCK`nin 226/3 maddelerine göre cezalandırılmasını talep ederek Asliye Ceza Mahkemesi`nde dava açmıştır.

Kovuşturma aşaması:

Asliye Ceza Mahkemesi 06.06.2007 tarihli tensip zaptında, iddianamenin kabulüne karar vermiştir. Sanığın tutukluluk halinin devamına karar vererek; sanığın cezaevinde hazır edilmesine ve iddianamenin tebliğine; sanığın ifadesi sırasında yeminli tercüman bulundurulmasına karar vermiştir.

05.07.2007 tarihli duruşma, sanık, müdafî ve tercümanın katılımı ile gerçekleşmiştir. Sanığın tercüman vasıtası ile duruşmada verdiği savunmasında daha önceki ifadelerini tekrar ettiği anlaşılmıştır.

Sanık müdafî, sanıkla birlikte yakalanan 5 kişinin hakkında ayrı ayrı davalar açıldığını; hepsinin ilk duruşmada tahliyesine karar verildiğini; dava açılanlardan biri hakkında beraat kararı verildiğini beyan ederek, sanığın beraatını ve tahliyesini talep etmiştir.

Mahkeme sanığı, TCK'nin 226/3. Madde 2. cümlesi gereğince suçun işleniş biçimi, işlendiği yer, meydana gelen tehlikenin ağırlığı, suç konusunun önemi göz önüne alınarak takdiren ve teşdiden 3 yıl 180 gün hapis ve adli para cezasına; sanığın duruşmadaki iyi hali nedeniyle TCK 62. madde uyarınca 1/6 oranında indirilerek 2 yıl 6 ay hapis ve 150 gün adli para cezası ile mahkumiyetine, para cezasının 20 TL üzerinden paraya çevrilerek neticeten 2 yıl 6 ay hapis ve 3.000 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Sanık hakkında başkaca indirim ve artırım nedenlerinin uygulanmasına yer olmadığı ile tutuklulukta geçen sürenin cezadan mahsubuna ve tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

Mahkeme gerekçeli kararında, sanığın verdiği ifadelere göre, çocuk pornografisi içerikli video kaydını Amerika'dan geldiği sırada beraberinde getirdiği; ayrıca çoğalttığı ve depoladığı her ne kadar tespit edilemese bile bunları başkalarının kullanımına sunmak yahut satmak amaçlı bulundurduğu; bu suretle sanığın atılı suçu işlediği, suçun işleniş ve oluş şekli, çok sayıda ve bebek yaşta sayılabilecek çocukların görüntülerinden oluşması, gene suçun işlendiği yer ve zaman göz önüne alınarak ceza tertip edilmesi cihetine gidildiği; suçun konusunun önemi, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, sanığın güttüğü amaç göz önüne alınarak alt sınırın üzerinde ceza verildiği belirtilmiştir.

Sanık müdafî tutukluluk halinin devamına ilişkin karara itiraz etmiş; Ağır Ceza Mahkemesi sanık müdafinin sunduğu itiraz dilekçesi ve ekinde, aynı ya da benzer eylemler nedeniyle yargılanan ve diğer sanıklar yönünden verilen beraat kararının 'suçta ve cezada şahsilik' ilkesi gereğince somut olayda emsal alınmasının mümkün olmadığı belirtilerek itirazın reddine karar vermiştir.

Sanık müdafî, kararı, duruşma istemli olarak temyiz etmiştir.

Yargıtay 01.10.2007 tarihli ilamında, cezanın tür ve miktarına göre CMUK 318. Maddesi uyarınca duruşma isteminin reddine karar vermiştir. Ayrıca sanığın, usulüne uygun aramada yapılan bilgisayar ve CD incelemelerinde, çocuk pornografisi içe-

rikli çok sayıda görüntüye rastlandığı; Türkiye'nin taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 34/c maddesiyle "çocukların pornografik nitelikteki gösterilerde ve malzemelerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunun yasaklanmasını ve ortadan kaldırılmasını temin edecek ivedi ve etkin tedbirleri alma" ayrıca Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari protokolün 1, 2/c, 3/1, 3/1-c ve 3. maddeleriyle de "ülke içinde veya ülke dışında veya ferdi veya örgütlü bir biçimde işlenmiş olup olmadığına bakılmaksızın, çocuk pornografisinin üretimi, dağıtımı, yayılması, ithali, ihracı, sunumu, satışı veya kasıtlı zilyetliğini suç ve ceza yasalarının tam anlamıyla kapsamı içine girdiğini garanti etme ve fiillerin vahametini dikkate alan uygun cezalarla cezalandırılabilir suçlar haline getirme"yi kabul ettiği; bu uluslararası yükümlülükler paralelinde düzenlenen TCK 226/3 maddesinde görüntülerin bulundurulmasının ve depolanmasının da suç sayıldığı belirtilmiştir. Uzun süre içerisinde ve kasten yapıldığı anlaşılan ve fiilin kişisel amaçlı dahi olsa, bilgisayarına ve CD'ye depolama ve bulundurmanın TCK 236/3. maddesindeki suçu oluşturduğu gerekçesi ile usule uygun bularak hüküm onanmasına karar vermiştir.

Değerlendirme

Yargılama konusu suç, çocuk pornografisidir. Çocuk pornografisinin evrensel düzenlenişi ile Türkiye'de düzenlenişi arasında uyumsuzluk bulunmaktadır. İncelenen dosyada cezasızlık, öncelikle mevzuatın uluslararası standartlarla uyumlu olmamasından kaynaklanmıştır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği Ve Çocuk Pornografisi İle İlgili İhtiyari Protokol, ILO Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi, Çocukların Cinsel İstismar ve Sömürüye karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Lanzarote Sözleşmesi), Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi Türkiye'nin taraf olduğu, çocuk pornografisine ilişkin doğrudan düzenleme içeren uluslararası belgelerden bazılarıdır.

Evrensel düzenlemeler, çocuk pornografisini kapsamlı şekilde düzenlemektedir. Görsel çocuk pornografisi genellikle gerçek ya da simüle edilmiş/temsili çocuğun dahil olduğu cinsel faaliyetler veya cinsel organların gösterilmesi olarak anlaşılır. İşitsel çocuk pornografisi ise gerçek ya da simüle edilmiş/temsili çocuğun sesinin, kullanicıların cinsel hazları için planlanarak herhangi bir işitsel cihazda kullanımı olarak anlaşılır. Cinsel faaliyetleri tanımlayan veya cinsel haz sağlayan mesajlar da çocuk pornografisi olarak kabul edilmektedir.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği Ve Çocuk Pornografisi İle İlgili İhtiyari Protokol, çocuğun gerçekte veya taklit suretiyle bariz cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde herhangi bir yolla teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel uzuvlarının, ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesini düzenlemektedir.

ILO Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi, çocukların pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarik veya sunumunu düzenlemektedir.

Suçun işlendiği tarihte Türkiye'nin henüz onaylamadığı Siber Suçlar Sözleşmesi ise çocuk pornografisiyle ilgili kapsamlı bir düzenleme içermektedir. Siber Suçlar Sözleşmesi, Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi olarak 22.04.2014 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu tarafından onaylanmış ve 2 Mayıs 2014 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanmak suretiyle iç hukuk normu haline gelmiştir. Siber Suçlar Sözleşmesi de çocuk pornografisini özellikle ve ayrıca düzenlemiştir. Çocuk pornografisinin elektronik üretimi, bulundurulması ve dağıtımının çeşitli yönleri suç olarak tanımlanmıştır. Sözleşme, bu suçları işlemek amacıyla üretilen üç tür malzeme tanımlamıştır: (a) Gerçek bir çocuğun cinsel olarak kötü muameleye uğramasını teşhiri; (b) Reşit görünmeyen bir kişinin cinsel anlamda müstehcen bir eyleme katılımını gösteren pornografik görüntüler; (c) "Gerçekçi" olmakla birlikte gerçek bir çocuğun cinsel anlamda müstehcen bir eyleme katılımını içermeyen görüntüler.

Ancak gerek Siber Suçlar Sözleşmesi, gerek suçun işlendiği tarihte taraf olunan uluslararası sözleşmeler, çocuk pornografisine karşı etkili bir koruma ve mücadele aracı olamamıştır. Yapısal olarak bunun sebebi Türk Ceza Kanunu'nun çocuk pornografisine yaklaşımının farklı olmasıdır. Kanundaki ilgili hükümler "genel ahlaka karşı suçlar" kısmında "müstehcenlik" başlığı ile düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin verilmesi ya da bunların içeriğinin gösterilmesi; okunması, okutulması veya dinletilmesi; bunların içeriklerinin çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösterilmesi; görülebilecek şekilde sergilenmesi, okunması, okutulması, söylenmesi, söylenmesi suçtur. Madde ayrıca müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılmasını da suç olarak düzenlemiştir. Aynı zamanda çocukların cinsel istismarı ile ilgili düzenleme içeren kanun, uygulamada cezasızlığın sebebini oluşturmaktadır.

Çocuk pornografisinin cezasının, çocuğun cinsel istismar suçuna kıyasen daha düşük olması; mağduriyet kavramının dar yorumlanması; doğrudan zarar gören çocuğun kimi zaman adli merciler önünde olmaması; çocuk pornografisinin cezalandırılmasının küresel düzeyde çocukları korumaya nasıl katkısının olacağına değerlendirilememesi gibi birçok farklı sebeple soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin müstehcenlik maddesinden yapılmasıyla sonuçlanmaktadır. Uygulamada birliktelik müessesesi olarak görüşü alınan Başbakanlık Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu, müstehcenlik maddesine atıfla, "*Yukarıdaki madde metninden de anlaşılacağı üzere, müstehcenlik tanımının yapılmadığı, bu hususun uygulamaya ve yargı içti-hatlarına bırakıldığı anlaşılmaktadır*" denilmiştir.

Çocuğun cinsel istismarını ayrıca düzenleyen TCK sistemi, çocuk pornografisinin söz konusu olduğu dosyalarda soruşturma ve kovuşturmayı, müstehcenlik suçundan yapmak suretiyle cezasızlığa neden olmaktadır. Bu dosya bakımından cezasızlık, öncelikle TCK'nın bu ikili düzenlemesinden, devamında ise müstehcenlik maddesinde düzenlenen çocuk pornografisinin cezasının caydırıcılıktan uzak olmasından ve hukuk uygulayıcılarının daha az cezayı gerektiren normu uygulamasından kaynaklanmaktadır.

Yapılan ihbar üzerine başlatılan operasyon neticesinde gözaltı işlemi, TCK'nın müstehcenlik suçundan yapılmış; iddianame gene bu maddeden düzenlenmiş ve ceza da ilgili maddeden ihdas edilmiştir. Yargıtay'ın onama kararında Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahışeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari protokole atıf yapılmış olsa da; bu atıf TCK 226/3 maddesinin uygulanmış olmasının hukuka uygunluğunu göstermekle sınırlı kalmıştır.

Hazırlanan bilirkişi raporunda da çocuk pornografisine ilişkin bilgisayar kasasında çok sayıda çocuk pornosu görüntüleri ve resmi olduğu; dizüstü bilgisayarında 20 adet çocuk pornosu görüntüsü kaydının depolandığı; 83 adet CD`den 5'inde aynı şekilde görüntülerin olduğu tespit edilmiş olmasına rağmen 3 yıl 180 gün hapis ve adli para cezasına hükmedilmiştir. Sanığın duruşmadaki iyi hali nedeniyle TCK 62. Madde uyarınca bu ceza 1/6 oranında indirilmiş ve ceza 2 yıl 6 ay hapis ve 150 gün adli para cezası olarak belirlenmiştir. Takdiri indirim sebebinin objektif kriterlere bağlanmamış olması; gerekçenin sadece duruşmalara katılıp, ifade vermiş olmanın "iyi hal" sayılmasına dayandırılması, çocuk pornografisi konusunda mücadelede caydırıcılığı ortadan kaldırmaktadır.

Soruşturma dosyasında yer almakla birlikte, incelenen dosyadan tefrik edilmiş olan kovuşturmalarda, incelenen dosyaya sunulan evraklardan da anlaşıldığı üzere, bir şüphelinin bilgisayarında 3 bin 713 çocuk pornosu ve istismarıyla ilgili fotoğraf, 15 video görüntüsü depolayan şüpheli için 8 bin TL adli para cezası verildiğine ilişkin haber kupürünün bulunduğu anlaşılmıştır. Sanık avukatının beyanı bu kişilerin tutuksuz yargılandığı ve bir tanesinin beraat ettiği yönündedir. Bu husus her ne kadar çalışmaya konu edilen dosya bakımından değerlendirme konusu olmasa da; yargının çocuk pornografisinde cezasızlığa yol açmasının yerleşik bir sonuç olduğunu göstermesi bakımından önemlidir.

2.

Dosya Adı: N.K.

Dosya Konusu: Cinsel Şiddet, Cinsel İstismar

Tarih: 2010-2011

Teknik Özet

Soruşturma aşaması:

Soruşturma, o tarihte 15 yaşındaki mağdur ile müşteki annesinin savcılığa suç duyurusunda bulunması ile başlamıştır.

05.02.1995 doğumlu mağdur N.K'nın savcılık tarafından avukat eşliğinde alınan 02.11.2010 tarihli ifadesinde özetle, bundan bir buçuk sene önce M. isminde birisi ile arkadaşlık kurduğunu ve mağdur henüz 15 yaşını doldurmadan kendi rızası ile 7-8 kere cinsel ilişkiye girdiğini, daha sonra ayrıldıklarını; internet üzerinden tanıştığı B. ile 2 ay önce B.'nin evinde rızası ile ilişkiye girdiğini daha sonra A. ile çıkmaya başladığını; bundan bir buçuk ay önce A.'nin mağduru tehdit ederek konuşacağını söyleyip ...yolunda bulunan boş bir araziye götürerek orada mağdura tecavüz ettiğini beyan etmiştir. A. ve B.'nin ortak arkadaşı olan F.'nin mağdura "Seni pavyona satacağım, okutmayacağım, evine geleceğim, ailene bakire olmadığını anlatacağım" demek sureti ile mağduru tehdit ettiğini, bu tehditlerden bunaldığı için durumu ailesine anlattığını ve M., A., B., F.'den şikâyetçi olduğunu beyan etmiştir. Mağdur, M'nin uzaktan akrabası olduğunu, anne ve baba adını, A şehrinde kaldığını ve 19 yaşında olduğunu söylemiştir. Ayrıca M.'nin mağdurun ağabeyinin eşinin kuzeni olduğunu; ağabeyinin eşi ile aynı apartmanda oturduklarını söylemiştir. Aynı tarihte müşteki annenin savcılık tarafından alınan ifadesinde, kızının bundan bir buçuk sene önce uzaktan akrabası olan M. ile arkadaşlık kurduğunu; bu arkadaşlığa karşı çıktığını ancak kızının M., A. ve B. ile cinsel ilişkiye girdiğini bilmediğini, F. isimli kişinin kızını tehdit ettiğini kızının söylemesi üzerine şikâyetçi olmak için geldiğini ancak hepsinden şikâyetçi olduğunu beyan etmiştir. Ayrıca müşteki anne, kızının beden muayenesinin yapılması için rızası olduğunu tutanağın altında kendi el yazısı ile belirtmiştir.

Mağdurun telefonundaki F.'nin gönderdiği mesajlar tutanak altına alınmıştır. 03.11.2010 tarihli mesaj tespit tutanağında mağdura gönderilen birçok mesaj olduğu görülmüştür. Bu mesajların yalnızca bir kısmı şu şekildedir: "Ahtım var kızım s..kcem seni kendin gel güzelce olup bitsin ben alırsam geleceğin olmaz.", "O zaman akıllı durursun, s..kemezsem ne olur keser ..mini koyarım cebime canım istedikçe s..kerim.", "o zaman yapacak yok canım ben kendim alıp s..kcem seni ama o zaman harbi bir de p.ç bırakacağım sana hatıra", "Gel bir kere ver bana mezara götürmüycen ya ...mini, kurtul benden istersen arka bile çıkarım hem de millet gibi lafta değil bir telefonla biter işin" şeklindedir.

Yapılan soruşturma işlemlerinde F., A. ve B. yakalanmış; B.'nin 30.08.1993 doğumlu olması nedeni ile yakalanıp, kimlik tespitinden sonra serbest bırakıldığı anlaşılmıştır.

A.'nin emniyette alınan 3.11.2010 tarihli ilk ifadesinde, mağdur ile kendisini B.'nin tanıştırdığını; B.'nin mağdurun numarasını vererek iki aydır bu kızla cinsel birliktelik yaşadığını; "numarasını vereyim sen de görüş" diyerek mağdurun numarasını da verdiğini ve mağdur ile mesajlaşmaya başladığını ifade etmiştir. Mağdurun ilk kez M. ile birlikte olduğunu söylediğini ve M.'nin arkadaşı olan T. isimli birinin mağduru tehdit ederek birlikte olmak istediğini anlattığını ve eğer kendisini M. ve T.'den korursa "her şeyimle senin olurum" dediğini; onun da kabul ettiğini beyan etmiştir. Mağdurun ilk başta ismini farklı verdiğini, daha sonra buluştuklarında gerçek ismini söylediğini, daha sonra buluşup araba ile yol üzerinde sevişirken, mağdurun kendi isteği ile bir kez cinsel birliktelik yaşadığını ve mağdurun yaşının küçük olduğunu

bilmediğini, mağdurun daha önce birlikte olduğu kişilerin ismini söyleyerek, F.'ye mağdurun numarasını yine B.'nin verdiğini beyan etmiştir.

A.'nin aynı gün savcılıkta müdafî huzurunda verdiği ifadesinde ise emniyette verdiği ifadesini ve suçlamaların hiçbirini kabul etmediğini, kimse ile zorla ilişkiye girmediğini, mağdurun M. isminde biri ile çıktığını ve kiminle ilişkiye girdiğini bilmediğini ifade etmiştir.

Savcılık, 3.11.2011 tarihinde şüpheli A.'nin tutuklanmasını talep etmiştir. Şüphelinin Sulh Ceza Mahkemesi'nde müdafî huzurunda alınan ifadesinde, emniyet ifadesini avukat vasıtasıyla vermediği için kabul etmediğini; savcılıkta verdiği ifadesinin doğru olduğunu beyan etmiştir. Mağdur ile B.'nin internetten tanıştıklarını, B.'nin mağdur ile konuşurken kendi telefonuna hattını takarak kullandığını, mağdurun tanışalım diye mesaj attığını ve mesajlaşmaya başladıklarını, B.'nin evine gittiğinde mağdurun kameralı olarak B. ile görüştüğünü, üzerinde askılı elbise olduğunu ve çok rahat bir şekilde B. ile görüştüğünü söylemiştir. Mağdur ile çıkmadığını, mağdurun kendisinden hoşlandığını ve evi ile arabasının olduğunu bildiği için onunla evlenmek istediğini, bu nedenle iftira attığını söylemiştir. Ayrıca B., F. ve T.'nin mağdur ile tehdit ederek çıktıklarını; F.'nin bacağı sakat olduğu için arabasıyla götürüp getirdiğini ve mağduru F.'den korktuğu için gösterdiğini beyan etmiştir. Sulh Ceza Mahkemesi şüpheli A.'nin tutuklanmasına karar vermiştir.

F.'nin emniyette alınan ilk ifadesinde, 2009 yılında askerlik yaparken TV kanalının radyo kanalına telefon numarasını verdiğini; mağdurun kendi numarasını TV kanalından görerek kendisini aradığını ve görüşmeye başladıklarını beyan etmiştir. Mağdurun telefonda konuşurken 5 kişi ile rızasıyla ilişkiye girdiğini, bir kişinin de kendisini kandırarak ilişkiye girdiğini söylemesi üzerine F.'nin mağdur ile arkadaşlığını bitirdiğini söylemiştir. Daha sonra F., mağdur ile görüştüğü hattı kırıp attığını, mağdur ile bir daha görüşmediğini, başkası ile nişanlandığını söylemiştir. Mağdurla arkadaşlığı bittiği için gidip F.'nin nişanlısına kendisi ile ilişkisi olduğunu söylediğini ve aralarını açtığını, nişanın bu nedenle bozulduğunu, mağdurun F.'yi sevdiğini ve ayrılmak istemediği için böyle bir şey yaptığını söylediğini, bu nedenle aralarında sözlü ve mesajla küfürleştiklerini beyan etmiştir. Mağdurun kendisi ile birlikte olmak istediğini ancak kendisinin bunu kabul etmediğini ve mağdur ile yüz yüze dahi görüşmesinin olmadığını; atılı suçlamaları kabul etmediğini beyan etmiştir.

F.'nin aynı gün savcılıkta alınan ifadesinde de mağdur ile 6 ay kadar telefonla konuştuğunu, başta mağdur ile evlenmeyi düşündüğünü ancak kendisinin bakire olmadığını söylemesi üzerine evlenmekten vazgeçtiğini ve başka biri ile nişanlandığını bunun üzerine mağdurun nişanlısı ile aralarını bozmak için "Ben F. ile evlenecektim sen engel oldun" dediğini ve onları ayırdığını kendi çektiği mesajları karakolda kayıt altına aldıklarını, karşılıklı hakaretleşme olduğunu ancak mağduru hiçbir zaman tehdit etmediğini söylemiştir. TV aracılığı ile tanıştığı mağdurun cinsel ilişkiye girmek istediğini onun bunu bacağı kırık olduğu için kabul etmediğini beyan ederek mağdurdan karakolda bulunmasına neden olduğu için şikayetçi olduğunu beyan etmiştir.

B.'nin vekalet sunarak müdafî huzurunda vermiş olduğu savcılıkta alınan 03.11.2010 tarihli ifadesinde; mağduru üç ay önce facebook aracılığı ile tanıdığını, 2-2,5 hafta kadar mağdur ile çıktıklarını ancak daha sonra ayrıldıklarını beyan etmiştir. Mağdurun kendisini sevdiğini şu anda başka bir kız arkadaşı olmasını hazmedemediğini söylemiş, cinsel ilişkiye hiçbir zaman girmediğini, mağdurun ilişki teklifinde bulunduğunu 3 kişinin bu mesajları gördüğünü ancak mağdurun daha önce M. isimli kişi ile birlikte olduğunu bildiğini bu nedenle ilişkiye hiç girmediğini beyan etmiştir.

M.'nin müdafî huzurunda verdiği 04.11.2010 tarihli ifadesinde mağdurun uzaktan akrabası olduğunu 2008 yılında 8-9 ay kadar arkadaşlığının olduğunu ancak mağdur ile kesinlikle cinsel birliktelik yaşamadığını beyan etmiştir. Mağdurun daha sonra başka erkekler ile gezdiğini duyduğunu, mağdurun defalarca telefonla arayarak kendisiyle barışmak istediğini ancak kabul etmediğini beyan etmekle mağdurun daha sonra B. isimli kişi ile çıktığını B.'nin bir daha mağdur ile konuşmaması için kendisiyle konuştuğunu, kendisinin de zaten konuşmadığını söylediğini beyan ederek suçlamaları kabul etmemiştir.

Aynı gün M. savcılıkta müdafî huzurunda, emniyette verdiği ifadenin benzeri ifade vererek suçlamayı kabul etmemiştir. Savcılık M.'nin tutuklanmasını talep etmiştir. M.'nin 04.11.2010 tarihinde Sulh Ceza Mahkemesi'nde verdiği ifadesinde de, emniyette verdiği ifadenin benzerini vermiş; olay tarihinde kendisinin lise ikinci sınıfta olduğunu mağdurenin ise ilköğretim 8. sınıf öğrencisi olduğunu belirterek suçlamayı kabul etmemiştir. Mahkeme ise şüpheli M.'nin tutuklanmasına karar vermiştir.

Savcılık, mağdurun iç beden muayenesinin yapılması ve ayrıca mağdurun ruh sağlığının bozulup bozulmadığı yönünde rapor alınması için talimat vermiş ise de, devlet hastanesinde psikiyatri uzmanı olmadığı için mağdurun ruhsal durumuna ilişkin raporu alınamamış; kadın doğum uzmanınca yapılan beden muayenesinde mağdurun bakire olmadığı, kızlık zarında genişleme, uzun süreli cinsel ilişkide bulunma bulgularını gösterdiği ancak kati rapor için Adli Tıp Kurumu'na sevkinin uygun olduğu bildirilmiştir.

Savcılık daha sonra çocuğun başka devlet hastanesine sevki ile ferik ve mümeyyiz olup olmadığının tespiti ile ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin rapor alınmasını istemiştir.

Kadın Doğum Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nden alınan 05.11.2011 tarihli rapor, çocuk ve ergen psikiyatri uzmanınca verilen tek hekim raporudur. Raporda mağdurun yaşı nedeni ile ferik ve mümeyyiz olmadığı, ruh sağlığının bozulduğu kanaati bildirilmiştir. Mağdurun tedavisi için bu konuda özelleşmiş birimi (çocuk koruma birimi) bulunan bir hastaneye yönlendirilmesinin uygun görüldüğü belirtilmiştir.

Savcılık ayırma kararı vererek, şüpheli F.'nin tehdit, hakaret, cinsel taciz, şantaj suçu açısından dosyanın başka bir soruşturma numarasına kayıt edilmesine, şüpheli

A.'nın çocuğun basit cinsel istismarı, çocuğun nitelikli cinsel istismarı, mağdurun beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğa cinsel istismar suçundan, şüpheli M.'nin çocuğun basit cinsel istismarı, çocuğun nitelikli cinsel istismarı, mağdurun beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğa cinsel istismar suçu, çocuk şüpheli B.'nin ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan soruşturmaya aynı numara üzerinden devam edilmesine karar vermiştir.

Savcılık daha sonra aralarında hukuki ve fiili irtibat mevcut olmadığı gerekçesi ile yeniden ayırma kararı vererek şüpheli A.'nın çocuğun basit cinsel istismarı, çocuğun nitelikli cinsel istismarı, mağdurun beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğa cinsel istismar suçu açısından ayrı bir soruşturma numarasına kayıt edilmesine karar vermiştir. Olay tarihinde çocuk olan Şüpheli M.'nin, çocuğun basit cinsel istismarı, çocuğun nitelikli cinsel istismarı, mağdurun beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğa cinsel istismar suçu, çocuk şüpheli B.'nin ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan soruşturmaya aynı numara üzerinden devam edilmesine karar vermiştir.

Savcılık 20.12.2010 tarihinde iddianame düzenlemiş, şüpheli A. için düzenlenen iddianamede sevk maddeleri olarak TCK 103/1.a, 103/6, 103/1.b, 103/2, 53. Maddeler gösterilerek Ağır Ceza Mahkemesi'nde dava açılmış, deliller mağdur, müşteki beyanları, adli raporlar ve kolluk tutanakları, dosya içeriği olarak gösterilmiştir.

Kovuşturma aşaması:

Ağır Ceza Mahkemesi, 03.01.2011 tarihinde iddianamenin kabulüne karar vermiş, böylece kovuşturma başlamıştır. Aynı tarihli duruşma hazırlık tutanağında, tutuklu sanığın tutukluluk halinin devamına, sanığın sosyoekonomik durum araştırması için müzekkere yazılmasına karar verilmiştir. Vekâletname sunan sanık müdafine çağrı kağıdı çıkarılması ile tutuklu kişi olduğu için mağdur ve müşteki hakkında zorla getirme kararı çıkarılmasına karar verilmiştir. Mağdura barodan vekil tayini için müzekkere yazılarak mağdurun doğum tutanağının celbi istenmiştir.

24.01.2011 tarihli duruşmaya müşteki ve mağdur ile vekili, tutuklu sanık ve müdafî katılmış, dosyada tek celsede karar verilmiştir. Duruşmada iddia makamı dava konusunun genel ahlaka aykırı olması nedeniyle CMK 182/2 maddesi gereğince duruşmanın kapalı olarak yapılmasını talep etmiş, mahkemece duruşmanın kapalı yapılmasına karar verilmiştir.

Sanık mahkemece müdafî huzurunda verdiği beyanının benzeri ifade vererek mağdure ile arabada cinsel ilişkiye girmediğini beyan etmiştir. Mahkemece, emniyetteki beyanındaki mağdurun rızası ile sanığın kendisine ait arabada ilişkiye girdikleri şeklindeki beyanı arasındaki çelişki sorulduğunda şimdiki beyanlarının doğru olduğunu söylemiştir.

Mağdur vekilinin talebi üzerine mağdurun katılmasına karar verilmiştir.

Mağdurun psikolog eşliğinde mahkemede alınan ifadesinde, eski erkek arkadaşı B'nin, A'ya mağdurun bakire olmadığını söylediğini, sanığın mağdura `Benimle ilişkiye girmezsen annene babana söylerim` diyerek tehdit ettiğini, olay günü yolda giderken sanığın arabası ile yolda durup "konuşacağız" demesi üzerine arabaya bindiğini, mağduru boş bir araziye götürdükten sonra sevişmek istediğini söylediğini ancak mağdurun bunu kabul etmediğini beyan etmiştir. Bunun üzerine "seni herkese ve annene söylerim" diye tehdit ederek arabadan inmek isteyen mağdureyi kapıyı tutarak engellediğini ve araba içinde cinsel ilişkiye girdiklerini beyan etmiştir. Sanığın daha sonra araba ile mağduru evine bıraktığını ve 4 ay boyunca bu olayı kimseye söylemediğini ifade eden mağdur sanık ile zorla ilişkiye girerken yüzünde herhangi bir yara bere izi olmadığını, mağduru dövmediğini, bıçak göstermediğini, olay günü üzerinde pantolonu olduğunu ve sanığın mağduru soyarak bu fiili işlediğini beyan ederek şikâyetçi olduğunu söylemiştir. Psikolog mağdurun beyanlarına itibar edilebileceğini beyan etmiştir.

Katılan annenin mahkemedeki ifadesinde kızını F. isimli kişi tehdit ettiği için şikâyet etmeye gittiklerinde, kızının daha önceden tecavüze uğradığını öğrendiğini, sanıkla olan ilişkisinin zorla mı rıza ile mi olduğunu bilmediğini, kızının psikolojisini bozmak için fazla bir şey sormadığını, sanıktan şikâyetçi olduğunu beyan etmiştir.

Daha sonra mahkemece dosyada delillerin toplandığı gerekçesi ile duruşmanın kapalı yapılmasına ilişkin ara kararın kaldırılmasına karar verilmiştir.

Cumhuriyet savcısı esas hakkındaki mütalaasında, mağdurun birden fazla kişi ile birçok ilişkisinin bulunduğunu, adli raporda kızlık zarının genişlemesinin uzun dönem cinsel ilişkiye girilmiş olduğunu gösterdiğini belirterek sanık hakkında ki iddianamede çocuğun beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde nitelikli cinsel istismarından dava açılmış ise de; mağdurun ve sanığın duruşmada gözlemlenen fiziksel yapısı, olay sonrası mağdurenin bırakılması, arabaya biniş şekli, gidilen yer, olayın oluş şekli, vücuttan elbiselerin ayırt ediliş biçimi ve bilahare şikâyet nedeniyle mağdurun sanık ile rızaen cinsel ilişki kurduğu düşüncesine varıldığını belirtilmiştir. Sanığın bu nedenle TCK 104/1, 53. Maddeleri gereğince cezalandırılması ve değişen suç vasfı nedeni ile tahliyesine karar verilmesini talep etmiştir.

Sanık ve müdafii beraatını talep etmiş ve mahkemenin aksi kanaatte olması halinde CMK 231. Madde hükümlerinin uygulanmasını ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkeme TCK'nın 104/1 maddesi gereğince takdiren sanığın 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, sanığın yargılamadaki tutumu lehe indirim nedeni kabul edilerek TCK 62/1 maddesine göre cezası 1/6 oranında indirilerek, 5 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Sanığın suç işleme konusundaki eğilimi, ileride bir daha suç işlemekten çekineceği yönünde mahkemece kanaat oluşmadığından adli para cezası, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve seçenek yaptırımlara çevrilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Sanığın tutuklulukta geçirdiği

2 ay 21 günün cezadan sayılmasına ve sanığın tahliyesine karar verilmiştir. Mahkeme gerekçeli kararında, mağdurun sanığın aracına kendi rızası ile binmesi, olaydan 3-4 ay sonra olayın adli makamlara intikal ettirilmesi, üzerinde pantolon olduğunu söyleyen mağdurun dar alanda zorla tecavüz edilmesinin hayatın olağan akışına ve sanığın mağdurun fiziki yapılarına göre ihtimal dâhilinde görülmemesi nedeniyle fiilin mağdurun rızası dâhilinde geliştiği kanaatinin oluştuğu belirtilmiştir.

Sanık müdafii kararı temyiz etmiş, mağdur vekili kararı temyiz etmemiştir. Yargıtay 24.04.2014 tarihli ilamında, fiilin unsurlarına uygun şekilde tavsif ve tatbikatı yapıldığı gerekçesiyle hükmün onanmasına karar vermiştir.

Değerlendirme

Dosyada cezasızlığa yol açan temel sebep etkili soruşturmanın yapılmamış olmasıdır. Soruşturmanın etkili yapılmamasında, çocuğun rızasının olduğunun ön kabulü kilit öneme sahip olmuştur. Dosyada temel eksiklikler, adli tıp incelemesinin önerilmiş olmasına rağmen yapılmaması, gerekli psiko-sosyal desteğin verilmemesi, beden muayenesinde çocuğun görüşünün alınmamış olmasıdır. Bu eksiklikler, soruşturmanın etkili olmamasına ve cezalandırmanın caydırıcı nitelik taşımasına yol açmıştır.

15 yaşından küçük olan çocuğun cinsel istismara rızasının olduğu, savcılık tarafından düzenlenen iddianamede de, mahkemenin gerekçeli kararında da yer almıştır. Bu, soruşturma aşamasında ve kovuşturma aşamasında çocuğun rızasının varlığının kabulünü göstermektedir. Delillendirme süreci de bu ön kabulden etkilenmiş, çocuğun cinsel istismarı konusunda ihtisas dairesi olan adli tıp incelemesi yapılmamış, koruyucu destekleyici tedbire hükmedilmemiştir. AİHM, büyük daire kararı olan M.C.-Bulgaristan davasında cinsel istismara yönelik temel ilkeleri belirlemiştir. Bu kararlar,

- Devletlerin istismarı etkin şekilde cezalandıracak yasal düzenlemeleri yapma ve bu yasal mevzuatın etkin şekilde soruşturma ve kovuşturma aşamasında uygulanması konularının her ikisinde de pozitif yükümlülüğü olduğu,
- Failin fiziksel olarak güç kullandığının ve mağdurun fiziksel olarak direndiğinin kanıtlanması gerektiğini,
- Cinsel istismarda rızanın olmadığını,
- Cinsel istismar mağdurlarının psikolojik olarak (yani, istemeden boyun eğerek veya kendini tecavüz olayından soyutlayarak) veya şiddetin devamının geleceği korkusuyla direnemedikleri olduğunu,

Bu bakımdan, soruşturma aşamasında yapılan ve mahkeme kararında değinilen rızanın varlığının kabulü AİHM kararlarıyla çelişmektedir. Mahkemelerce yapılan rıza tartışması ise çocukların korunmasından ziyade, daha az cezayı gerektiren maddeden hüküm tesis edilmesiyle sonuçlanmıştır.

Çocuğun beden muayenesine dair tutanak, sadece annenin izninin alındığını göstermektedir. Çocuğun kendini ilgilendiren kararlara katılımı ve bedenine yönelik doğrudan bir müdahalenin kararının alınmasında, yaşı ve gelişim durumu dikkate alınarak görüşünün sorulmaması hak ihlalidir.

Bu dosya bakımından Yargıtay, Adli Tıp incelemesinin yapılmamış olmasını bozma nedeni saymamıştır. Yargıtay'ın yerleşik görüşü "Ancak adli tıbbın ayrı bir anabilim dalı olup, 4810 Sayılı Kanun ile değişik 2659 sayılı Adli Tıp Kanununun 1. ve 2. Maddeleri de nazara alındığında adli vakalara ilişkin özel ve teknik bilgi ve deneyim gerektirdiği için, özel ihtisasa sahip bir bilirkişilik kuruluğu olarak adli tıp kurumunun ihdas edildiği, adli tıp ve dairesinin istikrar kazanmış ve uluslararası kriterlere uygun kabulüne göre cinsel istismar suçuna bağlı olarak mağdurenin ruh sağlığında bozulma olup olmadığına ilişkin raporun olaydan en az 6 ay sonra alınmasının gerektiği halde bu hususa riayet edilmediği, ceza miktarı da gözetilerek Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 7. ve 23. maddelerine göre teşekkül etmiş ihtisas kurulundan rapor alınmadan, ayrıntılı, yeterli ve kanaat verici olmayan Üniversitesi Çocuk ve Ruh Sağlığı Hastalıkları Hastanesince 6 aylık süre dolmadan 15.09.2009 tarihinde tanzim olunan rapora itibar edilip TCK'nın 103/6. maddesi uygulanarak hüküm kurulması" şeklindedir. Yargıtay'ın incelediği bu dosyada verdiği onama kararının Adli Tıp İhtisas Kurulu'ndaki inceleme yapan heyeti oluşturan meslek elemanlarının aynısından oluşan bir heyet tarafından yapılan bir inceleme varsa kabul edilmesi gerekirdi.

Mağdurun tedavisi için, bu konuda özelleşmiş birimi (çocuk koruma birimi) bulunan bir hastaneye yönlendirilmesi uygun görüldüğü dosya kapsamında alınan hekim raporunda yer almasına rağmen bu işlem yapılmamış, çocuk hakkında koruyucu destekleyici tedbir kararı verilmemiştir. Gerek soruşturma gerekse kovuşturma aşamasında ÇKK'da düzenlenmiş olan koruyucu-destekleyici tedbirlere hükmedilmemiştir. Çocuk Koruma Kanunu bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğu "korunma ihtiyacı içinde çocuk" olarak tanımlamıştır. AİHM, ruhsal istikrarın muhafazasının, kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkında yararlanmasının vazgeçilmez bir önkoşulu olduğunu kabul etmektedir. Bu sebeple koruyucu-destekleyici tedbirlerin ruhsal istikrar bakımından zorunlu olduğu dikkate alınmalıdır. Yine psikoloğun, sadece duruşma sırasında eşlik etmesi, çocuk ile güven ilişkisi tesis edilmeden yasal gerekliliği yerine getirmiş olmak için yapılan bir uygulama olması da çocuğa yarar sağlamaktan oldukça uzaktır. Yetkili mercilerin, mevcut koruyucu tedbirlere dahi başvurmamış olması AİHM kararları ile çelişir. Ayrıca yargılama süreçlerinde çocuğun üstün yararını gözetmeyen ve ikincil örselenmeye yol açan bu yaklaşım AİHM perspektifi ile uyumlu değildir. AİHM, I.G.-Moldova kararında tanımladığı üzere çocuğun iki kez mağduriyeti söz konusu olmaktadır. Birincisi maruz kaldığı cinsel istismar ikincisi ise yerel prosedürlerdir.

Tüm bu aykırılıkların yanı sıra, tek hekim tarafından alınan rapor, yanlı olarak karar için yeterli görülümüştür. Raporda yer alan mağdurun yaşı nedeni ile farik ve mümeyiz olmadığı, ruh sağlığının bozulduğu kanaati bildirilmiştir. Çocuğun cinsel istismarı

suçundan yargılanan sanık, 6 ay hapis cezası almıştır. Sanığın yargılamadaki tutumu lehe indirim nedeni kabul edilerek, ceza 5 ay hapis cezası olarak belirlenmiştir. Çocuğun üzerinde pantolon olduğunu söylemiş olması mağdurun dar alanda zorla tecavüz edilmesinin hayatın olağan akışına ve sanığın mağdurun fiziki yapılarına göre ihtimal dâhilinde değerlendirilmemiştir.

Tüm dosya bakımından tehdit suçuna dair hiçbir işlem yapılmamış olup, ilgili suç bakımından da cezasızlığa sebep verilmiştir.

3.

Dosya Adı: A.T.

Dosya Konusu: Cinsel Şiddet, Özgürlüğünden Yoksun Bırakmak

Tarih: 2010

Teknik Özet

Soruşturma aşaması:

Soruşturma, mağdur A. T'nin öz kardeşinin 07.06.2010 tarihinde Emniyet Müdürlüğü'ne müracaatta bulunması, mağdurun üvey amcası E. ile saç kestirmek için evden ayrıldığını ve bir daha eve dönmediğini, üvey amcasının numarasına da ulaşamadığını, annesinin olayın etkisiyle hastalandığı için gelemediğini, kendisinin kardeşini kaçırdıysa üvey amcası olan şüpheli E.'den şikayetçi olduğunu bildirmesiyle başlamıştır.

08.06.2010 tarihinde mağdurun annesi de polis merkezine giderek kızının kayıp olduğunu, daha önceden 3-4 kere eşinin kardeşinin kızıyla evlenmek istediğini, kızı istemediği için vermediğini, kızının bu şahıs tarafından kaçırılmış olabileceğini düşündüğünü beyan ederek şüpheli E.'den şikayetçi olmuştur.

Konu ile ilgili araştırma devam ederken 08.06.2010 tarihinde ismini vermeyen iki ayrı şahıs tarafından saat 09.30 ve 09.45'te jandarmayı arayarak, S. ve B.'nin küçük bir kızı zorla şüpheli evinde tuttuğu ihbar edilmiştir. Şüpheli S.'nin, şüpheli E.'nin ablası olduğu anlaşılmıştır.

Jandarma, köydeki ihbar edilen adrese mağduru bulmak amacıyla gidip, ev ve köy çevresinde yaptığı araştırmada, şüpheliyle mağdurun o evde bulunmadığını ancak geceyi söz konusu evde geçirdiklerini ve kısa bir süre önce şüphelinin mağduru da alarak evden kaçtığını tespit etmiştir.

Şüpheli E.'nin, köy çevresinde ve diğer köylerde muhtemel olarak gidebileceği adresler tespit edilerek, ilçe jandarma komutanlıklarına bilgi verilmek suretiyle yol

kontrol noktaları kurulmuş, saat 14.00 sıralarında da mağdura söz konusu köyün çıkışında yol kenarında beklerken ulaşılmıştır. Şüpheli E. İse, mağduru bıraktıktan sonra araziye doğru kaçarken yakalanmıştır.

20.02.1995 doğumlu mağdurun, 08.06.2010 tarihinde savcılıkta, avukat ve sosyal hizmet uzmanı eşliğinde ifadesi alınmıştır. Mağdur söz konusu ifadesinde; babasının 6-7 yıl önce vefat ettiğini, yaklaşık 3 yıl önce de annesinin yakalandıkları köyden H. ile evlendiğini beyan etmiştir. Mağdur, yaklaşık bir yıldan beri üvey babası H.'nin kardeşi olan şüpheli E. ile mağduru evlendirmek istediklerini konuştuğunu, mağdurun da buna karşı çıktığını ifade etmiştir. Mağduru üç kez annesinden istediklerini, annesinin ancak kızının istemesi halinde olur vereceğini söylediğini, kendisinin ise her seferinde “hayır” cevabını verdiğini söylemiştir.

Mağdur, olay günü saçını kestirmek için kuaföre gittiğini, kuaförden sonra marketin yanında şüpheli E. ile karşılaştıklarını, onun ısrarlı bir şekilde “seni eve bırakayım” demesi üzerine orada bulunan kırmızı arabaya bindiğini, aracı lokantada çalışan X.'in sürdüğünü, yolda giderken TOKİ konutlarına doğru hareket edince eve gitmek istediğini söyleyen mağdura E.'nin, “biraz gezelim ben seni eve götürürüm” dediğini, köye doğru devam ettiklerini görünce inmek istediğini söyleyen mağdura, “halanlara uğrar bir çay içer geliniz” dediğini ifade etmiştir.

Mağdur, köyde halasının evine girince, şüpheli E.'nin “seni kaçırdım” dediğini, su isteme bahanesiyle şüpheli içeri gittiğinde, camdan atlayıp kaçarken şüpheli E.'nin mağduru yakalayıp ablası ve eniştesiyle birlikte zorla eve soktuklarını söylemiştir. Bu sırada mağdurun ağlayıp bağıрма seslerini duyan komşulardan biri, kapıya gelip ne olduğunu sorduğunda bir şekilde komşuyu savuşturduklarını ifade eden mağdur, daha sonra şüphelinin ablasının, şüpheliyle, mağduru yatak olan bir odaya soktuğunu, mağdurun pencereyi açıp kaçmak istediği sırada, şüphelinin bir tokat attığını, daha sonra mağduru zorla soyarak onunla cinsel ilişkiye girdiğini, sabaha kadar o odada kaldıklarını söylemiştir.

Sabah olduğunda saat 07.00 gibi mağduru o evden biraz uzaktaki bir eve götürdüğünü, oralardaki bir kadının mağdura kendi isteğiyle mi geldiğini sorduğunda, mağdurun zorla getirildiğini beyan etmesi üzerine, “Sen dışarı çık, E.'yi oyala, ben jandarmaya haber vereceğim” dediğini, daha sonra yeniden üvey halasının evine gittiklerini, orada ablasını arayıp, kaçırıldığını haber verirken telefonu şüpheli E.'nin kapattığını, daha sonra halasının “Jandarmaya haber vermişler, buradan gidin” dediğini, şüphelinin mağdurun kolundan tutarak götürdüğünü, giderken jandarmayı gördüğünde şüphelinin “Kırşehir’de ağabeyim var oraya gidip evleniriz” dediğini, mağdurun ise “ben istemiyorum, beni jandarmaya teslim et” deyince, bırakıp kaçmaya başladığını söyleyerek, üvey amcası olan şüpheli E.'den ve ona yardım eden herkesten şikayetçi olduğunu beyan etmiştir.

Mağdurun savcılıkta bir kez daha sosyal hizmet uzmanı ve avukat eşliğinde ifadesi alınmış, sosyal hizmet uzmanının bu görüşmeye istinaden bir görüşme raporu sun-

duğu görülmüştür. Görüşme raporunda, mağdurun ailesi hakkında birtakım bilgilere yer verilmiş, mağdurun öz babasının 2003 yılında intihar ederek öldüğü, 6 kardeş olan mağdurun annesinin, 2005 yılından bu yana kendisinden 10 yaş küçük olan bir adamla gayri resmi evlilik yaptığı, o kişinin de mağdurun yaşadığı evde birlikte yaşadığı ve bu birliktelikten çocuğu olmadığı bilgilerine yer verilmiştir. Ayrıca görüşme raporunda olayın nasıl geliştiğinin ayrıntılı olarak yer aldığı, ifade tutanaklarından farklı olarak şüphelinin sabaha kadar toplam dört kez mağduru organ sokmak sureti ile istismar ettiği, mağdurun her seferinde direnmeye çalıştığı, bağırdığı ancak kimsenin müdahale etmediği bunun üzerine bağırıktan vazgeçtiği bilgilerine yer verilmiştir. İfade tutanaklarından farklı olarak şüpheli E.'nin aile ile sık sık birlikte olduğu, şüpheli E.'nin mağdurun ablası olan G. ile evlenmek için teşebbüste bulunduğu ancak başarısız olduğu, bunun üzerine mağdurla evlenmek istediği ancak mağdurun bu evliliğe şiddetle karşı çıkmasına rağmen ailesinin zorlaması ile bir ay önce E. ile nişanlandığı, nişana ablasının da karşı çıkarak mağduru desteklemesiyle bir hafta sonra mağdurun nişanı bozduğu bilgisine yer verilmiştir. Raporun sonuç ve değerlendirme kısmında, mağdurun yaşadığı cinsel istismardan dolayı yoğun ve psikolojik bir travma geçirdiği, yaşadıklarını tam olarak algılayamadığı, anlatamadığı, bununla birlikte fiziksel olarak da yıprandığı kanaatine yer verilerek, mağdurun acilen psiko-sosyal olarak desteklenmesi, psikiyatrik ve tıbbi yardım almasının, Çocuk Koruma Kanunu'nun 9. ve 10. maddeleri gereğince acil koruma kararı alınarak kuruma yerleştirilmesinin uygun olacağı kanaati bildirilmiştir.

Savcılığın, görüşme raporu üzerine 10.06.2010 tarihinde mağdurun görüşme tutanağındaki bilgilere istinaden, en yakın mahkemede koruma kararı alınarak kuruma teslim edilmesi için İl Jandarma Komutanlığı Çocuk Merkezi Amirliği'ne müzekkere yazdığı anlaşılmıştır.

Savcılık, mağduru aynı gün beden muayenesi için hastaneye sevk etmiş, vücudunda direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir izi bulunup bulunmadığının, kızlık zarının bozulup bozulmadığının, zarın elastik yapıda olup olmadığının ve fiilin organ veya sair cisim sokularak işlenip işlenmediğinin araştırılmasını istemiştir. Savcılık ayrıca mağdurun maruz kaldığı cinsel istismar fiili nedeniyle beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin rapor için Kadın Doğum Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi Psikiyatri Bölümü'ne sevk etmiştir. Devlet Hastanesi Kadın Hastalıkları Doğum Polikliniği'nden alınan 08.06.2010 tarihli raporda himende saat 6 hizasında yırtığın mevcut olduğu ve mağdurun sırtında üç adet ekimoz mevcut olduğu, sol uylukta iz olduğu bildirilmiştir. Mağdurun Kadın Sağlığı Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nde 09.06.2010 tarihli muayenesinde, duhule müsait olmayıp bakire olduğu, gebelik testinin negatif olduğu bildirilmiştir. Mağdurun Adli Tıp Şube Müdürlüğü'nden adli tip uzmanınca verilen 09.06.2010 tarihli raporunda himen ve anüs muayenesinin yapıldığı, mağdurun himenin duhule müsait olmayıp bakire olduğu, livata eyleminin maddi delillerine rastlanılmadığı, psikiyatri bölümünce heyet raporu düzenlenmesinin uygun görüldüğü Adli Tıp Biyoloji İhtisas Dairesi'ne gönderilmek üzere mağdurun tam olarak gerçekleşmeyen ilişkiden bahsetmesi

nedeniyle buccal svap alınarak spermatozoit araması yapılmasının istenildiği, mağdurun sağ ayak, sağ el, saç derisinde sıyrık, ödem ve hassasiyet tespit edildiği bildirilmiştir.

Mağdurun ruh sağlığına ilişkin Kadın Doğum Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi'den 10.06.2010 tarihinde tek hekimden alınan raporda, psikiyatrik bir belirti ortaya çıkmadığı ve bir ay sonra kontrolünün uygun olduğu kanaati bildirilmiştir.

Şüphelinin jandarmada alınan, avukat istemediğini açıkça belirterek 08.06.2010 tarihinde verdiği ifadesinde, mağduru kuaföre götürdüğünü, kuaförde işi bittikten sonra mağdurun isteği üzerine ona ayakkabı aldığını daha sonra yürüyerek mağduru eve bırakmaya gittiği sırada mağdurun isteği üzerine markete girip alışveriş yaptıklarını ve eve gittiklerini beyan etmiştir. Daha sonra akşam saatlerinde mağdurun isteği üzerine dondurma yemeye gittiklerini, bu sırada lokanta sahibi X. ile karşılaştıklarını, X.'in mağdura "yağmur başlıyor isterseniz size eve bırakayım" demesi üzerine araca bindiklerini, X.'in "isterseniz sizi biraz gezdireyim" dediğini, bu esnada kendisinin X.'e onları köye götürmesini, yaklaşık bir yıldır görmediği ablasını göreceğini söylediğini, köye vardıklarında ablasının evde olmadığını, bu sırada saatin 23:30 olduğunu, mağdura 100 TL vererek taksile eve dönmesini söylediğini ancak bir türlü araç bulamadıklarını, daha sonra ablasının ahırda bulunduğunu öğrendiğini, geç olduğu için mağdurla ablasının evinde kaldığını, kendisinin ise yine ablasına ait karşı evde kaldığını, sabah da bir gün önce kaybettiği cep telefonunu aramak için ablasının bahçesine gittiğini ancak bulamadığını söylemiştir. Şüpheli ifadesinde, daha sonra mağdurun annesini arayarak mağdurun ablasının onları şikayet ettiğini, hemen oraya gelmesini söylemesiyle geri dönüş yolunda jandarmaların yakaladığını söyleyen şüpheli E., mağdurla cinsel ilişkiye girmediğini, onu kaçırmadığını, mağdurla evlenme gibi bir düşüncesinin olmadığını beyan ederek, suçlamaları kabul etmemiştir.

Şüpheli X.'in avukat istemediğini açıkça belirttiği jandarma tarafından alınan 08.06.2010 tarihli ifadesinde, şüpheli E.'nin olay günü saat 06:00 sıralarında kendisine gelerek bir kız kaçırdığını ve ona yardım etmesini istediğini, eğer onları köye götürürse gaz parasını ve 100 TL para veririm dediğini, onun da paraya ihtiyacı olduğu için kabul ettiğini söylemiştir. Araca binerken kızla güle eğlene bindiğini, kaçırıldığına dair şüphe duymadığını, köye vardıklarında E.'nin 30 lira gaz parası ve 100 TL para verip benimle işim bitti diyerek iteklediğini, onun da geri döndüğünü ifade etmiştir.

Şüpheli B.'nin avukat istemediğini açıkça belirttiği, jandarma tarafından alınan 08.06.2010 tarihli ifadesinde, mağdurun ve E.'nin akşam saatlerinde aracı kullanan 20 yaşlarında bir şahısla geldiklerinde, gezmeye geldiğini söylediğini, sonra diğer şahsın gittiğini, daha sonra ikisinin buraya pikniğe geldiklerini söyleyerek bahçeye gezinmeye çıktığını, sabaha kadar da eve gelmediklerini, kesinlikle evinde kalmadıklarını söylemiş, kaçırdığından da haberi olmadığını beyan etmiştir.

Şüpheli S.'nin, jandarma tarafından alınan 08.06.2010 tarihli ifadesinde, diğer şüpheli B'nin ifadesine benzer ifadeler verdiği, 3 kişi geldiklerini, sonra diğer şahsın evin önünden arabasıyla ayrıldığını, piknik yapmaya geldiklerini söylediklerini, sabaha kadar ekin tarlası içinde kaldıklarını, geldiklerinde piknik yapacaklarını söylediği için E.'nin mağduru zorla kaçırıp kaçırmadığını bilmediğini beyan etmiştir.

Şüpheli E.'nin 09.06.2010 tarihinde müdafii eşliğinde savcılıkta verdiği ifadesinde, daha önce mağdurla evlenme gibi bir düşüncesinin olmadığını söylemiş ise de; aslında mağdurla nişanlı olduğunu beyan ederek olay günü X. isimli şahsa, başta kızı kaçıracağını söylediğini, onun aracını kiraladığını, ablasına geldiklerinde ablasına kızı getirdiğini söyleyince de eve kabul edilmediklerini, "ben bu sorumluluğu alamam" dediğini, onların da ablasının bahçesine gittiğini, orada mağdurun rızası ile hiçbir zorlama olmadan ilişkiye girdiklerini beyan ederek, mağduru hürriyetinden yoksun bırakmadığını, ilişkiye girerken de kendisinin istediğini beyan etmiştir.

Şüpheli X.'in 09.06.2010 tarihinde aynı müdafii eşliğinde savcılıkta verdiği ifadesinde daha önceki ifadesine benzer ifadeler kullandığı, ancak E.'nin para teklifi üzerine, "kız kaçırıyorsan gelmem" deyince, E.'nin "yok yeğenimle gideceğiz" dediğini, yolda da gayet rahat bir şekilde hatta telefonda birlikte müzik dinleyerek gittiklerini, kızın hiç kaçırılmıyormuş gibi bir halinin olmadığını beyan etmiştir. Savcılık, şüpheli X.'i ifadesini aldıktan sonra serbest bırakmıştır.

Şüpheli S. ve B. müdafii eşliğinde savcılıkta verdikleri ifadelerinde jandarmada verdikleri ifadelerin benzeri şekilde mağduru ve E'yi kesinlikle eve almadıklarını, kendilerinin pikniğe geldiklerini söylediğini beyan etmişlerdir.

Savcılık, şüphelilerden E., S. ve B.'nin tutuklanmasını talep etmiştir. 09.06.2010 tarihinde şüphelilerin müdafii eşliğinde sorguları yapılmıştır. Şüpheli E., savcılıkta verdiği ifadeyi tekrar etmiş, jandarmada verdiği ifadeyi olayın korkusu ve şoku ile verdiğini, mağdurun annesi, mağdurla ilişkiye girdiğini söylememesini söylediği için böyle dediğini, mağdurla evlenmek istediğini, uzlaşmaya yanaşırlarsa uzlaşmak istediğini beyan etmiştir. Diğer şüpheli S. ve B. de, önceki ifadelerine benzer beyanlarda bulunmuşlardır. Sulh Ceza Mahkemesi, şüpheli S. ve B.'nin tutuklanması taleplerinin reddine, E.'nin ise tutuklanmasına karar vermiştir.

Savcılık, 24.06.2010 tarihinde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak ve çocuğun cinsel istismarı suçlarından şüpheliler E., S., B. ve X. hakkında iddianame düzenlemiştir.

Kovuşturma aşaması :

Ağır Ceza Mahkemesi, 28.06.2010 tarihinde, iddianamenin kabulü kararı vermiştir. 22.07.2010 tarihinde ilk duruşmaya sanıklar ve müdafileri ile müşteki, mağdur ve vekili katılmıştır. Sanık E. duruşmadaki savunmasında, Sulh Ceza Mahkemesindeki ifadesinden farklı olarak, mağdurla cinsel ilişkiye girmediğini beyan etmiştir. Ayrıca suçlamaları kabul etmediğini, mağdurun ırzına geçmediğini, zorla alıkoymadığını

beyan etmiştir. Sanık X. duruşmadaki savunmasında, mağdur ve sanık E.'yi köye götürdüğünü, otururken herhangi bir zorlama olmadığını beyan etmiştir. Önceki ifadelerindeki, sanık E.'nin kız kaçıracağını söylediğine ilişkin beyanlarını kabul etmeyerek, şimdiki ifadelerinin daha doğru olduğunu söylemiştir. Sanık B., önceki ifadelerinin benzeri ifade vermiştir. Sanık S. İse, mağdurun kendi rızası ile geldiğini, pikniğe geldiklerini söylediklerini, kendisinin ise “bu saatte piknik mi olur yemek yiyin tekrar dönün” dediğini daha sonra yemeklerini yiyip evden ayrıldıklarını, evlerinde kalmadıklarını, E.'nin suç islemesine yardımcı olmadıklarını beyan etmiş ve şimdiki ifadesinin daha doğru olduğunu söylemiştir.

Mağdurun psikolog eşliğinde alınan ifadesinde, üvey halasının mağduru ve E.'nin zorla odaya soktuğunu ancak üzerinden kilitlenmediğini, sanık E. ilişkiye girmek istediye de ona direnerek mukavemet gösterdiğini, sanığın da mağdura iki üç kez tokat vurduğunu ama ilişkiye giremediğini beyan etmiştir. Çelişki nedeniyle sorulduğunda sanık E.'nin erkeklik organını çıkardığını ancak kendisinin kadınlık organına sokamadığını, kendisinden kan da gelmediğini beyan etmiştir. Psikolog mağdurun fiziki ve ruhi yönden ifadesini verebilecek durumda olduğunu ve beyanlarına itibar edilebileceğini beyan etmiştir.

20.08.2010 tarihli ikinci duruşmada mağdurun ablası tanık sıfatıyla dinlenmiştir. Ablası beyanında, kardeşinin kandırılarak kaçırıldığını ancak kendisinin anlatımına göre, sanık E.'nin kardeşine organ sokmak suretiyle istismarda bulunmadığını söylediğini beyan etmiştir.

17.09.2010 tarihli duruşmaya mağdur, müşteki, sanıklar ve müdafileri katılmıştır. Mağdurun üvey babası tanık sıfatıyla dinlenmiş, olay olduktan sonra mağdurun kendisine zorla kaçırılmadığını, herhangi bir cinsel istismara maruz kalmadığını söylediğini beyan etmiştir.

Savcılık esas hakkındaki mütalaasında, sanık E. ile mağdurun bir ara nişanlandıklarını ancak daha sonra nişanın bozulduğunu, olay günü sanık E. ve mağdurun kendi isteğiyle otomobile bindiğini ve bir süre sonra sanık S.'nin evine gittiklerini, onları indiren X.'in ise otomobille oradan ayrıldığını, ikisinin birden sanık S. ve B.'nin evinde kaldıklarını, odada mağdurla yalnız kaldığını, sanık E.'nin mağdurun kıyafetlerini ve kendi kıyafetlerini çıkararak ilişkiye girmeye çalıştığını, mağdura birkaç tokat atarak direncini kırmaya çalıştığını ancak mağdurun direnmesi üzerine organını sokamadığını, alınan raporlarda mağdurun bakire olduğunu belirterek, sanık E.'nin 15 yaşından büyük mağdura cebren cinsel istismar suçunu işlediğinden, TCK 103/1-b, 53, 63. Maddeleri gereğince cezalandırılmasını talep etmiştir. Sanık E. hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak suçundan cezalandırılması için kamu davası açılmış ise de, bu suçu işlediğine dair cezalandırmaya yeter delil elde edilemediğinden, CMK 223/2-e Maddesi gereğince beraatına ve sanığın tahliyesine karar verilmesini talep etmiştir. Mütalaada, diğer sanıklar için isnat edilen fiilleri işlediklerine dair dosyada kesin ve yeterli delil bulunmadığından, atılı suçlardan CMK'nin 223/2-e Maddesi gereğince ayrı ayrı beraatını talep ettiği anlaşılmıştır.

Mahkeme, dosya içinde mağdurla ilgili 06.06.2010 tarihli raporla 09.06.2010 tarihli raporlar arasında çelişki bulunduğundan, mağdurun yeniden Adli Tıp Kurumu'na gönderilerek himeninde yırtık olup olmadığı, duhule müsait olup olmadığı, organ girip girmediği hususunda rapor alınması için yeniden rapor alınmasına karar vererek sanığın tutukluluk halinin devamına karar vermiştir. 30.09.2010 tarihinde mağdurun tekrar Adli Tıp Şube Müdürlüğü'nden raporu alınmış, raporda mağdurun bakire olduğu, himenin duhule müsait olmadığı bildirilmiştir.

11.10.2010 tarihli son duruşmada mağdur, önceki celselerde şikâyetçi olmadığı yönündeki beyanını tekrarlamış, sanık ise son söz olarak takdirin mahkemede olduğunu söylemiştir.

Mahkeme, sanıklardan X.'in hürriyeti yoksun kılma suçundan yeterli ve kesin inandırıcı delil bulunmadığından beraatına karar vermiştir. Sanık S. ve B.'nin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan, cinsel istismar suçlarından ayrı ayrı, yeterli ve kesin inandırıcı delil bulunmadığından, beraatlarına karar verilmiştir. Sanık E.'nin ise, hürriyeti yoksun kılma suçundan yeterli ve kesin inandırıcı delil bulunmadığından, beraatına karar verilmiş, cinsel istismar fiilinden TCK 103/1-b maddesi gereğince kastın yoğunluğu göz önünde bulundurularak 4 yıl hapis cezasına, sanığın duruşmalardaki olumlu tutumu nedeniyle TCK 62. Madde gereğince 1/6 oranında indirim yapılarak, 3 yıl 4 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiş, başkaca artırım ve indirim yapılmasına yer olmadığına, tutuklulukta geçen sürelerin cezadan mahsubu ile hükmen tahliyesine karar vermiştir.

Sanık E.'nin müdafisi, kararı mahkûmiyet hükmü yönünden temyiz etmiş, karar onanmıştır.

Değerlendirme

İncelenen dosyada mağdur ifadesinin sesli-görüntülü kaydının alınmaması sebebiyle birden fazla ifade alınması, sosyal inceleme raporunda da belirtilen acil koruma kararının alınmaması, herhangi bir koruyucu-destekleyici tedbire hükmedilmemesi, birbiriyle çelişen beyanlar ve raporlar arasında daha az cezayı temin eden beyan ve raporların dikkate alınması, adli tıp raporunun belirlenen usule uygun olmaması gibi hukuki eksiklikler ve tercihler nedeniyle cezasızlık söz konusu olmuştur. Tüm yargılama sürecinde bazı suçlar görmezden gelinmiş ve yok sayılmıştır. Bu yaklaşım, çocuğa yönelik fiziksel şiddet, çocuğun hürriyetinden yoksun bırakılması suçlarından cezasızlığa neden olmuştur. Çocuğun cinsel istismarı yönünden ise yargı, etkili bir başvuru yolu olmaktan çok uzak kalmıştır. Devletin ırza geçme ve cinsel istismarın her türünü etkili biçimde soruşturma ve cezalandırma yönündeki pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Dosya bu ilkeyi temin etmekten çok uzaktır. Belirlenen hak ihlalleri ve hukuka aykırılıklar şu şekildedir:

Mağdur çocuğun ilk ifadesi, savcılık aşamasında, avukat ve sosyal çalışma görevlisi eşliğinde alınmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunundaki emredici hüküm olan, sesli-gö-

rüntülü kayıt alınmamıştır. Çocuk, olayı, savcılık aşamasında savcıya 1 defa, sosyal çalışma görevlisine 1 defa, mahkeme aşamasında belirlenebildiği kadarıyla en az 2 kez daha, kovuşturma aşamasında bir başka sosyal çalışma görevlisine, 3 kez de adli tıp incelemesinde anlatmıştır. Dosya kapsamından belirlenebildiği kadarıyla çocuk yaşananları 8 kez anlatmıştır. Çocuğun defalarca yaşadıklarını anlatması, çocuğun kurumlar aracılığıyla tekrar mağdur edilmesi sonucunu doğurmaktadır. AİHM I.G.-Moldova kararında, çocuğun iki kez mağduriyetini tanımlamıştır. Birincisi maruz kaldığı cinsel istismar, ikincisi ise yerel prosedürlerdir. Bu sebeple çocuğun defalarca yaşananları anlatması AİHM perspektifi ile çelişir.

Soruşturma aşamasında hazırlanan sosyal inceleme raporu oldukça kapsamlı ve yasal gerekliliklere uygundur. Bu raporda çocuğun acil olarak koruma altına alınması önerilmiştir. Savcılık sadece müzekkere yazmakla sınırlı kalmış, çocuğun koruma altına alınmasını sağlamamıştır. Acil koruma kararı için başvuru mahkemenin ise, herhangi bir işlem yapmadığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Acil koruma kararı, aile içi şiddet ve ailenin/aile bireylerinin de dahil olduğu cinsel istismar vakalarında çocuklar bakımından hayati önem taşımaktadır. AİHM, bir ailenin bölünmesini, aile yaşamına ve bütünlüğüne yönelik çok ciddi bir müdahale olarak değerlendirmektedir. “Bu yönde atılan bir adım, çocuğun çıkarlarının yeterince sağlıklı ve ağırlıklı biçimde değerlendirilmesiyle desteklenmelidir.” demiştir. Çocukların kendi ebeveynleri tarafından ihmale ve duygusal tacize maruz kalma, fiziksel ve psikolojik zarar görme gibi durumlarda, devletin etkin koruma mekanizmasının olması gerektiği belirtilmektedir. Acil koruma kararı, çocuğu bulunduğu ortamdan, yani istismara maruz bırakıldığı veya sebep olunduğu ortamdan uzaklaştıracak olması bakımından önemlidir. Devlet, cinsel istismar mağduru olan çocuğun yargılama sürecindeki korunma ihtiyacını tespit etmiş olmasına rağmen, uygun tedbirleri alamamış, önerilen uygun tedbirler, yetkili makamlarca değerlendirilmemiştir, bu açıdan AİHM kararları ile uyumsuzluk bulunmaktadır.

Savcılık aşamasında alınan sosyal inceleme raporunun sonuç ve değerlendirme kısmında, mağdurun yaşadığı cinsel istismardan dolayı yoğun ve psikolojik bir travma geçirdiği, yaşadıklarını tam olarak algılayamadığı, anlatamadığı, bununla birlikte fiziksel olarak da yıprandığı kanaatine yer verilerek, mağdurun acilen psiko-sosyal olarak desteklenmesi, psikiyatrik ve tıbbi yardım almasının gerekli olduğu belirtilmesine rağmen, çocukla ilgili ne savcılık ne mahkeme koruyucu-destekleyici tedbire başvurmamıştır. Ayrıca yargılama sırasında yer alan psikolog ile çocuğun önceden görüşme yapıp yapmadığı belirlenememiştir. Ancak duruşma sırasında çocuğun beyanlarında çelişki olması ve istismarın olmadığını söylemesine rağmen bir cümle ile yargılamaya katılmıştır. Bu durumun, dosya kapsamındaki sosyal çalışma görevlisi bulunmasına dair yasal düzenlemelerle uyumlu olduğunu göstermesi bakımından önemlidir. Ancak çocuğun ihtiyaç duyduğu desteği alıp almadığının dosya kapsamında değerlendirilmesi mümkün olamamıştır. AİHM, ruhsal istikrarı, çocuğun esenliği ile değerlendirmekte, sağlıklı olma için zorunlu olduğunu belirtmektedir. Çocuklar cinsel istismara uğradıktan sonra, ihtiyaç duyacakları destek mekanizmalarının

olması gerekmektedir. Cinsel istismar davası sürecinde veya sonrasında, nitelikli bir psikolog desteği vermek veya gereğince nezaret edilmek zorundadır. Bu kararlar doğrultusunda çocuk hakkında koruyucu-destekleyici karar alınmamış olması, AİHM kararları ve ilkeleriyle çelişmektedir.

Adli tıp raporları ise somut durumun ne olduğunun tespitinden ziyade, cezasızlığı temin edici işlev taşımıştır. Adli tıp raporları, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından değerlendirmeye konu olmuş ve Yükseköğretim Kurumları veya birimlerinin Adli Tıp Mevzuatı çerçevesinde görev yapacağına açıkça belirtilmiş olması karşısında, Adli Tıp Kurumu Altıncı İhtisas Kurulu'nda yer alması gereken uzmanlık dallarında görevli uzmanlar arasından seçilecek ve içerisinde zorunlu olarak çocuk psikiyatristi bulunan en az beş kişilik bir bilirkişi heyetinden rapor alınması zorunlu kabul edilmiştir. Dosya kapsamında alınan beden ve ruh sağlığına dair rapor, tek hekim raporudur. Bu raporun yasal zorunlulukları taşıması, savcılık, yerel mahkeme ve Yargıtay tarafından dikkate alınmamıştır. “ Ceza hukuku sistemi, istenen caydırıcı etkiyi göstermelidir.” İlkesi, bu dosya bakımından temin edilememiştir.

Ayrıca sanıklar bakımından çocuğun uğradığı fiziksel şiddet yok sayılmış, hürriyetinden yoksun bırakılması suçu hakkında ise, savcılık tarafından verilen esas hakkındaki mütalaada da, mahkemenin kararında da, cezasızlık söz konusu olmuştur. Nitekim tüm sanıklar, çocuğun özgürlüğünün kısıtlanması hususunda beraat etmişlerdir. Cinsel istismar suçu ise sadece tek sanık bakımından söz konusu olmuş, diğer sanıkların suçun işlenmesindeki rolleri yok sayılmıştır. Sanık hakkında indirim de uygulanmıştır. Bir çocuğun 4 sefer cinsel istismara uğramış olması, mahkemece yapılan değerlendirmede 3 yıl 4 ay ile cezalandırılmıştır. Yargı, etkili bir başvuru işlevi görmemiş; ceza hukuku sistemi istenen caydırıcılığı temin etmekten çok uzak kalmıştır.

4 .

Dosya Adı: G.

Dosya Konusu: Cinsel Şiddet, Çocuk Fuhuşu, Çocuğun Cinsel Ticari Sömürüsü

Tarih: 2010- 2014

Teknik Özet

Soruşturma aşaması :

22.03.1999 doğumlu mağdur G.'nin evden kaçmasını müteakiben annesinin karakola giderek kayıp bildiriminde bulunması üzerine soruşturma başlamıştır. Mağdur giderken, “Ben gidiyorum, bu sefer eve dönmek üzere gidiyorum, lütfen polise falan haber verme, peşime düşme, sil beni, ben sana layık evlat olamam ben de size, silip gidiyorum. Lütfen polise haber verme, peşime düşme, sil beni. Ben yokmuşum

gibi devam edin hayatınıza önceki gibi hadi Allah'a emanet olun" şeklinde kendi el yazısı ile not bırakmıştır. Annesi 22.03.2010 tarihinde karakolda alınan beyanında, öncelikle mağdurun gidebileceği yerleri araştırdığını, daha evvel kaçtığında arkadaşı V.'nin yanına gittiği için V.'nin yanına gittiğini ancak orada da bulamayınca adli mercilere başvuruda bulunmak durumunda kaldığını beyan etmiştir.

Mağdurun annesi 20.05.2010 tarihinde alınan müşteki ifadesinde, kızının gecen yıl liseyi terk ettiğini daha sonra bir bayan kuaföründe işe girdiğini, bir buçuk ay sonra isten çıktığını, bir hafta sonra ise evden kaçtığı için karakola müracaatta bulunduğunu beyan etmiştir. Müşteki anne ifadesinde devamlı; kızının evden kaçtıktan bir hafta sonra "Hakan" ismi ile kendisini tanıtan bir erkek şahsın ev telefonunu özel numaradan aradığını, bu şahsın müşteki annenin kızına sahip çıkamadığını, her gece eve geç geldiğini ve kızına kötü davrandığı için kızının bu şahsın yanında kaldığını, kızı ile kardeşini evlendirmek istediğini söyleyerek telefonu kapattığını söylemiştir. 01.05.2010 tarihinde saat 18.30 sıralarında ise kızının gizli numaradan arayarak, ismini bilmediği bir türkü evinde garsonluk yaptığını, iyi olduğunu, kendi hayatını kurmak istediğini ve yakın zamanda ziyarete gelmek istediğini söylediğini, 19.05.2010 tarihinde ise kızının müştekiyi cep telefonundan arayarak yanına gelmek istediğini söylediğini, yarım saat sonra ise müşteki annenin çalıştığı işyerine geldiğini, kızının kaçtığı süre içinde, kaçtığı kişi ve ağabeyinin, pavyonlarda konsomatris olarak çalıştığını, zorla fuhuş amaçlı başka erkeklere sattığını, kızını zorla alıkoyduğunu ve darp ettiğini öğrendiğini, bu şahıslardan şikayetçi olduğunu beyan etmiştir.

Mağdurun avukat ve sosyal hizmet uzmanı eşliğinde kamera kaydı yapılarak alınan 20.05.2010 tarihli ifadesinde, bir yıldır sevgilisi olan 11.05.1992 doğumlu Y.'nin "birlikte kaçalım seninle evleniriz" demesi üzerine, annesine bir not bırakıp taksiyle evin önüne gelen Y. ile evden kaçtığını beyan etmiştir. Y.'nin evine gittiklerinde mağdury annesi ile tanıştığını ve "Ben bu kızı seviyorum, onunla evlenmek istiyorum, bu nedenle onu eve getirdim" dediğini ancak annesinin yaşı küçük olduğu için bunun mümkün olmadığını söylediğini, yine de 3 gün boyunca o evde kaldığını beyan etmiştir. Y.'nin evinde kaldığı süre boyunca "sen benimsin, nasılsa evleneceğiz, karım olacaksın, çekinme" gibi sözler söyleyince, evleneceklerini düşünerek Y. ile cinsel ilişkiye girdiğini, Y.'nin birçok kez ters ilişkiye girmek istediğini ancak buna rıza göstermediği için yalnızca vajinal yoldan ilişkiye girdiklerini beyan etmiştir. Mağdur ayrıca, ilk kez 2009 yılının Ağustos ayında erkek arkadaşı V. ile cinsel ilişkiye girdiğini de beyan etmiştir. Daha sonra Y.'nin ağabeyi olan Şüpheli G.'nin başka bir eve taşındığını, Y. ile mağdurun o eve gittiklerini ve şüpheli G.'nin kız arkadaşı O. ile hep birlikte kalmaya başladıklarını beyan etmiştir. Şüpheli G.'nin kız arkadaşının, pavyonlarda konsomatris olarak çalıştığını, bir gün şüpheli G.'nin "artık bu kızı da işe girdirelim o da çalışsın" dediğini, Y.'nin ise "tamam" dediğini, mağdura ise çalışır mısın diye kimsenin sormadığını, bir gün mağduru bir tavernaya götürdüğünü, orada iş yeri sahipleri ile konuşup anlaşıldıktan sonra mağduru orada bırakıp ayrıldıklarını beyan etmiştir. Orada çalışan bir bayana "ben burada ne yapacağım" diye sorması üzerine "müşterilere hoş geldin yapacaksın, müşteriler seni yanına çağırarak, masasına gidip oturup içki içe-

ceksin, senin orana burana ellerler sakın masadan kalkma, içkini içmeye bak, kendine sigara aldır.” dediğini ve mağdurun da o şekilde çalışmaya başladığını, çalıştığı süre içerisinde 70 kadeh alkollü içki içtiğini, iş bitimi parayı şüpheli G.’ye zarfta verdiklerini ve iş yeri sahibi E.’nin ve şef olarak çalışan M. ve S.’nin mağdurun yaşının küçük olduğunu bilerek çalıştırdığını beyan etmiştir. Mağdurun çalışmak istemediğini söylemesi üzerine şüpheli G. ve Y.’nin “Bu yola girdin artık geri dönüşü yok” dedikten sonra ikisinin birden mağduru dövdüklerini, Y.’nin, mağdur istemediği halde hem vajinal hem anal yoldan zorla ilişkiye girdiğini, her ikisinin mağdurun kazandığını alarak sadece 10 TL’yi saç yaptırmayı için verdiğini, bu süreçte uyuşturucu hapa ve alkole alıştırdığını beyan etmiştir. Mağdur buradan sonra toplamda 8 tane gazino, bira evi, pavyon isimleri söylemiş, orada çalıştığı müddetçe yaşının küçük olduğunu bildiklerini ve iş yeri sahiplerinin “senin yaşın küçükmüş, uygulama olduğunda seni arka kapıdan çıkartacağız, polis geldiğinde ışıklar yanıp söner” diyerek işe aldıklarını söylemiş ve birçok kişinin ismini vermiştir. Çalıştırıldığı yerlerden aldığı parayı az bularak ilk çalıştığı yere yeniden başlatılan mağdurenin, oranın daimi müşterilerinden V. isimli kişiye başından geçenleri anlattığını, G. ve Y.’nin mağdureyi zorla çalıştırıp parasını aldıklarını, Y.’nin evlenme vaad edip tecavüz ettiğini söylediğini, V.’nin mağdureye yardımcı olacağını söylemesi üzerine, iş çıkışı orada çalışan bir garsonun mağdureyi taksiye bindirdiğini, müşteri V.’nin boş bir arazideki bir eve girip, kapıyı üzerinden kilitleyerek, zorla fiili livatada bulunduğunu ve vajinal yoldan ilişkiye girdiğini söylemiştir. Bir hafta boyunca bu şahsın da evde gitmediğini, evin adresini tarif edemeyeceğini beyan etmiştir. 7. gün V. isimli şahıs duş alırken, balkondan atıldığını ve taksiye binerek kaçtığını ve annesine sığındığını beyan ederek; G., Y. ve V. isimli şahıslardan şikayetçi olmuştur. Mağdur ifadesinde beden muayenesi yapılmasını istediğini de beyan etmiştir. Mağdurun 21.05.2010 tarihli adli tıp kurumu raporunda, bakire olmadığı, son olarak 5 gün önce vajinal ilişki tarif ettiğinden vajinal fratti alınmadığı, anüs muayenesinde livata eyleminin maddi delillerine rastlanmadığı, ancak kaygan madde kullanılması halinde livata gerçekleşse dahi bulguların görülemeyeceği ve mağdurun vücudunda haricen bir travmatik lezyon saptanmadığı bildirilmiştir.

21.05.2010 tarihli yakalama tutanağına göre, mağdur ve annesinin refakatinde mağdurun belirttiği adrese gidilerek şahıslar yakalanmıştır. Y., ifadesi alınmadan, kimlik tespiti yapıldıktan sonra serbest bırakılmıştır. G.’nin müdafii huzurunda verdiği ifadesinde, mağduru bir buçuk aydır tanıdığını ve kardeşi Y.’nin kız arkadaşı olduğunu beyanla mağduru toplamda 10 kere gördüğünü, üzerine atılı suçlamaları kabul etmediğini, kardeşinin de mağdur ile zorla ilişkiye girip girmediğini bilmediğini beyan etmiştir. Savcılık, şüpheli G.’nin hürriyeti tahdit ve küçük yaştaki çocuğa cinsel istismara teşebbüs suçlarından dolayı tutuklanmasını talep etmiştir. Şüpheli G., Sulh Ceza Mahkemesi’nde verdiği ifadesinde, mağduru kardeşinin kız arkadaşı olması nedeni ile tanıdığını, bir buçuk ay önce evine geldiklerinde her ikisini de kovduğunu, bir daha da mağduru görmediğini beyan etmiş, mağdurun kendisinin, şüpheli ile birlikte olmak istediğini, şüphelinin ise kardeşinin kız arkadaşı olduğu için kabul etmemesi üzerine bu iftirayı attığını beyan ederek suçlamaları kabul etmemiştir.

Sulh Ceza Mahkemesi'nin 22.05.2010 tarihli kararında, suç vasfının değişme ihtimalinin bulunduğu, mağdurun 15 yaşından büyük olduğu ve küçük yaşta çocuğa cinsel istismar suçunun işlediğine dair kuvvetli şüphe bulunmadığı değerlendirilerek, hürriyeti tahdit suçunun ise, verilecek cezanın miktarı göz önüne alındığında tutuklama talebinin reddine, şüphelinin her hafta karakola imza atması sureti ile adli kontrol altına alınmasına karar vermiştir.

Mağdurun beyan ettiği gazino sahibi 9 kişinin olayla ilgili ifadesine başvurulmuş, bunlardan 7'si şüphelileri ve mağduru hiç tanımadığını ve bilmediğini ifade etmiştir. İki gazino sahibi ise şüpheli G.'nin işyerine bir bayanla geldiğini, bu bayanın işe ihtiyacı olduğunu söylediğini beyan etmiştir. İki işyeri sahibi de kimlik ve kan kartı sorduğunu şüpheli G.'nin birisine kan kartı olduğunu, yarın gelip işe başlarız demesine rağmen bir daha gelmediğini beyan ederken, diğerine kan kartının olmadığını söyleyince işyerinde kan kartı olmadan çalıştıramayacağını söylediğini beyan etmiştir. Gazino sahiplerinin hepsi küçük yaşta çocuğun çalıştırılmasının suç olduğunu bildiklerini ve yaşı küçük olanları çalıştırmadıklarını beyan etmiştir.

02.05.2010 tarihinde Savcılık, Asliye Ceza Mahkemesi'ne, şüpheli G. hakkında iddianame düzenlemiştir. Çocuğu fuhuşa teşvik ve çocuğu alıkoyma suçundan TCK'nin 227/1-4, 234/3, 53. sevk maddeleri üzerinden düzenlenen iddianamede kolluk tutanakları, adli tip kurumu raporları alınan beyanlar ve tüm dosya kapsamı delil gösterilmiştir.

Kovuşturma aşaması :

Asliye Ceza Mahkemesi, 15.06.2010 tarihinde iddianamenin kabulüne karar vermiştir.

14.10.2010 tarihli ilk duruşma, sanık ile müdafii ve mağdur vekilinin katılımı ile gerçekleşmiştir. Dosyası tefrik edilmiş olan Y. hakkında çocuk mahkemesinde açılmış bir dava var ise celp edilmesine ve Y.'nin adresinin tetkik edilerek tanık sıfatı ile dinlenmesi için işlem yapılmasına karar verilmiştir.

25.01.2011 tarihli ikinci duruşma, sanık müdafii, müşteki, mağdur vekili ve psikolog katılımı ile gerçekleşmiştir. Mağdur vekili, müvekkilinin çocuk olması ve atılı suçun ahlak ve adaba aykırılık teşkil etmesi gerekçesi ile duruşmanın gizli yapılmasını talep etmiş, mahkeme bu talebi kabul ederek gizli duruşmaya devam olunmuştur. Müşteki anne, daha evvel verdiği beyanı tekrar ederek, sanıktan şikayetçi olduğunu ancak katılma talebi olmadığını beyan etmiştir.

Mağdur ise, sanığın ve kardeşi Y.'nin mağdure ile cinsel ilişkide bulunduğunu, mağduru konsomatris olarak çalıştırdıklarını, bazen işi bittiğinde evine götürdüklerini bazen de temin ettiği erkek müşteriler ile gönderdiklerini, çok değişik kişiler ile cinsel ilişkiye girmesi için gönderildiğini, mağdurenin istemediğini söylediğinde ise ikisinin de mağduru dövdüğünü ve önceki ifadesinin benzerini tekrar etmiş, şikayetçi olduğunu ve davaya katılmak istediğini beyan etmiştir.

Psikolog, mağdurun korku ve kaygılı ifade verdiğini, olayın etkisini henüz atlattırmadığını muhtemel olduğunu, yaşı itibarıyla mantıklı ve olayın oluşuna uygun ifadelerde bulunduğunu, beyanına itibar edilebileceğini beyan etmiştir. Ayrıca bu konuda ailenin de ihmalinin bulunup bulunmadığı hususunda Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü'ne müzekkere yazılmasını talep etmiştir.

Yaş küçüklüğü nedeni ile ayırma kararı verilen Y. hakkında Çocuk Mahkemesi'nde ayrı dava açıldığı, delillerin toplanması aşamasında olduğu ve bu dosya ile birleştirme hususunda mahkemenin muvafakatini istediği görülmüş, mahkeme Y. hakkındaki davanın ayrı usule tabi olması nedeni ile bu talebi reddetmiştir.

Sanık bu süreçte başka bir suçtan tutuklanmış, bu sebeple adli kontrol kararı kaldırılmıştır.

17.03.2011 tarihli duruşma, sadece tutuklu sanık G.'nin katılımı ile gerçekleşmiştir. Mahkeme, mağdurun ruh sağlığına ilişkin rapor alınması yönündeki ara kararından, davanın niteliği itibarı ile buna lüzum kalmadığı gerekçesi ile dönmüştür.

20.04.2011 tarihli son duruşma, sanık ve müdafinin katılımı ile gerçekleşmiştir. Mahkeme sanığın fuhuşa teşvik suçundan, TCK 227/1 Maddesi gereğince takdiren 4 yıl, suçu çocuğun çaresizliğinden yararlanarak ve aynı zamanda cebir ve tehdit kullanarak işlemiş olduğundan TCK 227/4. Madde gereğince takdiren yarı oranında arttırılarak 6 yıl hapisine, sanığın duruşmadaki iyi hali lehe indirim sebebi yapılarak TCK 62/1 Maddesi gereğince 1/6 oranında indirilerek 5 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Mahkeme, sanığın, çocuğu alıkoymak suçundan TCK 234/3 Maddesine göre takdiren 3 ay hapsine, TCK 62/1 Maddesi gereğince 1/6 oranında indirilerek 2 ay 15 gün hapis cezası ile mahkûmiyetine karar vermiştir. Mahkemece, bir daha suç işlemeyeceği yönünde olumlu kanaatten dolayı, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına" ve CMK 231/8 Maddesi gereğince 5 yıl süre ile denetime tabi tutulmasına karar verilmiştir.

Kararı yalnızca sanık ve müdafi temyiz etmiş, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ise, itiraz edilmeden kesinleşmiştir. Yargıtay 06.05.2014 tarihinde kararın onanmasına karar vererek, TCK 43. Maddesi gereğince sanık hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması sureti ile eksik ceza tayininin, karşı temyiz olmadığından, bozma nedeni yapılmadığına dikkat çekilmiştir.

Değerlendirme

İncelenen dosya, Ceza Kanununda yer alan düzenlemelerin evrensel normlarla, taraf olunan sözleşmelerle uyumlaştırılmamış olmasının yol açtığı cezasızlığı görünür kılmıştır. İncelenen dosya bakımından Türk Ceza Kanunu'nun çocuğun fuhuşta kullanılmasını düzenleyen "Fuhuş" başlıklı 227. Maddesini, "İnsan Ticareti" başlıklı 80. Maddesini, "Cinsel İstismar" başlıklı 103. Maddesini müştereken ele alarak değerlendirmek gerekmektedir.

Çocukların fuhuşu, ticari cinsel sömürünün bir şeklidir. Çocuğa yönelik ticari cinsel sömürü, çocuğun, yetişkin tarafından istismar, çocuğa veya üçüncü kişilere nakit veya benzeri bir ücret ödenmesi olarak tanımlanır. “Çocuğa cinsel ve ticari bir obje olarak davranıldığı”, “çocuklara karşı baskı ve şiddet uygulandığı, zorla çalıştırma ve modern bir kölelik çeşidine yol açan” bir süreçtir. Ancak Ceza Kanunu çocuğun fuhşa teşvik edilmesini, bunun yolunun kolaylaştırılmasını, bu maksatla tedarik edilmesini veya barındırılmasını ya da çocuğun fuhşuna aracılık edilmesini suç olarak düzenlenmiştir (dört yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası).

Ticari cinsel sömürü olan çocuk fuhuşu, uygulamada insan ticareti maddesinden ya da cinsel istismar maddesinden değerlendirilmemektedir. Halbuki insan ticareti başlıklı 80. Maddede fuhuş yaptırmak çocuklar bakımından tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulanmasa dahi kişilerin bir yerden başka bir yere götürülmesi veya sevk edilmesi ya da barındırılması olarak tanımlanmıştır (sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası). İnsan ticaretinin çocuklar bakımından düzenlenmesinde kanun koyucu, araç fiillere başvurulma zorunluluğunu aramamıştır. Tehdit, baskı, cebir veya şiddet olmasa dahi çocuk ticareti suçu oluşacaktır. Ancak incelenen dosya bakımından çocuğun fuhuşta kullanılması, alınıp satılması, nakit para karşılığında cinsel istismara maruz kalması, insan ticareti veya cinsel istismar olarak değerlendirilmemiş, fuhuş olarak nitelendirilmiştir.

İncelenen dosyada çocuğun fiziksel şiddete maruz kalmış olması, uyuşturucu bağımlısı olmuş olması, hürriyetinin tahdid edildiği dikkate alınmamış soruşturma ve kovuşturma aşamasında bu suçlar ile ilgili herhangi bir işlem yapılmamıştır.

Fuhuş maddesinden yapılan yargılama, tutuksuz yapılmıştır. Sosyal çalışma görevlisinin önermesine rağmen ailenin ihmali araştırılmamıştır. Ailenin ihmalinin araştırılmaması, acil koruma ihtiyacı ve koruyucu-destekleyici tedbir ihtiyacının da değerlendirilmemesi sonucunu doğurmuştur. Çocuk hakkında tüm yargılama sürecince koruyucu-destekleyici tedbir veya acil koruma kararı alınmamış, buna dair ihtiyacı değerlendirilmemiştir.

Dosya kapsamında çocuk hakkında beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığına dair inceleme yapılmamıştır. Mahkemenin bu incelemeyi önce lüzumlu görüp, peşi sıra “davanın niteliği itibari ile buna lüzum kalmadığı gerekçesi” ile kararından vazgeçmesi daha az cezayı gerektiren maddeden hüküm kurması kararını destekler yöndedir.

Çocuk fuhuşunun faillerinden biri indirim dahil 5 yıl ceza almış, diğer failler beraat etmiştir. Gazino sahibi olarak, çocuğun fuhuşta kullanılmasını sağlayan kişiler hakkında ise herhangi bir ceza söz konusu olmamıştır. Çocuğun defalarca tecavüze uğraması, alınıp satılması, fuhuşta kullanılması konusunda etkili bir soruşturma yapılmamış ve caydırıcı bir sistem devreye girememiştir.

5**Dosya Adı: S.A.****Dosya Konusu: Cinsel Şiddet****Tarih: 2010-2013*****Teknik Özet***

Soruşturma aşaması :

06.06.1996 doğumlu mağdur S.A.'nın suç duyurusunda bulunması ile soruşturma başlatılmıştır. Mağdurun 05.08.2010 tarihinde, sosyal hizmet uzmanı ve avukat eşliğinde, Çocuk Şube Müdürlüğü'nde sesli-görüntülü kayıt ile ifadesi alınmıştır.

Mağdur ifadesinde özetle, şüpheli İ. ile MSN üzerinden internet aracılığı ile tanıştığını, numarasını ise yine internette tanıştığı E.'nin verdiğini, zamanla MSN görüşmelerinde şüpheli İ.'nin "seninle ciddi düşünüyorum" diye mesajlar gönderdiğini beyan etmiştir. Mağdurun bir gün ev telefonlarından şüpheliyi aradığında, şüphelinin ev numarasını kaydettiğini bu aramadan sonra bu şahsın mağduru tehdit etmeye ve hakaret etmeye başladığını anlatmıştır. Şüphelinin babasının telefonundan mağduru arayarak "bana arkadan vereceksin", "yaşının 14 olması benim için sorun değil, peki o zaman ağzına al" gibi sözler sarf etmiş mağdur ise kabul etmemiştir. Şüpheli İ. misafir olarak'ya geleceğini, geldiğinde mağdur ile görüşmek istediğini, görüşmezse evini arayıp annesine babasına yalan yanlış şeyler söyleyeceğinden bahisle şantaj yapması üzerine, mağdur şüpheli ile buluşmaya gitmiştir.

02.08.2010 tarihinde şüpheli İ. ile buluştuktan sonra mağdur, yanından ayrılmak istediğini ancak şüphelinin yine şantaj yoluyla yanından gitmesine engel olduğunu ve "tenha bir yere gitmek istediğini" söylemiş ve mağduru tehdit ederek bir apartmanın garajına girdiğini, orada önce cinsel organını mağdurun başından tutarak "zorla ağzına verdiğini ve dışarı boşaldığını", oral ilişki esnasında cep telefonu ile mağdurun fotoğrafını çektiğini beyan etmiştir. Daha sonra mağdurun midesinin bulandığını, dışarıdan su alıp geldiğini, şüphelinin "ben seni arkadan da yapmak istiyorum ağzından zevk almadım" dediğini, mağdurun olmaz demesine rağmen pantolonunu sıyırıp ters yönden ilişkiye girdiğini, şüphelinin organının çok az bir şey girdiğini, şüpheliye "canım acıyor" dediğinde, "biliyorum" dedikten sonra dışarı boşaldığını, üzerini giydikten sonra o yerden ayrıldığını ifade etmiştir. Mağdura daha sonra tekrar ilişki teklif eden İ.'nin mağdurun bu teklifi kabul etmemesi üzerine "ben işimi sağlama aldım" diyerek ilişki esnasında çekilmiş fotoğraftan söz ettiğini, bunun üzerine mağdurun karakola gidip olanları anlatması ile mağdurun şüpheliyi yakalatmak için tekrar buluşmasının sağlandığı sırada polislerin İ.'yi yakaladığını, İ.'den şikayetçi olmadığını söylemiştir.

Mağdurun sanığı yakalama işleminin gerçekleştirildiği 04.08.2010 tarihinde Adli Tıp Kurumu'nda anüs muayenesi yapıldığı, muayene esnasında spermetozoid aranmak üzere svap alınıp Biyoloji İhtisas Dairesi'ne gönderilmek üzere muhafaza edildiğinin bildirildiği görülmüş, livata eyleminin maddi delillerine rastlanmadığının bildirildiği anlaşılmıştır.

Şüpheli İ'nin Polis Merkezi'nde alınan ifadesinde, mağdur ile oral yoldan ilişkiye girdiğini ancak mağdurun kendi isteğiyle bunu gerçekleştirdiğini, 8 aylık görüşmelerinde kendisi hakkında sürekli yalan söylediğini söyleyip, ondan özür dilemek için bunu yaptıklarını, kendisine mağdurun yaşının 18 olduğunu söylediği için rahat davrandığını söylemiş, anal yoldan ilişkiye girmediklerini ifade etmiştir.

Savcılık, şüpheliyi tutuklanması için sevk etmiştir. Sulh Ceza Mahkemesi'nde şüpheli İ'nin daha önce 05.08.2010 verdiği ifadesindeki gibi zorlamayla bir şey yapmadığını, oral yoldan ilişkiye girdiğini beyan etmesi üzerine mahkeme tutuklama kararı vermiştir.

Savcılık 06.08.2010 tarihinde, mağdurun maruz kaldığı olay nedeni ile ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda rapor alınmasını istemiştir. Kadın Doğum, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nden alınan çocuk ergen psikiyatrisi uzmanının verdiği raporda, mağdurun annesi ve kendisi ile yapılan görüşmede mağdurun o an için ruh sağlığının yerinde olduğu kanaati bildirilmiştir.

Adli Tıp Biyoloji Dairesi Başkanlığı'nın 12.08.2010 tarihli raporunda alınan anal sürüntü örneğinin incelemesi sonucu, meni ve sperm hücrelerinin görülmediği bildirilmiştir.

03.09.2010 tarihinde savcılık, "çocuğun cinsel istismarı ve cebir tehdit veya hile kullanılarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" suçundan iddianame düzenlemiştir.

Kovuşturma aşaması :

Ağır Ceza Mahkemesi 08.09.2010 tarihinde, iddianamenin kabulüne karar vermiştir.

07.10.2010 tarihli ilk duruşma, sanık ve müdafisi, mağdur ve vekili, müşteki ve psikoloğun katılımı ile gerçekleşmiştir.

İddia makamının CMK 182. Madde uyarınca kapalı duruşma yapılmasını talep etmesi üzerine, Mahkeme, CMK 182/2 Maddesi gereğince genel ahlak ve kamu düzenini nazara alınarak duruşmanın kapalı yapılmasına karar vermiştir.

Sanık duruşmadaki savunmasında, internetten tanıştığı mağdurun 18 yaşında olduğunu söylediğini, otoparka gitmeyi mağdurun istediğini, mağdurun kendisinin oral seks yapmayı istediğini, ilişki esnasında mağdurun fotoğrafını çekmediğini, sadece ayrılırken "hatıra olsun diye" fotoğraf çektiklerini, fiili livata yapmadıklarını beyan etmiştir.

Mağdurun psikolog eşliğinde alınan duruşmadaki beyanında, sanığın tehdit ederek kendisini kuytu bir yere götürdüğünü, fiili müdahalede bulunmadığını, boğazını sık-

madığını ancak zorla saçından çekerek oral seks yaptırdığını beyan etmiş, önceki beyanlarından farklı olarak, sanığın “ben arkadan yapmak istiyorum” demesi üzerine, üzerindeki pantolonunu indirdiğini, sanığın cinsel organını dokundurduğunu ancak sokmadığını beyan etmiş ve şikayetçi olmadığını söylemiştir. Psikolog, mağdurun psikolojik ve fiziksel açıdan kendisini ifade edebilecek yeterlilikte olduğunu ve soruları doğru algılayıp, net cevaplar verebildiğini beyan etmiştir. Müşteki anne, olayı görmediğini, sanık hakkında şikayetçi olmadığını, davaya katılmak istemediğini beyan etmiştir. Sanık müdafii, mağdurun kemik yaşı tespitini istemiştir.

04.11.2010 tarihli ikinci celse, mağdur vekili, sanık müdafii ve sanığın katılımı ile gerçekleşmiş, usuli işlemler yapılmıştır.

21.12.2010 tarihli üçüncü celseye sanık ve müdafii katılmış, savunma tanığı dinlenmiştir. Savunma tanığı, mağduru ismen bildiğini, kendisinin telefonda 18 yaşında olduğunu söylediğini, eğer 14 yaşında olduğunu söyleseydi, sanığın onla kesinlikle muhatap olmayacağını beyan etmiştir.

Mahkeme, sanığın tutukluluk halinin devamına karar vererek, sanık müdafinin talebi üzerine fotoğrafların çekildiği gün ve saatin tespiti için yeniden bilirkişi raporunun alınmasına karar vermiştir. Dosyaya sunulan fotoğrafların bilirkişi incelemesinde, elde edilen fotoğrafların fiziksel olarak çıktısı konulmuş, mağdurun sanığı öperken çektiği, yine sanığın mağdurun omzuna elini atarken mağdurun çektiği, mağdurun tek başına çekildiği ve sanığın küçük bir kız çocuğu ile yan yana poz verirken çekildiği fotoğraflar olduğu görülmüştür. Cep telefonundaki SMS mesajlarına ilişkin dava konusu ile ilgili herhangi bir mesaja rastlanılmamıştır. Fotoğrafların tarih ve saatine ilişkin alınan ikinci rapordan, fotoğrafların suç tarihinde çekildiği anlaşılmıştır.

08.02.2011 tarihli dördüncü celseye sanık ve müdafii katılmıştır. Hastaneden beklenen 14.12.2010 tarihli raporun geldiği anlaşılmış, raporda mağdurun kemik yaşının, 15 yaş sonu ile uyumlu olduğunun belirtildiği gözlemlenmiştir.

08.03.2011 tarihli beşinci celseye sanık ve müdafii katılmıştır.

İddia makamı esas hakkındaki mütalaasında, sanık hakkında her ne kadar cebir, tehdit ve hile kullanmak sureti ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kamu davası açılmış ise de, yasal unsurları oluşmadığından bu suçtan beraatına karar verilmesini talep etmiştir.

Mütalaada devamla, sanığın mağdurun rızası ile cinsel organını mağdurun ağzına verdiği, fiili livata sureti ile mağdurun ırzına geçmeye çalıştığı, fakat buna muvaffak olmadığı tüm dosya içeriğinden sabit olduğu gerekçesi ile TCK ‘nın 103/1-a, 103/2, 53 Maddeleri uyarınca cezalandırılmasına, tutuklulukta geçen sürenin cezadan mahsubuna ve ceza miktarı dikkate alınarak tutukluluk halinin devamına karar verilmesini talep etmiştir.

Ayrıca mağdur vekili, dosyaya mazeret sunarak, mağdurun maruz kaldığı olay nedeni ile ruh sağlığının bozulup bozulmadığının tespiti için İstanbul ATK’dan rapor

alınmasını talep etmiştir. Ruh sağlığı rapor talebinin, iddianamedeki sevk maddeleri gerekçesi ile reddine karar vermiştir.

17.05.2011 tarihli son celseye, sanık ve müdafii ile mağdur vekili katılmıştır. Mahkeme sanığın TCK 109/2-3-f-5 maddesi uyarınca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraatine karar vermiştir.

Cinsel istismar suçundan sanığın kastındaki yoğunluk dikkate alınarak takdiren 8 yıl hapis cezasına, sanığın duruşmadaki olumlu tutum ve davranışları nazara alınarak, TCK 62. maddesinin uygulanarak 1/6 oranında indirim yapıldığında 6 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Sanığın tutuklulukta geçirdiği sürelerin mahsubuna karar verilerek hükmen tahliyesine karar verilmiştir.

Gerekçeli kararda, sanığın cinsel organını mağdurun ağzına vererek basit cinsel istismar suçunu işlediği sonuç ve kanaatine varıldığını, mağdure fiili livata yolu ile de ilişkiye girdiğini iddia etmiş ise de ATK raporlarında fiili livataya ait herhangi bir bulguya rastlanmadığını, Kadın Doğum ve Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Başhekimliği'nin 14/09/2010 tarihli raporunda, mağdurun ruh sağlığının yerinde olduğunun bildirildiği yazılmıştır. Her ne kadar sanık hakkında cebir, şiddet ve tehdit ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak suçundan kamu davası açılmış ise de, mağdurun 8 ay sanıkla internetten arkadaşlık yaptığı, rızası ile bulunduğu, rızası ile garaja girdiği ve olayda cebir, tehdidin bulunmadığı bu şekilde her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil olmadığı gibi suçun unsurlarının oluşmadığı sonucuna varıldığı belirtilmiştir. Karar sanık müdafii tarafından temyiz edilmiştir.

Yargıtay CBS 13.02.2012 tarihli tebliğnamesinde, mağdurun 15 yaşını doldurmadığının anlaşılmasına karşın, kendisine karşı cinsel amaçlı hürriyeti tahdit fiilinde rızası olduğu beyan edilerek, beraat kararının verilmesinin, olaydan 40 gün sonra çocuk ve ergen psikiyatri uzmanı olan tek hekimle yapılan muayene neticesinde verilen mağdurun ruh sağlığının bozulmadığına dair raporun gerekçe yapılarak, TCK 103/6 Maddesinin uygulanmamasının, karşı temyiz bulunmadığında bozma nedeni sayılmayarak, hükmün onanmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

Yargıtay, 16.12.2013 tarihli kararında, sübutu kabul bulunan fiilin unsurlarına uygun şekilde tavsif ve tatbikatı yapıldığından, sanık müdafinin temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onanmasına karar vermiştir.

Değerlendirme

İncelenen dosyada, çocuğun ilk beyanında yer verilen tehdit, şantaj, hürriyetinden yoksun kılma suçlarından cezasızlık söz konusu olmuştur. Çocuk pornografisi ise, dosya kapsamında hukuki tartışma anlamında dahi konu olmamıştır. Dosya kapsamında "şantaj ile cinsel istismarı" işlenmiş olmasına rağmen, mağdur çocuğun duruşmadaki beyanında yer alan bir cümle nedeniyle rıza tartışması yapılmış, önceden internetten iletişim kurulmuş olması rızanın varlığına delil kabul edilmiştir. Beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin rapor, usulüne uygun olmayan tek

hekim raporudur. Yine mağdur çocuğun ve annesinin davaya katılmak istememesi, şikayetçi olmaması, kanun yolları aşamasını etkilemiş; Yargıtay tarafından yapılan incelemede, karşı temyiz olmadığı için bu aksaklıklara rağmen hürriyeti tahdit suçu hakkında verilen beraat kararı onanmıştır. Tüm bu sebeplerle soruşturma etkili yapılmamış ve cezasızlık söz konusu olmuştur.

Mağdur çocuk, suçun işlendiği tarihte 15 yaşını doldurmamış çocuktur. Türk Ceza Kanunu cinsel istismar suçunu yaş, hukuki fiilin anlam ve sonuçlarını kavrama gibi kriterlerle farklı düzenlemiştir. Ayrıca, çocuğun cinsel istismarı ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarının düzenlenişi de, çocukların cinsel istismar mağduru olduklarında farklı uygulamalara ve sonuçlara maruz kalmasına neden olmaktadır. Çocuğun tehdit, hakaret ve fiziksel şiddet kullanarak “oral ilişki” olarak betimlenen cinsel istismara zorlanması, bu ilişki esnasında rızası olmaksızın görüntü kaydının yapılması, devamında bu görüntü kullanmak suretiyle “fiili livata” olarak betimlenen cinsel istismar fiilinin gerçekleşmesidir. Çocuğun daha önceden internetten yazışmış olması ve değişen beyanları arasında kovuşturma aşamasında “pantolonunu kendisinin indirdiğini” söylemesi, rıza tartışmasına yol açmıştır. AİHM, büyük daire kararı olan M.C. v. Bulgaristan davasında cinsel istismara yönelik temel ilkeleri belirlemiştir. Bu ilkelerden bir tanesi de faile karşı fiziksel olarak direnemese dahi, evrensel eğilime uygun olarak rızanın olmadığı, kabul edilmiştir. Bu sebeple, çocuğun değişen ifadeleri arasından çocuğu değil, sanığı koruyucu beyanların seçilmiş olması, mağdur çocuk ve annesinin şikayetçi ve müdahil olmama tercihleri, bu yargılamada hürriyetinden yoksun bırakma suçu bakımından cezasızlığa sebep olmuştur.

Çocuğun zorlandığı cinsel istismar sırasında görüntüsünün çekilmesi, evrensel tanımlamada “çocuk pornografisi”dir. Çocuğun özel hayatının gizliliğinin ihlali olan bu fiil, yargılamada dikkate alınmamıştır. Yine şantaj suçu, gerek soruşturma gerek kovuşturma aşamalarında dikkate alınmamıştır.

Yargılama sırasında alınan beden ve ruh sağlığına dair rapor, tek hekim raporudur. Adli tıp raporları, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından değerlendirmeye konu olmuş ve Yükseköğretim Kurumları veya birimlerinin Adli Tıp Mevzuatı çerçevesinde görev yapacağına açıkça belirtilmiş olması karşısında, Adli Tıp Kurumu Altıncı İhtisas Kurulu’nda yer alması gereken uzmanlık dallarında görevli uzmanlar arasından seçilecek ve içerisinde zorunlu olarak çocuk psikiyatrisi bulunan en az beş kişilik bir bilirkişi heyetinden rapor alınması zorunlu kabul edilmiştir.

Yargılama süresince çocuğun beyanları arasındaki çelişki, çocuğun yaşadığı travmanın göstergesi olarak değerlendirilmemiştir. Çocuğun maruz kaldığı cinsel istismar fiilinden dolayı dahi ifadesinin değişebileceği, destekleyici bir tedbire ihtiyaç duyup duymadığı ne savcılık ne de mahkeme aşamasında değerlendirilmiştir. AİHM, ruhsal istikrarın muhafazasının, kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkından yararlanmasının vazgeçilmez bir önkoşulu olduğunu kabul etmektedir. Bu sebeple koruyucu-destekleyici tedbirlerin ruhsal istikrar bakımından zorunlu olduğu dikkate alınmalıdır.

6**Dosya Adı: A.E.****Dosya Konusu: Cinsel Şiddet****Tarih: 2006 -2013*****Teknik Özet***

Soruşturma aşaması :

Soruşturma, kolluğun, 04.05.2006'da gece 02:00 sıralarında, bir banka karşısında durumundan şüphelenildiği için, 01.02.1992 doğumlu mağdur, A.E'nin karakola götürülmesiyle başlamıştır. Karakolda mağdur çocuğun, 25.04.2006 tarihinde Rehabilitasyon Merkezi'nden kaçtığı anlaşılmıştır. Çocuk, Rehabilitasyon Merkezine teslim edilmiştir. Çocuk ile rehabilitasyon merkezinde yapılan görüşmede cinsel istismara uğradığı tespit edilmiş, 08.05.2006'da Rehabilitasyon Merkezi kolluğa yazılı ihbarda bulunmuştur.

Eğitimci tarafından kurumda tutulan tutanakta, çocuğun Kuruma getirildikten sonra doktor tarafından yapılan harici muayenesinde, sağlıklı bulunması gerekçesi ile ünite personeline teslim edildiği ancak personelin, mağduru banyo yaptırdıktan sonra külotunda kan olması nedeniyle durumundan şüphelendiği belirtilmiştir. Çocukla yapılan görüşmelerde ilk olarak çocuktan tatmin edici cevaplar alınamadığı ancak hafta sonu yapılan sohbet esnasında ve daha sonra yapılan bireysel görüşmede galerici olduğu öğrenilen H.'nin, mağdurun kaçtığı tüm süre boyunca karnını doyurması karşılığında ters ilişki kurduğu, mağdurun olayın oluş şekilleri ve rıza hususunda çelişkili ifadeler kullandığı belirtilmiştir.

06.06.2006'da çocuğun, kolluk tarafından, daha önce yapılan görüşmede beyan ettiği galeriye götürüldüğünde, mağdurun araç içinde bulunan bir şahsı gösterdiği, çocuğun ismini H. olarak bildiği şahsın, 1987 doğumlu F. olarak tespit edildikten sonra yakalandığı, tutanak altına alınmıştır.

06.06.2006'da savcılık tarafından, baronun atadığı müdafii huzurunda F.'nin ifadesi alınmıştır. İfadede F. özetle, kendisinin galeride işçi olarak çalıştığını, galerinin ise amcasına ait olduğu söyleyerek, bundan iki ay önce mağdur S.'yi yol kenarında açık vaziyette bulunan otolar içinde yatarken gördüğünde, onu hırsız zannederek döveceği sırada mağdurun yatacak yeri olmadığından bahisle, bu gece yatma izni istediği, sabah gideceğini söylediği, onun da acıyarak izin verdiğini söylemiştir. Şüpheli, sabah mağdurun acıktığını düşünerek dükkana kahvaltıya davet ettiğini daha sonra gittiğini ancak bir hafta sonra mağdurun yeniden gelerek arabada yatmak istediğini söylediğinde, kendisini kovduğunu beyan etmiştir. Ayrıca mağdurun ilk geldiğinde yurttan kaçtığını söylediğini, şüphelinin ise mağduru yurda teslim etmeyi teklif etti-

şini ancak onun yurttan kendisini dövdüklerini söyleyince götürmediğini, çocuğa karşı hiçbir cinsel yakınlaşmasının olmadığını, suçlamayı kabul etmediğini, mağdurun söylediği H. isminin babasının ismi olduğunu söylemiştir.

Şüpheli müdafii, mağdurun ifadelerinde çelişki olduğu, istismar edenin H. isimli kişi olduğunu söylediği ve zihinsel engelli olması nedeni ile beyanına itibar edilemeyeceği gerekçesiyle, şüphelinin serbest bırakılmasını talep etmiştir. Savcılık aynı gün şüphelinin tutuklanmasını talep etmiş ise de, yapılan sorgulama sonucunda Sulh Ceza Mahkemesi, atılı suç ile ilgili mevcut delil durumu ve şüphelinin sabit ikametgah sahibi oluşu gerekçesi ile tutuklanmasına yer olmadığına karar vermiştir.

Savcılık, yapılan soruşturmada, öncelikle mağdurun 18 yaşından küçük, zihinsel engelli olması sebebi ile avukat huzurunda ifadesinin alınması, avukat ile mutabakata varıldıktan sonra Adli Tıp Kurumu'ndan istismar bulgu tespiti için rapor alınması talimatını vermiştir. İncelenen dosyada ifade tutanağı yer almamaktadır.

Adli Tıp Kurumu'nun 10.05.2006 tarihli raporunda, mağdurun anüsünün huni şeklini aldığı, anüs sfinkterinin gevşemiş, anal pilillerinin kısmen silinmiş olduğu, sağ kadrana göre iki adet yüzeysel sıyrık olduğu ve kronik fiili livata bulgusunun tespit edildiği bildirilmiştir.

Savcılık 14.06.2006'da iddianame düzenlemiştir.

Kovuşturma aşaması :

Ağır Ceza Mahkemesi'nde 26.06.2006'da cinsel istismar nedeni ile kamu davası açılmıştır.

02.11.2006 tarihli ilk duruşmaya sanık, müdafii, mağdur, mağdur vekili ile mağdurun kaldığı kurumda mağdurdan sorumlu olduğunu belirtilen psikolog katılmıştır.

Sanık F. daha önce savcılıkta ve sorgusunda verdiği ifadelerini tekrar ettiğini beyan ederek, suçlamayı kabul etmemiştir.

Mağdurun ise 09.05.2006'da jandarmaya verdiği ifadesinin okunmasını istediğini söylemesi üzerine ifadesinin okunduğu, bu ifadeyi tekrarladığını söylediğini ve kendisiyle ilişkiye girenin sanık olduğunu, başka kimse ile ilişkiye girmediğini, şikayetçi olduğunu beyan ettiği anlaşılmıştır. Mağdur vekili davaya katılma talebinde bulunmuştur.

Mağdurun psikologu, mağdura karşı benzer olayların olduğu, bunlardan dolayı başka soruşturmaların da yapıldığı, yurttan kaçıp gittiği kişilerin çoğu zaman bali, esrar kullanan kişiler olduklarını tespit ettiklerini, kurum adına şikayetçi oldukları ve katılma taleplerinin olduğunu söylemiştir.

Sanık müdafii, mağdurun zeka geriliği olduğu ve davranış bozukluğuna sahip olduğunu belirterek, kendisini istismar eden kişinin H. olduğunu daha önceden söy-

lediğinden, sanıktan, çalıştığı işyerinde H. isimli bir kişinin olup olmadığının sorulmasını talep etmiştir. Sanık ise cevaben, olay tarihinde H. isminde mağdurla aynı yaşlarda bir çocuğun yıkama ve temizlik işlerinde çalıştığını ancak sonra ayrıldığını söylemiştir.

Bunun üzerine mahkemece mağdura tekrar sorulduğunda, olay sırasında H. isminde ve kendi çağlarında bir çocuk olduğunu ancak H. ile ilişkiye girmediğini, sanıkla tanıştığında isminin H. olduğunu söylediğini ancak yukarıda soruyu yanlış anladığı için bu şekilde beyan ettiğini, aslında işyerinde H. isimli başka tanıdığı kimsenin olmadığını söylediği anlaşılmıştır.

Mahkeme Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü'nün ve mağdurun davaya katılmasına karar verip, çocukta zeka geriliği ve davranış bozukluğu olduğundan, Üniversite Tıp Kürsüsü Başkanlığı'na sevk edilerek muayenesine ve mevcut hali ile beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği hususunun sorulmasına karar vermiştir.

Alınan 13.10.2006 tarihli raporda, mağdurun olayda ruhsal yönden mukavemet etmesine engel olacak mahiyet ve derecede herhangi bir akıl hastalığı ve geriliği bulunmadığı gibi, olay tarihi olan 25.04.2006'da da herhangi bir akli arıza içinde bulunduğu dair tıbbi bulgu ve belgeye rastlanılmadığı; beyanlarına itibar edilmemesi için tıbbi bir neden olmadığı kanaati bir Doçent, bir Yardımcı Doçent ve bir araştırma görevlisi doktor tarafından bildirilmiştir.

Yine raporda, Devlet Hastanesi'nin 23.11.2005 tarihli raporunda çocuğa uyum bozukluğu tanısının konulduğu, hastanın çocuk psikiyatri bölümü olan bir merkezde rehabilitasyon ve tedavisinin yapılmasının uygun olduğunun belirtildiği yazılmıştır. Ayrıca raporda 01.02.1992 doğumlu mağdurun, yurttan ara ara kaçıp çarşuları dolaştığı, U. ilindeki köyüne gitmek istediği ancak köyün neresi olduğunu bilmediği, babasının küçükken öldüğü ancak köyde ninesi ile dayılarının olduğu, dayısının arkadaşları olduğu ve onlarla görüşmek istediği, okula hiç gitmediği, yurttan kendisine bir milyon harçlık verildiği, ara ara TV izlediği ve kendisinin Ankaragücü takımını tuttuğu, Abla ve Ağabey diye hitap ettiği kişilerle geldiği ve onlarla arasının iyi olduğu, F.'nin galerici olduğu kaçtığı arabalarda kaldığı, renkleri tanıdığı, basit toplama işlemlerini ise parmak sayarak yapabildiği, paraları tanıdığı ancak toplayamadığı, çizgi filmleri ve Temel Reis karakterini tanıdığı bilgilerine yer verilmiştir.

19.12.2006 tarihli ikinci duruşmada, iddia makamı esas hakkındaki mütalaasını sunmuş, sanığın atılı suçu işlediğinin sabit olduğundan bahisle, cezalandırılmasını talep etmiştir. Mahkeme ise sanığın suçu sübuta erdiğinden, TCK 103/1-a-2 Maddesi uyarınca suçun işleniş biçimine, kullanılan araçlara, suç konusunun önemine ve kastının yoğunluğuna göre 8 yıl hapis cezasının, sanığın yargılama süresince saygılı davranışlarına istinaden TCK'nın 62. Maddesi uyarınca 1/6 nispetince indirimi ile 6 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Sanık müdafisi, verilen kararı, süresi içinde temyiz etmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tebliğnamesinde, sanık müdafinin temyiz itirazlarının reddini ancak mağdurun nüfus kaydına göre suç tarihinde 15 yaşını doldurmasına çok az bir süre kaldığından suçun vasıf ve mahiyetine etkisi bakımından, mağdurun doğum kaydının dosya içine celbi ile suç tarihinde gerçek yaşının tespitinden sonra karar verilmesi gerektiği ve mağdurun mahkeme huzurunda beyanı alınması sırasında duruşmada bilirkişi sıfatı ile uzman bir psikolog veya psikiyatrist bulunması yerine, mağdurun psikologunun hazır bulunması nedeni ile CMK'nın 236/3. Maddesine muhalefet edilmesi nedeniyle bozulmasını talep etmiştir. 05/03/2013 tarihinde ise Yargıtay, sadece sanık müdafi tarafından yapılan itirazlar bakımından yapılan incelemede, mağdurun nüfus kaydına göre doğduğu yıl nüfusa tescil edildiği, soruşturma ve kovuşturma aşamasında mağdur yaşına yönelik herhangi bir itirazın da bulunulmadığı, mağdurun yargılamadaki ifadesinin psikolog nezaretinde alındığından tebliğnamedeki bu yönlerden bozma yönündeki düşünceye iştirak edilmediğine ve sanık müdafinin de yerinde görülmeyen itirazlarının reddi ile hükmün onanmasına karar vermiştir.

Değerlendirme

İncelenen dosya, rehabilitasyon merkezinden kaçtıktan 10 gün sonra polisler tarafından bulunan, cinsel istismar mağduru olan zihinsel engelli bir çocuk hakkındadır. İncelenen dosya kapsamında, çocuğun yurttan kaçmış olduğu tespit edilen 10 günlük sürede kurumun sorumluluğu, kurumdaki görevlilerin sorumluluğu, kurumdaki şiddet iddiası yargı bakımından tamamen görünmez olmuştur. Yapılan yargılamada, zihinsel engelli çocuğun beyanına itibar edilip edilmeyeceği mahkemece inceleme konusu yapılmışken, yaşanan cinsel istismarın çocukta yarattığı etki, inceleme konusu yapılmamıştır. Çocuğun beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığı değerlendirilmemiş, benzer cinsel istismar olayları olduğu kurum temsilcisi tarafından söylenmesine rağmen dikkate alınmamış, önleyici veya koruyucu-destekleyici bir müdahalede bulunulmamıştır. Ayrıca sanığın yargılama süresince saygılı davranmış olması takdiri, indirim sebebi olarak değerlendirilmiş ve tüm bu sebeplerle cezasızlığa yol açılmıştır.

İncelenen dosya kapsamında, çocuğun yurttan kaçmış olduğu tespit edilen 10 günlük sürede Kurumun sorumluluğu, Kurumdaki görevlilerin sorumluluğu, Kurumdaki şiddet iddiası yargı tarafından görülmemiştir. Kurum bakımında olan çocukların yaşama, beslenme, barınma ve sağlık gibi yaşamsal haklarının yanı sıra, esenliklerinin sağlanması, her türlü şiddet, sömürü ve kötü muameleyle karşı korunmaları, gelişmelerinin desteklenmesi gibi tüm haklarını sağlamak Kurumun dolayısıyla devletin yükümlülüğüdür. Çocuğun, dosya kapsamındaki olaydan önceki zaman zarfında da kurum dışına çıktığı anlaşılmaktadır. Ancak Kurumun, çocuğun bu durumu ile ilgili ne yaptığı dosya kapsamından anlaşılamamıştır. Bu sebeple, Kurumun dolayısıyla devletin alması gereken tedbirleri almadığı için çocuğun, "benzer olay" olarak nitelendirilen, tekrarlanan cinsel istismara maruz kaldığı anlaşılmıştır. İncelenen dosya kapsamında "benzer olaylarla" ilgili soruşturmanın devam ettiği söylenmişse de,

dosyalar incelenmemiş, çocuğun içinde bulunduğu duruma bütüncül bakılmamıştır. Çocukların Kurum bakımı dışına izinsiz veya Kurumun bilgisi olmaksızın çıkması halinde Kurumun sorumluluğu bitmemektedir. Kurum, ilgili durumu öncelikle bildirmekle yükümlüdür. İncelenen dosya kapsamında, bildirim yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği belirlenememiştir. Yine çocuğun Kurumda şiddete uğradığı için Kurum dışına çıktığı beyanı, ihbar olarak değerlendirilmemiş, Kurum ve sorumlu kişiler hakkında suç duyurusunda bulunulmamış veya herhangi bir işlem yapılmamıştır. Çocuğa yönelik şiddetin kötü muamele olmasının yanı sıra sözleşmenin tanımladığı hali ile onur kırıcı niteliği de bulunmaktadır.

Çocuğa yönelik şiddet vakalarının cezasız kalması, toplumdaki şiddet kültürü ile mücadeleyi güçleştirmektedir. AİHM, A.-Birleşik Krallık davasında, Sözleşme çerçevesinde “Devletler’in, toplumu,şiddet içeren suçlara karşı koruyucu önlemleri almakla görevli olduğunu” vurgulamaktadır. AİHM’in çocukların korunmasına ilişkin genel yaklaşımını şu şekilde özetlemek mümkündür; “Hiç kuşkusuz, bu tür davalarda asıl önemli olan, çocuk için en iyi olanın ne olduğudur”. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1. ve 3. Maddeleri, özellikle çocuklar ve diğer hassas konumdaki kişiler açısından yeterli koruma sağlamalı ve yetkili makamların bilgisi dahilinde olan ve olmayan kötü muameleyi önleyici makul girişimleri içermelidir.

Yapılan yargılamada zihinsel engelli çocuğun beyanına itibar edilip edilmeyeceği mahkemece inceleme konusu yapılmışken; yaşanan cinsel istismarın çocukta yarattığı etki inceleme konusu yapılmamıştır. Çocuğun beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığı değerlendirilmemiş, benzer cinsel istismar olayları olduğu Kurum temsilcisi tarafından söylenmesine rağmen dikkate alınmamış, önleyici veya koruyucu-destekleyici bir müdahalede bulunulmamıştır. Kaldı ki, cinsel istismar mağduru olan bir çocuğun ne beden sağlığı ne de ruh sağlığı, fiilden önceki halinde değildir. Çocuğun bu fiilden etkilenmediğini söylemek mümkün değildir.

Çocuk Koruma Kanunu bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğu “korunma ihtiyacı içinde çocuk” olarak tanımlamıştır. Aynı Kanun suça sürüklenen çocuğu da “kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuk” olarak tanımlamıştır. Ancak Çocuk Koruma Kanunu koruyucu ve destekleyici tedbirler bakımından ayırım gözetmemiştir. Bir başka deyişle, Çocuk Koruma Kanunu’nda sayılan koruyucu ve destekleyici tedbirler, “suça sürüklenen”, “korunma ihtiyacı içinde olan” ayırımı gözetilmeksizin tüm çocuklar için düzenlenmiştir. AİHM, ruhsal istikrarın muhafazasının, kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkından yararlanmasının vazgeçilmez bir önkoşulu olduğunu kabul etmektedir. Bu sebeple, koruyucu-destekleyici tedbirlerin, yargılama sürecindeki konumu ne olursa olsun, çocukların ruhsal istikrarı bakımından zorunlu olduğu dikkate alınmalıdır. AİHM, çocukların her türlü istismardan korunması, toparlanmalarına ve yeniden topluma kazandırılmalarında destek olunma-

sı ile ilgili uluslararası yükümlülüklerle atıfta bulunarak, istismar davası sürecinde veya sonrasında nitelikli bir psikolog desteği verilmediğini veya gereğince nezaret edilmediğini dikkate almıştır. Bu kararlarla, AİHM'in perspektifinin sadece hak, hak ihlalinin tespiti ile sınırlı kalmadığını, hak ihlalini geniş yorumladığını söylemek mümkündür. İstismar davası sürecinde veya sonrasında nitelikli bir psikolog desteği verilmesi aslında çocuğun maruz kaldığı fiilden uğradığı zararı gidermeye, telafi etmeye, onarmaya yönelik bir destek mekanizmasıdır. Dolayısıyla cinsel istismar dosyaları bakımından da sadece failerin bulunması, soruşturmanın etkili yapılması değil, uğranılan zararın giderilmesi de önemlidir. Yargılama süreçleri boyunca çocuğa yönelik koruyucu-destekleyici tedbirlerin alınmamış olmasının AİHM perspektifi ile uyumlu olmadığını belirtmek gerekir.

7

Dosya Adı: K.

Dosya Konusu: Cinsel Şiddet

Tarih: 2008-2011

Teknik Özet

Soruşturma aşaması :

Soruşturma, Azerbaycan vatandaşı ve 92 doğumlu mağdur K.'nin karakola başvurması üzerine başlamıştır. Mağdurun barodan atanan vekili eşliğinde karakolda verdiği ifadede; 02.04.2008 günü saat 22:00 sıralarında evine gitmek üzere sokakta yürürken, kendisini daha önce mahalleden tanıdığı ve defalarca arkadaşlık teklif etmesine rağmen reddettiği şüpheli H.'nin arka tarafından gelip önüne geçtiğini, merhabalaşıp nasıl olduğunu sorduğunu, güzellikle konuşmak istediğini söylediğini ancak mağdurun konuşma teklifini kabul etmemesi üzerine cebinden açılıp kapanan bıçak çıkararak "otur" dediğini, bu nedenle yol üstündeki okulun bahçe duvarına oturmak zorunda kaldığını daha sonra konuşurken birden kollarından sıkıca tutarak dudaklarından öpmeye çalıştığını ve "ben pisliğin tekiyim, sesini çıkartma bağırırsan seni öldürürüm" diye tehdit ettiğini, bu sırada bıçağı bir yere koyduğunu ancak nereye koyduğunu göremediğini, mağduru yere yatırarak şüphelinin altındayken t-shirtünü sıyırmaya çalıştığını, pantolonunun düğmesini açmaya çalıştığını, göğüslerini ve vücudunun çeşitli yerlerini okşadığını, تنها ve ara sokak olan buldukları yere bir arabanın yaklaştığını görünce üzerinden kalktığını, bunu fırsat bilerek arabanın önüne atladığını ifade etmiştir. Duran araç sahibi G. ile karakola gelen mağdurun, şüpheliden şikayetçi olduğu anlaşılmıştır.

Araç sahibi G. alınan ifadesinde, arabasının önüne birden 16 yaşlarında bir kızın atladığını ve birinin kendisine tecavüz etmeye kalktığını söylediğini, kızın arabayı durdurduğunda karanlıkta tam olarak göremediği bir şahsın ise koşarak uzaklaştığını ve sırtının dönük olduğunu ancak kızın mahalleden tanıdığını söylediğini belirtmiştir.

Mağdurun annesi alınan ifadesinde şüpheliden şikayetçi olduğunu beyan etmiştir.

Şüpheli H.'nin karakolda müdafî olmaksızın verdiği ifadesinde, mağdure ile yaklaşık üç yıl boyunca gönül ilişkisi yaşadıklarını, daha sonra ilişkilerinin bittiğini, olay tarihinde saat 20.30 sıralarında mahalle bakkalının önünden mağdur K.'nin geçtiğini, üçüncü geçişinde ise yanına gidip kendisi ile konuşmak istediğini söylediğini ve yaklaşık bir-bir buçuk saat konuşarak dolaştıklarını, en son olarak okulun bahçe duvarına oturup bir müddet daha konuştuktan sonra daha önce kendisiyle öpüştüklerini hatırlatarak mağduru öpmeye çalıştığını ancak kabul etmeyip direnmesi üzerine uzatmadan vazgeçerek oradan ayrıldığını ve evine gittiğini, suçlamaları kabul etmediğini beyan etmiştir.

Savcılık, kuvvetli suç şüphesi nedeni ile şüphelinin tutuklanmasını talep etmiş, Sulh Ceza Mahkemesi huzurunda müdafî eşliğinde sorgusu alınan şüphelinin, silahla cinsel saldırı suçundan tutuklanmasına karar vermiştir. Şüpheli müdafî, karara itiraz etmiş ise de, Asliye Ceza Mahkemesi itirazın reddi ile tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

09.04.2008 tarihinde mağdurun annesinin sunduğu bir dilekçede, şikayetinden vazgeçtiği anlaşılmıştır.

Savcılık 07.04.2008 tarihinde iddianame düzenlemiş ve şüphelinin cinsel istismar suçundan TCK 103/1-a,53,63. Sevk maddeleri üzerinden cezalandırılmasını talep etmiştir.

Kovuşturma aşaması :

Savcılık tarafından 07.04.2008 tarihinde düzenlenen iddianame kabul edilmiştir. İddianamenin kabulü ile mağdurun ruh ve beden sağlığının olay nedeniyle bozulup bozulmadığının araştırılması için hastaneye sevkine karar verilmiştir. Devlet hastanesinden alınan raporda, mağdurun olay nedeni ile etkilendiği, travma sonrası stres bozukluğu nedeni ile izlemeye alındığı ancak ruh ve beden sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin açıkça teşhis yapılmadığı anlaşılmıştır.

09.05.2008'de görülen ilk duruşma, müşteki anne, mağdur, vekili, sanık ve müdafinin katılımı ile gerçekleşmiştir. Sanık, müdafî eşliğinde verdiği ifadesinde önceki beyanlarına benzer ifadeler kullanarak, suçlamayı kabul etmemiştir. Mağdurenin annesi, sanıktan şikayetçi olmadığını, davaya katılmak istemediğini beyan etmiştir. Mağdure, sosyal hizmet uzmanı eşliğinde verdiği ifadesinde, daha önceki karakol ifadesini tekrar ettiğini söylemiş ancak sanıktan şikayetçi olmadığını beyan etmiştir.

Sosyal hizmet uzmanı, mağdurenin yapılan görüşmesinde, eylemden etkilendiğini, hala ilaç tedavisi gördüğünü belirtmiştir. Tanık G.'nin, daha önce karakolda verdiği ifadenin benzerlerini söylediği görülmüştür. İddia makamı, sanığın tahliyesini talep etmiş, mahkeme ise sanığın üzerine atılı suçun niteliği, delillerin toplanmış olması, tutuklulukta geçirilen süre ile mağdurenin ve müştekinin şikayetçi olmamaları göz önüne alındığı gerekçesi ile sanığın saliverilmesine karar vermiş, mağdurun cinsel istismar nedeni ile TCK 103/6 Maddesi uyarınca ruh ve beden sağlığının bozulup bozulmadığının açık bir şekilde belirlenmesi için hastaneye müzekkere yazılmasına karar vermiştir.

18/06/2008 tarihli ikinci duruşmaya sanık ve müdafii ile mağdur vekili katılmıştır. Savcılık, mağdurenin ruh sağlığına ilişkin raporun tam teşekküllü devlet hastanesinden alınmasına karar verilmesini talep etmiş, mahkemece Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nden rapor alınmasına karar verilmiştir. Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nden alınan rapora göre mağdure hakkında herhangi bir psikopatolojik durum saptanmamıştır.

16/09/2008 tarihli üçüncü duruşma, mağdur vekili, sanık ve müdafinin katılımı ile gerçekleşmiştir. İddia makamı, raporlar arasında çelişki olduğu gerekçesi ile mağdurenin ruh sağlığına ilişkin sağlık kurulu raporu alınmasını talep etmiş, mahkemece sağlık kurulu raporu alınmasına karar verilmiştir.

Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nden alınan kurul raporunda, mağdurenin ruh sağlığının bozulduğunun bildirildiği anlaşılmıştır.

25/11/2008 tarihli duruşmaya sanık müdafii ve mağdure vekili katılmıştır. İddia makamı esas hakkındaki mütalaasında, mahkemenin görevsizliğine karar verilerek, dosyanın Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesini talep etmiş, mahkemece görevsizlik kararı verilmiştir. Sanık müdafii görevsizlik kararına itiraz etmiş, itirazı reddedilmiştir.

26/02/2009 tarihinde Ağır Ceza Mahkemesi'nin ilk duruşmasında, sanık ve müdafii ile mağdure vekili katılmıştır. Sanık, suçlamayı kabul etmemiş, beraatini talep etmiştir. 31/03/2011 tarihli dokuzuncu celseye kadar müştekiye, mağdura ve dosyanın tek tanığı G.'nin adreslerine ulaşılmaya çalışılmış, zorla getirme kararı verilmiş, adres soruşturmaları yapılmış ise de, bu duruşmalarda, hiçbirinin ifadesi yeniden alınamamıştır. Dosya kapsamına göre, tanığın bulunabileceği tüm yerler aranmasına rağmen bulunamadığı gibi, adresi de belli olmadığından, dinlenilmesinden vazgeçilmesine karar verilmiştir. Mağdurenin ise yabancı uyruklu olduğu, Türkiye'ye giriş yaptığı ancak çıkış yapıp yapmadığı belli olmadığından, nerede olduğu belirlenemediğinden, mağdurenin dinlenilmesi ve raporunun alınması mümkün olmadığından, mahkemenin bu yöndeki ara kararından da vazgeçilmesine karar verilmiştir.

İddia makamı esas hakkındaki mütalaasında, sanığın üzerine atılı suçu işlediğinin sabit olduğundan bahisle, TCK'nın 103/1-a, 53. Ve 63. Maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkeme, sanığın, TCK 103/1-a Maddesi uyarınca meydana gelen zarar ve tehlike gözetilerek, 3 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, sanığın duruşmalardaki iyi hali göz önüne alınarak TCK 62. Madde gereği 1/6 oranında indirilmesine ve neticeten 2 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, yeterli kanıt bulunmadığından TCK 103/6. Maddesinin de uygulanmasına yer olmadığına karar vermiştir.

Hüküm sanık müdafî tarafından temyiz edilmiş, ayrıca sanık tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay 31.03.2011 tarihinde sanık müdafinin yüzüne karşı verilen hükmün, ayrıca sanığa tebliğinin, temyiz süresini yeniden başlatmayacağını gözeterek, kanuni süresi geçtikten sonra başvuran sanık müdafinin temyiz isteğinin reddine karar verilmiştir.

Değerlendirme

İncelenen dosya, yabancı uyruklu bir kız çocuğunun cinsel istismara uğradığında, yerel prosedürlerin çocuk üzerinde yarattığı etkiyi ve yerel prosedürlerin kendisinin cezasızlığa sebep olmasını göstermesi bakımından önemlidir. Ayrıca, mevzuatın düzenleniş şekli sebebiyle, çocuğa yönelik cinsel istismar suçunda yargı mercilerinin değişmesi, aynı incelemelerin tekrar tekrar yapılması sebebiyle ikincil mağduriyete sebep olmaktadır. İncelenen dosyada ki cezasızlıkta, tekrarlanan adli tıp incelemeleri ile çocuğun olayı defalarca anlatması sonucunda, mağdur çocuğun ve çocuğun annesinin şikayetten vazgeçmiş olması da etkili olmuştur. Şikayetten vazgeçme tutuksuz yargılamaya sebep olmuştur. Fail, tanık ve suçtan zarar görenlerin, adreslerine tebligat yapılmadığı da dikkate alınarak, suçun basit halinden ceza verilmiş ve indirim uygulanmıştır. Verilen ceza, açılmış olan davanın kamu davası niteliğinde olması sebebiyle verilmiştir. Açılmış olan kamu davasında, somut delillerle ortada olan cinsel istismar vakasında, mecburen verilen bir cezadır. Şikayetten vazgeçme ve yabancı uyruklu olma, açılmış olan davada tutuksuz yargılamaya, alt sınırlardan ceza tesis edilmesine ve indirim uygulanmasına neden olmuştur.

Taraf olunan uluslararası sözleşmeler, anayasa, Çocuk Koruma Kanunu başta olmak üzere iç hukuk normları, çocukları cinsel istismardan koruma, failleri bulma ve cezalandırma konularında vatandaş olma kıstası aramamaktadır. İncelenen dosyada yapılan ilk işlemler ve davanın açılması sürecinde çocuğun yabancı uyruklu olması, soruşturmayı engellememiş veya etkilememiştir. Ancak kovuşturma aşamasında, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan tanığa ve faile de tebligat yapılamamış, mahkemeye getirilememiştir. Mağdureye yapılamayan tebligatın gerekçesinde ise yabancı uyruklu olduğu belirtilerek, "Türkiye'ye giriş yaptığı ancak çıkış yapıp yapmadığı belli olmadığından nerede olduğu belirlenemediği" belirtilmiş ve bu gerekçe ile delillendirme aşamasından neredeyse tamamen vazgeçilmiştir. Mağdur çocuğun ülkeden çıkış yapıp yapmadığına dair araştırma yapılmamıştır. Ülkenin egemenlik yetkisinde olan çocuk, bulunamamıştır. Fail tutuksuz yargılama sürecindeyken, nerede olduğu belirlenememiştir. Bu yaklaşım, yargının kovuşturma konusundaki samimiyetini ve kararlılığını göstermesi bakımından önemlidir. Rızanın olmadığı cinsel istismar fiilinde devlet, etkili soruşturma ve cezalandırma yükümlülüğünü yerine getirmemiştir.

Tüm yargılama süresince, çocuk, ihtiyacı olan koruyucu-destekleyici tedbirler, nitelikli psikolog desteğinden de mahrum kalmıştır. Bu bakımdan verilmiş olan karar, AİHM'in yaklaşımı ile uyumlu değildir.

Çocuk, birbiriyle çelişen raporlar sebebiyle defalarca adli tıp incelemesine tabi tutulmuştur. Her seferinde olayı, yaşananları ve tüm süreci tekrar tekrar anlatmak zorunda kalmıştır. Her anlattığında olayı yeniden yaşaması bakımından bu uygulama hatalı olmuştur. AİHM'in I.G.-Moldova kararında tanımladığı üzere, çocuğun iki kez mağduriyeti söz konusu olmuştur: Birincisi maruz kaldığı cinsel istismar; ikincisi ise yerel prosedürler. Dosyada belirlenmesi mümkün olmamakla birlikte, mağdur çocuğun şikayetten vazgeçmesi, tüm bu adli tıp incelemeleri esnasında olmuştur. Dosya kapsamında çocuğun yaşadığı, tekrarlanan adli prosedürlerin, daha çok yıldırıcı nitelik taşıdığını belirtmek yerinde olacaktır.

Çocuğun annesinin şikayetinden vazgeçmesi üzerine, tutuklu yargılanmakta olan sanık, salıverilmiştir. Bu aşamada çocuğun şikayeti hala devam etmektedir. Çocuğun bedenine ve kişiliğine yönelik bir fiilden dolayı çocuğun ebeveyninin şikayetten vazgeçmesi, yargılama sürecini etkilemiştir. Kaldı ki, yargılama sürecinin devamında, fail bulunmamıştır. Çocuğun kendini ilgilendiren konularda görüş bildirmesi, özellikle çocuğu etkileyen herhangi bir adli kovuşturmada çocuğun görüşünün esas alınması önemlidir.

Çocuğun ve annenin şikayetinden vazgeçmesi de dikkate alınarak, suçun basit halinden cezalandırılmış ve cezasından indirim yapılmıştır. Şikayetten vazgeçmenin, devletin önleme-koruma yükümlülüğünü kaldırmadığı açıktır. Takibi şikayete bağlı suç olmayan cinsel istismar suçunun soruşturulması, kovuşturulması, faillerin cezalandırılması, şikayetten vazgeçilmiş olması ile gerekçelendirilemez. Bu bakımdan dosya kapsamında yol açılan cezasızlık, AİHM'in yaklaşımı ile uyumlu değildir.

8

Dosya Adı: C

Dosya Konusu: Yaşam Hakkı İhlali (Kolluk Güçleri)

Tarih: 2008, 2014- ...

Teknik Özet

Soruşturma aşaması :

27.10.2008'de 17 yaşındaki C., çocukluk arkadaşı H. ile teyzesine motosikletiyle gitmekteyken, "yunus" olarak tabir edilen iki polis memuru tarafından durdurulmak istenmiştir. Polisler durumlarından şüphelendikleri motora dur ikazı yapmışlar ancak motorun durmaması üzerine, başladıkları takip sonucu motoru durdurmuşlar-

dır. Duran motordan H.'nin inerek, polis memurlarına yöneldiği esnada, C.'nin tekrar motosikleti ile kaçmaya başladığı, polislerden birinin peşinden koşarak dur ihtarında bulunduğu ancak C.'nin durmaması üzerine, onu durdurmak için iki el ateş etmesi sonucu hayatını kaybettiği anlaşılmıştır.

Adli Tıp Kurumu Grup Başkanlığı Morg İhtisas Dairesi'nde Cumhuriyet Savcısı eşliğinde yapılan C.'nin otopsi raporunda boyun sağ arka orta kısmında 0,4 cm çaplı düzensiz mermi girişine uygun yara, sol yanak orta alt kısmında kanamalı 1,1 cm çaplı mermi çıkışına uygun yara olduğu tespit edilmiştir. Raporda ölümün ateşli silah mermi çekirdeği yaralanmasına bağlı, medulla spinalis ve büyük damar harabiyeti ile kanamadan ileri geldiği; vücudunda bir adet mermi çekirdeği giriş ve çıkış deliği bulunduğu; kanında, idrarında ve iç organ parçalarında aranan gruplara ait uyutucu, uyuşturucu madde ile toksik maddelere rastlanılmadığı ve kanında alkol tespit edilmediği saptamaları yer almaktadır.

Polis memuru M.'nin müdafii eşliğinde alınan ifadesinde, olay yeri bölgede genç çocukların genelde uyuşturucu kuryeliğinde kullanıldığı için olay günü C.'nin motorunun kendilerine doğru gelirken yavaşlayarak durması hususunda ihtarda bulunduğunu ancak fazla hızlı olmayacak şekilde ilerleyen motorun durmayarak birden hızlandığını söylemiştir. Bunun üzerine motoru kovalamaya başladıklarını, kovalama sonucu motorun durduğunu, arkada oturan şahsın kendilerine doğru geldiği esnada motoru kullanan şahsın eğilerek yeniden motorla kaçmaya başladığını ifade etmiştir. M.'nin diğer polis arkadaşı ile yeniden “Dur polis” diye bağırdığını, kendisinin silahını çektiğini, yine “Dur polis” diye bağırp havaya bir el ateş ettiğini, şahsın kafasını çevirip geriye doğru bakarken, bir elini arka tarafına götürdüğünü kendisinin aynı zamanda koştuğu ve yerler de mucurlu olduğu için silah elindeyken bir anda sendelediğini ve silahın birden patladığını beyan etmiştir. C.'nin hemen ardından yere düştüğünü, kaskın kafasından fırladığını ve boynundan kan aktığını, elini kan gelen yere bastırıldığını ve kolay nefes alması için kafasını yana çevirdiğini kesinlikle vurma niyetinin olmadığını ifade etmiştir.

H.'nin olaya ilişkin verdiği tanık ifadesinde, olay günü C.'nin evine gelerek, teyzesine gidip geleceğini, kendisinin de ona eşlik etmesini teklif ettiğini, bunun üzerine D. mahallesine gittiklerinde polislerin onları durdurmak istediğini, kendilerinin ise kaçtığını söylemiştir. C.'nin “ehliyet ve ruhsat yok motosikleti kaptırırız” dediğini, bir süre sonra durduklarını, kendisinin motordan inip polislerin de motorlarından indiği esnada C.'nin motorunun hareket ettiğini fark ettiğini, hemen önünde duran polisin “dur” diyerek C.'nin olduğu tarafa doğru koşmaya başladığını ifade etmiştir. Döndüğünde polis memurunun elinde tabancayı gördüğünü, iki el ateş ettiğini, silah seslerinden sonra gördüğünde, polis memurunun elinin tam dik olarak havaya kalkık olmadığını, eğik şekilde C.'ye doğru yöneldiğini, elinin omuz hizasından biraz yukarıda durduğunu söylemiştir. Ayrıca polis memurunun, C.'nin peşinden koşuktan sonra bacağının biri önde diğeri arkada olacak şekilde ve hafif kırmış haldeyken silahı doğrulttuğunu gördüğünü beyan eden H., C. yere düşünce, ateş eden polis ile

kendisinin yanına koştuğunu, C.'nin kaskının düştüğünü ve yüzünden kan geldiğini, hatta polis memurunun kan gelen yere bastırıldığını beyan etmiştir.

Olay yeri krokisine göre, bulunan mermilere ait iki kovan ile C.'nin olduğu yer arasındaki mesafenin 1210 cm olduğu tespit edilmiştir.

Olay sonrası C.'nin ölümüne neden olan polis memuru M. müdafii eşliğinde sorgusu yapıldıktan sonra, savcılığın talebi ile Sulh Ceza Mahkemesi tarafından tutuklanmış, yapılan idari soruşturmada da meslekten ihraç edilmiştir.

Savcılık, M.'nin kasten adam öldürmek suçundan yargılanmak üzere iddianame düzenlemiştir.

Kovuşturma aşaması :

Ağır Ceza Mahkemesi'nce kabul edilerek, yargılama başlamıştır. Yargılama esnasında ikinci duruşmada sanık M., "Maktul iki kez kaçtı, iki kez direndi. İlkinde havaya doğru 'dur' ateşi ettim. İkinci defaki atışım iradem dışında gerçekleşti. Ne şahsın kendisini ne de motorunu hedef aldım. Vicdanen rahatım görevimi yaptım. O gün iki ayrı olayın failini yakalamıştım. Bu üçüncüydü" demiştir.

Ağır Ceza Mahkemesi 20.08.2009 tarihli kararında, sanık polis M. hakkında, olası kastla insan öldürme suçundan 16 yıl 8 ay hapis cezası vererek, sanığın tutukluluğunun devamına hükmetmiştir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi 30.10.2010 tarihli ilamında, "hayati bölgeler hedef alınarak ateş edildiğini gösteren kesin ve yeterli kanıt bulunmadığı anlaşıldığı halde, kasten yaralama sonucu ölüme neden olmak suçundan 5237 sayılı TCK'nın 87/4 Maddesinin 2. cümlesi uyarınca hüküm kurulması gerekirken; suç niteliğinde yanılığa düşülerek, unsurları oluşmayan olası kastla insan öldürme suçundan hüküm kurulması" isabetsizliği öne sürülerek, Ağır Ceza Mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir.

Ayrıca olay özetine, "Önleyici Hizmetler Şube Müdürlüğü Motorize Ekipler Amirliğinde görevli polis memuru sanığın ve ekip arkadaşı tanık A.'nın, sanığın yönetimindeki motosiklet ile durumdan şüphelendikleri, üzerinde yolcu olarak tanık H.'nin de bulunduğu ve maktulün kullandığı motosiklete dur ikazı yaptıkları, yapılan ikaza rağmen durmayan motosikleti takibe başladıkları, takip sonucu durdurulan motosikletten tanık H.'nin inerek polis memurlarına doğru yöneldiği sırada, maktulün tekrar motosikleti ile kaçmaya başladığı, bunun üzerine sanığın da peşinden koşarak maktule dur ihtarında bulunduğu, herhangi bir suç şüphesi altında bulunmayan maktulün hakkında yaralama, gözaltına alma, zorla getirme gibi bir karar bulunmadığı, maktulün suç teşkil etmeyen soyut kaçma eylemi dışında polis memurları sanık ve arkadaşı tanık A.'ya yönelik herhangi bir direnme eylemi de bulunmadığı, maktulün kullandığı motosiklette yolcu olarak bulunan tanık H.'nin yakalandığı, bu itibarla maktulün açık kimlik ve adres bilgilerine her an ulaşılabilmesi olanağının bulunduğu,

yine maktulün kaçtığı motosikletin plakasının okunabilir durumda olduğu, bu şekilde kaçış istikametine doğru ilerideki bir noktada telsiz irtibatı ile durdurulabilme olasılığının ve sanığın kullandığı motosikletin teknik özellikleri itibariyle maktulün kullandığı motosikletten üstün olması nedeniyle takip sonucu yakalanabilmesinin mümkün olduğu, PVSK'nın 5681 sayılı Yasa ile değişik 16. Maddesinde belirtilen silah kullanılmasını gerektiren herhangi bir durum bulunmadığı ...sokak üzerinde, gündüz sayılan zaman dilimi içerisinde saat 15:00 sıralarında, sanığın, kaçan, maktulü durdurmak için, maktule doğru iki el ateş ettiği, maktulün ense kısmına aldığı bir adet ateşli silah yaralanması sonucu hayatını kaybettiği" şeklinde yer verilmiştir.

19.04.2011 tarihli Ağır Ceza Mahkemesi ise bu kez, sanığın 13 yıllık tecrübeli bir polis memuru olduğu, 9mm çapındaki 14'lü tabir edilen bir silah ile 4-5 m. gibi yakın mesafeden motorlu bisiklet ile kaçmaya çalışan maktulün belden üst kısmına doğru ateş etmesinin, yaralama kastının bulunmadığını gösterdiğini, polis memurunun silahla yakın mesafeden ateş ederken gerçekleştirdiği fiilin bazı neticelerinin meydana gelebileceğini düşünmesine rağmen, bunları kabul ettiğini ifade ederek, önceki kararında direnmiştir. Mahkeme ayrıca direnme gerekçesinde; "Düğünde ya da maç sonucunda havaya ateş eden ya da ateş etmek isterken silah patlaması sonucu ölüme sebebiyet veren kişilerin, Yargıtay ilamında belirtildiği şekilde "hayati bölgeler hedef alınarak ateş edildiğinin" mi kabul edilmesi gerekmektedir. Yani bu tür olaylarda suç failleri değil hayati bölgeleri hiçbir şekilde orada bulunan kişileri hedef almadığı halde sonuç meydana geldiği için olası kast hükümleri uygulanmaktadır" cümlelerine yer vermiştir.

Direnme kararı yeniden temyiz edilmiş, bu kez dosya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın "eylemin kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunu oluşturduğu" yönündeki bozma istemli 19.12.2011 tarihli tebliğnamesi ile Yargıtay 1. Ceza Dairesi Başkanlığı'na gönderilmiştir. Dosya Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından 05.06.2012 tarihinde değerlendirilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında, Adli Tıp Kurumu raporundaki bilgilere ayrıntılı yer verilmiş, olası kast, doğrudan kast, taksir, bilinçli taksir, neticesi sebebi ile ağırlaşmış suç tanımlarına ve farklarına, karşılaştırmasına yer verilerek; failin "neticesi sebebi ile ağırlaştırılmış kasten yaralama suçundan" sorumlu tutulabilmesi için açıkça yaralamaya dönük eylemde bulunmasının şart olmadığı, olayın olağan seyri ve gelişmesi sonucu yaralamanın meydana gelebileceği öngörülebilir durumda olmasına rağmen, hareketine devam etmesi ve ölümün bu harekete bağlı olarak gelmesinin de yeterli olduğu yazılmıştır. Devamla "Silah kullanma" koşullarının gerçekleşmediğinde herhangi bir duraksamanın yaşanmadığı olayda, kullanılan silahın niteliği, elverişliliği ve etki alanı, atış mesafesi, tanık anlatımları ve dosyadaki diğer tanıklar göz önünde bulundurulduğunda kaçmak isteyen maktulü durdurmak amacıyla hareket eden sanığın, elindeki elverişli silahla ve silahın etki alanı içerisinde bulunan maktulün kaçış istikametine doğru ateş etmesi sonucunda, mermilerden birinin maktule isabet edebileceğini ve eyleminin yaralanmayla sonuçlanabileceğini öngörmesine rağmen hareketine devam ettiği ve ölümün bu harekete bağlı olarak meydana geldiği" belirtilmiştir. Netice olarak Yargıtay HGK,

Özel Daire bozma kararının isabetli olduğunu belirterek, direnme kararının bozulmasına karar vermiştir. Ayrıca, TCK'nın 53/5 Maddesi ile uygulama yapılmasında isabet görülmediği, hak ve yetkilerin kötüye kullanılması sureti ile suçun işlenmesi koşulunun gerçekleşmediği belirtilmiştir.

Ağır Ceza Mahkemesi, 2012'nin Aralık ayında verdiği karar ile Yargıtay HGK'nın bozma kararı üzerine sanığın neticesi sebebi ile ağırlaşmış yaralama suçundan 12 yıl hapsine ve TCK 62. Maddedeki iyi hal indirimi uygulanması ile neticeten 10 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Sanık aynı duruşmada 4 yıl 1 ay 7 gün tutuklu kaldıktan sonra, mahkemece tahliyesine ve sanığın yurt dışına çıkış yasağı ile adli kontrol uygulanmasına da karar verilmiştir. Karar yeniden temyiz edilmiştir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi 17/02/2014 tarihli kararında bu kez, sanığın TCK'nın 87. Maddesi gereği ilk bozma kararında ayrıntılı olarak yer verdiği olayın oluş biçimine ilişkin durumlardan alt sınırdan değil, üst sınır olan 16 yıldan hüküm kurulması gerektiğinden bahisle bozulmasına karar vermiştir.

15/07/2014 tarihli Ağır Ceza Mahkemesi'nin bozma üzerine açılan duruşmasında, tutuksuz yargılanan sanık, ikamet ettiği yere en yakın Asliye Ceza Mahkemesi'nden SEGBİS sistemi ile bağlanılmak sureti ile katılım sağlamıştır. Mahkeme neticesi, sebebi ile ağırlaşmış yaralama suçunun üst sınırı 16 yıl hapis cezası, takdiren iyi hal indirimi kullanılarak 13 yıl 4 ay hapis cezası olarak hükmedilmiştir. Tutuksuz sanık polisin yurt dışı yasağı ile adli kontrolün sürmesi kararlaştırılmış ve bu karar da tekrar temyiz edilmiştir. Dosya hala Yargıtay'dadır.

Değerlendirme

Dosya hali hazırda derdest dosya niteliğindedir. Bu sebeple yapılan değerlendirme, dava konusundan ziyade sürece ilişkindir.

Yargılama sürecinde ilk derece mahkemesi, kasten öldürme suçundan hüküm tesis etmiştir. Ancak kasten insan öldürme suçunun cezası, müebbet hapis cezası iken verilen ceza 16 yıl 8 ay olarak belirlenmiştir. Dosyanın Yargıtay incelemesi ise, yapısal olarak polis şiddeti sebebiyle yaşanan ölümlerde cezasızlığa sebep vermesi bakımından önemlidir.

Yargıtay, suç tipine dair yaptığı değerlendirmeler neticesinde, “kastan öldürme” yerine, “neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama” suçundan hüküm kurulması gerektiğini söylemiştir. İncelenen dosya bakımından, sonuç doğuran temyiz incelemesinin devamında yerel mahkemenin direnme kararı vermesi üzerine, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından dosya incelenmiştir. Genel Kurul kararı da yine, daha az cezayı gerektiren “neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama”dır. Bu Türkiye’de benzer olaylarda yaşanacak ölümlerde daha az ceza verilmesini sağlayan emsal karar olması bakımından ayrıca önemlidir. AHİM perspektifinden süreç değerlendirildiğinde;

- Yaşam hakkını kullanmakta olan bir bireyin, yaşam hakkının koruma alanına kamu makamlarının eylem veya ihmal şeklinde bir müdahalesi olmuş ve doğal olmayan bir ölüm meydana gelmiştir.
- Bu müdahale, silah kullanma gibi eylem sonucu olmuştur.
- Doğal olmayan ölümden sonra devlet, etkili ve yeterli soruşturma yapmamak suretiyle hareketsiz kalmıştır.

İncelenen dosya bakımından, devletin, bireylerin yaşam hakkına dair en temel yükümlülüğü olan öldürmeme yükümlülüğü ihlal edilmiştir. Ölüm ile neticelenen olayda, amacın meşru olup olmaması, AİHM tarafından ayrıca değerlendirilmektedir. Amanın meşru olmaması durumunda kasit unsurunun kanıtlanması gerekirken, meşru amaç olsa dahi güç kullanımının kesinlikle zorunlu olmadığını yani amaçla orantısız güç kullanımının kanıtlanması yeterlidir. İncelenen dosyada, adres tespiti ile dahi bulunabilecek durumda olan çocuğun, ölümüne, devlet görevlisi sebep olmuştur. Bu gibi durumlarda AİHM, devletin mutlaka gerekli ve orantılı güç kullanıldığını kanıtlamasını aramaktadır. AİHM, her durumda, Sözleşme'nin 2/2'de sınırlı olarak sayılan koşulların gerçekleşmesi durumunda dahi, öldürmeyi değil etkisiz hale getirmeyi kabul etmektedir. Yakalama amacıyla öldürmeyi Mahkeme şu şekilde yorumlamıştır; yakalanacak kişinin yaşam veya beden bütünlüğüne karşı bir tehdit oluşturmadığı biliniyor ve şiddet suçu işlediğinden şüphelenilmiyorsa, kaçağa karşı öldürücü güç kullanılmaması, kendisine yakalama fırsatını kaybettirecek olsa dahi mahkeme kural olarak öldürücü güç kullanılmasına gerek bulunmadığı kanaatindedir.

AİHM kasit unsuru bakımından üçüncü kişilerin yol açtığı ölümler ile kamu görevlilerinin yol açtığı ölümler arasında ikili ayırım yapmıştır: Üçüncü kişilerin eylemi söz konusu olduğunda, kasit unsuru aranırken, kamu görevlisinin veya devletin organlarının yaşam hakkını ihlal etmesi halinde, kasit unsuru aranmamaktadır. Mahkeme, "kasit olmamasına rağmen, kamu görevlilerine veya organlarına yüklenebilecek kusurun taktir hatasını veya dikkatsizliği ve özensizliği aştığı hallerde yani bu makamlar, muhtemel sonuçların tam olarak farkında olmalarına rağmen, ellerindeki yetkileri göz ardı ederek, tehlikeli bir olay nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri alamadıkları durumlarda, insanların yaşamlarını tehlikeye sokan kişiler aleyhine yaşama hakkının ihlali yönünden suçlamada bulunulmaması ve yarılanmalarını, Sözleşme'nin 2. Maddesini usul yönünden ihlal edebilir." demiştir. Bu sebeple, polis memurları tarafından ölüme neden olduğu dosyada sorumluluk, bu ilkeler çerçevesinde değerlendirilmedi.

Ayrıca, halkın hukukun üstünlüğüne olan bağlılığını sürdürmesi ve hukuka aykırı eylemlere hoşgörü gösterilmediğini ve işbirliği yapılmadığını göstermek için esaslı bir unsur olan soruşturmanın ivedi şekilde yapılması da mümkün olmamıştır.

Cezasızlık ile ilgili iki önemli kararda mahkeme özetle; insan yaşamını korumak için kabul edilen yasaların koruyucuları olan adli makamların, sorumluları cezalandır-

maya kararlı olup olmadıklarının, ve gözaltında öldürme gibi bir davada takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasının suçun sonucunu hafifletmek için kullanıldığını belirtmiştir. İncelenen dosyada Yargıtay'ın daha az cezayı gerektiren suç tipinde ısrarcı olması, olayın oluşunda doğrudan nişan alma olarak tarif edilen pozisyon, bir başka deyişle kasten öldürme fiilini görmezden gelmesi, sorumluları cezalandırma konusunda kararlılığı konusunda şüphe yaratmıştır. Ayrıca verilmiş olan son kararda takdiri indirim nedenleri uygulanmıştır. Bu bakımdan dava süreci AİHM kararları ile aynı doğrultuda değildir.

9.

Dosya Adı: M.

Dosya Konusu: Yaşam Hakkı ihlali (Bibergazi, Kolluk Güçleri)

Tarih: 2006, 2012- ...

Teknik Özet

Soruşturma aşaması :

23.08.1989 doğumlu M., olay günü internet kafeye gitmek amacıyla dışarıya çıkmış ve Mart 2006'da toplumsal olaylara müdahale eden polisler tarafından başına gaz kapsülü isabet etmesi sebebiyle yaşamını yitirmiştir.

Ailesi günlerce M.'yi aramış, olaydan 5 gün sonra Devlet Hastanesi morgunda M.'nin cesedi bulunmuştur. Cesedin 30 Mart 2006 tarihinden beri kimliği belli olmayan ceset olarak morgda tutulduğu dosya kapsamından anlaşılmıştır.

Soruşturma dosyası ve işlemleri yine olay günü müdahaleyi gerçekleştiren polis ekiplerince tanzim edilmiş ve söz konusu ekipte yer alan görevlilerce hazırlanan raporlar, Cumhuriyet Başsavcılığı'na sunulmuştur. M.'nin cesedinde yapılan otopsi sonucu tutanakta, ölümün ateşli silah mermisi yaralanmasına bağlı beyin harabiyeti ve kanaması sonucu gerçekleştiği belirtilmiştir. Otopsi raporunda M.'nin kafatasından, üzerinde 40 MM X 46 rp 707- CS 7,0 LOT DFPF 01/97 yazan 7,5 x 4 cm ebadında bir kısmı metal bir kısmı mavi renkte olduğu tespit edilen gaz fişeginin çıkarıldığı belirtilmiş, çıkan mühimmatın hangi birim ve görevliye ait olduğunun tespiti için İl Emniyet Müdürlüğü'ne müzekkere yazılmıştır. İl Emniyet Müdürlüğü, gaz fişeginin Özel Harekat Şube Müdürlüğü'ne kayıtlı olup, aynı şubede görevli H., B., N. isimli polis memurlarının üzerine zimmetli olduğunu bildirilmiş, atışı kimin yaptığı konusunda bilgi verilmemiştir. Savcılık, Adli Tıp Kurumu'ndan mühimmatın hangi mesafeden ateşlenmesi halinde öldürücü olacağını bildirilmesi talepli müzekkere hazırlamış,

Kurum ise, daha önce bu mühimmatla ölüm olayına rastlanmadığı gerekçesi ile yanıt veremeyeceğini bildirmiştir.

Valilik İdare Kurulu Müdürlüğü'nün 19.02.2009 tarihli kararıyla, polisler hakkında soruşturma yapılması için soruşturma izni verilmemiştir. 26.03.2009 tarihli dilekçe ile Bölge İdare Mahkemesi'ne soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararın kaldırılması için başvurulmuş; Mahkeme 08.04.2009 tarihinde soruşturma izni verilmesine karar verdikten sonra, Valilik tarafından polislere soruşturma açılmasına izin verilmiştir.

Kovuşturma aşaması :

04/11/2009 tarihinde savcılığın hazırladığı iddianame, Ağır Ceza Mahkemesi'ne havale edilmiştir. İddianamede, ismi Emniyet tarafından bildirilen üç polis memurunun TCK 82/1-e, 21/2,53 Sevk Maddeleri uyarınca "olası kast sonucu ölüme neden olma" suçundan cezalandırılması talep edilmiştir. Kovuşturma evresinde, adli emanette bulunan incelenmesi için Jandarma Kriminal Laboratuvarı'na gönderilen mühimmat hakkında, uç kısmı gövdesinden ayrılmış 2 parça halindeki siyah renkli fişeğin, 12 kalibre av tüfeği mühimmatı olduğunu ve bu mühimmatın bomba atar silahında kullanılamayacağını bildirmiştir. Bunun üzerine, Adli Emanette 2009/... ve 2011/... sırasında yer alan ve otopsi sonucu M.'nin kafatasından çıkarılan gaz kapsülünün, başka bir gaz kapsülü ile değiştirilmiş olduğu tespiti, 15.03.2012 tarihli duruşmada tutanağa geçirilmiştir.

Kovuşturmayı yürüten Ağır Ceza Mahkemesi 16.03.2012 tarihinde, M.'nin kafatasından çıkarılan gaz kapsülünün bulunması için Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunmuş ise de, değiştirilen ve M.'nin ölümüne sebebiyet veren gaz kapsülü bulunamamıştır. Mahkemenin yaptığı suç duyurusunu yürüten Cumhuriyet Başsavcılığı'nın talebi ile Sulh Ceza Mahkemesi, 01/08/2012 tarihinde Cumhuriyet Başsavcılığı'nın ilgili soruşturma dosyası hakkında gizlilik kararı vermiştir. M.'nin ailesinin avukatının, dosyadan örnek alması ve inceleme yetkisinin kısıtlanması kararına, 07.08.2012 tarihinde itiraz edilmiş ancak Sulh Ceza Mahkemesi, 10.08.2012 tarihli kararı ile itirazı reddetmiştir. Savcılık, yargılama başladıktan sonra, Adli Tıp ve Emniyetten gelen bilgilere göre polislerin beraatini talep etmiş, katılan vekili itiraz etmiştir. Mahkeme, Emniyetteki silahların celbine karar vermiştir. Emniyet ise, bu kez dosyaya 3 ayrı silah göndermiştir.

Emniyet yetkilileri, mühimmatın üzerinde yazan numaranın seri numarası değil, parti numarası olduğunu belirtmiştir. Sanıklar tutuksuz yargılanmış ve bir kısım duruşmalara ise yurtdışı görevinde olmaları gerekçesi ile katılmamışlardır. Tutuklama talebi Mahkemece sanıkların kaçma ve delil karartma ihtimali bulunmaması gerekçesi ile reddedilmiştir.

Kovuşturma hala devam etmektedir.

M.'nin ailesi AİHS'nin 2, 13 ve 6. Maddelerinin Türkiye Devleti tarafından ihlal edildiği gerekçesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. Bakanlık savunmasında, iç hukuk yolları tüketilmeden AİHM'e başvurulduğunu, aileye 19.500 TL tazminat ödenmesine karar verildiğini ancak dosyanın Danıştay'da incelemede olduğunu belirtmiştir. Bakanlık, güvenlik güçlerinin kaotik bir ortam içinde M.'yi kasten vurmadığını, ölümün kaza sonucu gerçekleştiğini ileri sürmüş, hükümetin ancak objektif sorumluluk ilkesi gereği sorumlu tutulabileceğini savunmuştur.

Değerlendirme

İncelenen dosya hali hazırda yargılama sürecinde dokuzuncu yılını doldurmuştur. Yapılan değerlendirme, somut dava konusu hakkında değil, yaşanan adli sürece dair değerlendirmedir.

Toplumsal olaylara müdahale esnasında gaz fişegi ile kafadan yaralamak suretiyle ölüme sebep olan kamu görevlilerinin soruşturma esnasında rol almaları; idarenin soruşturmaya isteksiz davranması şeklinde yorumlanmaya açık soruşturmayı yanıtsız bırakması, adli emanette olan delillerin karartıldığı belirlenmiş olması, AİHM ilkeleri ile çelişmektedir. AİHM bu gibi müdahale olaylarında yaşam hakkının ihlal edilmesi halinde, sadece güç kullanan görevliler bakımından değil, eylemlerin planlanması ve kontrolünden sorumlu kişilerin de sorumluluğunun doğacağını değerlendirmektedir. Bu sebeple, incelenen dosyada, ilgili kamu görevlileri hakkında herhangi bir işlem ve cezalandırma yapılmadığı için incelemeye alındığı tarih itibarıyla cezasızlık söz konusu olmuştur.

Devlet , sağ doğmuş bir bireyin kamu makamlarının eylem veya ihmali şeklinde ki müdahalesi ile doğal olmayan ölümden sonra, etkili ve yeterli soruşturma yapmama suretiyle hareketsiz kalmıştır. AİHM'in yerleşik kararlarına göre yaşananlar, yaşam hakkını ihlal etmektedir. Nitekim, ölüm olayında amacın meşru olup olmaması değerlendirilirken dahi, güç kullanımının kesinlikle zorunlu olmadığı yani amaçla orantısız güç kullanımının kanıtlanması yeterlidir. İncelenen dosya bakımından, yoldan geçmekte olan bir çocuğun, polis in toplumsal olaya müdahalesi esnasında öldürülmesi söz konusudur. Kullanılan aracın, toplumsal olayları etkisiz hale getirmek amacıyla gerekli ve orantılı olmadığı açıktır. Buradaki sorumluluk sadece güç uygulayan devlet görevlilerini değil, eylemlerin planlanması ve kontrolü gibi tüm aşamalarını kapsamaktadır. AİHM, her durumda, amaç meşru olsa dahi, öldürmeyi değil, etkisiz hale getirmeyi kabul etmektedir. Mahkeme'nin "ayaklanma ve isyanı bastırma amacıyla öldürme" konusundaki yorumu da şu şekildedir: ayaklanma veya isyanı bastırma için güç kullanılması, 2/2-c Maddesi bakımından haklı görülebilir ancak göz yaşartıcı gaz, su püskürtme veya plastik mermi kullanılması gibi yaşamı daha az tehdit edici yöntemlere başvurmadan, barışçıl olmayan göstericileri dağıtmak için göstericilere doğrudan ateş edilmesi, güvenlik güçlerine sınırlı koşullarda silah kullanma yetkisi veren iç hukuk hükümlerinin uygulanmadığı anlamına gelir.

Polisler, yaşama hakkının korunmasında hayati bir rol oynarlar; bu nedenle olayın bütün parametrelerini değerlendirebilecek ve operasyonu dikkatlice düzenleyebilecek durumda olmalıdırlar. Kaldı ki, incelenen dosya bakımından, yoldan geçmekte olan bir çocuğun yaşam hakkı söz konusudur.

Sonuç olarak Mahkeme, mevzuatın, devlet görevlileri bakımından açık olmasından, keyfi davranmaya izin verip vermediğinden başlayarak, müdahaledeki planlama ve kontrole kadar tüm aşamalarını değerlendirmektedir. Yerel mahkemelerde de aynıının yapılması gerekir.

İncelenen dosya bakımından, cezasızlığa sebep veren en önemli husus ise, Devletin soruşturma yükümlülüğü ile ilgilidir. Doğal olmayan her türlü ölüm olayında uygulanan usul yükümlülüğü, bu dosya bakımından cezasızlık meselesinin esas görünüm alanı olmuştur.

AİHM, soruşturmanın temel amaçlarından birini, “sorumluların ölüme ilişkin hesap vermelerini sağlamak” olarak değerlendirmiştir. Soruşturma yükümlülüğünde devlet yetkililerinin gösterdiği çabanın da önemli olduğunu vurgulamıştır. İncelenen dosya bakımından, Emniyet, Valilik gibi devletin kurumlarının yargılama sürecine doğru bilgilendirme yapmaması, soruşturmaya izin vermemesi gibi etkileri olmuştur. Daha da önemlisi, deliller bilerek ve istenerek yok edilmiştir.

Yargı sistemi etkili olamamıştır. Soruşturma dosyası ve işlemleri, yine olay günü müdahaleyi gerçekleştiren polis ekiplerince tanzim edilmiş ve söz konusu ekipte yer alan görevlilerce hazırlanan raporlar, Cumhuriyet Başsavcılığı’na sunulmuştur. Bu durum “soruşturmayı yapan yapı, devlet görevlilerinin veya devlet organlarının yaşam hakkını ihlal etmesi olayını soruşturacağı için, herhangi bir ilişki içinde olmamalı, bağımsız olmalıdır” ilkesi ile çelişmektedir. Bağımsızlık sadece hiyerarşik veya kurumsal bağlantının bulunmaması değil; aynı zamanda pratikte de bağımsız olunması anlamına gelmektedir.

Bir soruşturmanın etkili ve yeterli olabilmesi için, ölümün neden ve nasıl meydana geldiğini aydınlayabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delillerin toplanması gerekmektedir. Delillerin adli emanette değiştirilmesi, AİHM ilkeleri uyarınca soruşturmanın etkililiğini azaltan sebeplerden olarak değerlendirilebilir.

Ayrıca, halkın, hukukun üstünlüğüne olan bağlılığını sürdürmesi ve hukuka aykırı eylemlere hoşgörü gösterilmediği ve işbirliği yapılmadığını göstermek için esaslı bir unsur olan soruşturmanın ivedi şekilde yapılması da mümkün olmamıştır.

İncelendiği tarihe kadar olan süreçte, kamu birimlerinin, soruşturma sürecine, doğru bilgi vermemesi, delillerin yok edilmesi, soruşturmanın ivedi şekilde tamamlanmaması, suçun sonucunu hafifletme amacıyla kullanılmıştır.

10**Dosya Adı: C.Ö.****Dosya Konusu: Yaşam Hakkı İhlali (Askeri Mühimmat)****Tarih: 2009- ...*****Teknik Özet***

Soruşturma aşaması :

28.09.2009 tarihinde, H. mezrasında evinin 200 metre yakınında, koyun otlatan 1997 doğumlu C., 40 mm'lik bomba atar mühimmatın patlaması sonucu hayatını kaybetmiştir.

Olayın ardından köylüler ve küçük C.'nin ailesi, durumu resmi makamlara haber verip, soruşturma yürütülmesi talebinde bulunulmuş ise de; olay yeri incelemesi ve delil toplama işleminin, resmi görevlilerin can güvenliğinin olmadığı gerekçesiyle başlatılmayıp, cesetlerin 6 saat olay yerinde bekletilmesi sonucu, savcılığın talimatı ile köylüler ve çocuğun ailesi tarafından ceset parçaları ile etrafta bulabildikleri birkaç şarapnel parçasının jandarma karakoluna götürülmesi yöntemi ile soruşturma yürütülmüştür.

Soruşturma kapsamında 28.09.2009 tarihinde, C.'nin babası, Cumhuriyet Başsavcılığına ayrıca yazılı bir dilekçe vererek, soruşturmaya müdahil olmak istediğini, sorumlulardan şikayetçi olduğunu belirtmiş, soruşturma dosyasının fotokopisini talep etmiştir. Bu talep üzerine Savcılık, müşteki babaya adli muayene tutanağının fotokopisini vermiştir.

28.09.2009 tarihinde 19:40'ta düzenlenen adli muayene tutanağında; "olay yerinin teröre muzahir bölge olduğu, su aşamada olay yerine gidilmesinin gerek kolluk görevlileri, gerek Cumhuriyet Başsavcılığı refakatinde götürülecek heyet açısından büyük risk oluşturduğu, bir süre önce olay yerine yapılan kapsamlı operasyon neticesinde bölücü terör örgütü mensuplarına ait yaşam malzemeleri ile birçok el yapımı patlayıcı madde ile amonyum nitratin ele geçirildiği, bu kapsamda belirlenecek sonraki bir günde büyük çapta askeri birlik ile olay yerine gidilmesinin uygun olacağına bildirilmesi" açıklamaları yer almıştır. İlgili tutanakta, cesedin getirilmesinin beklendiği, saat 17:45 itibari ile ise cesedin getirildiği belirtilmiştir.

Ölen çocuğun ağabeyinin beyanında özetle; saat 11:00 sıralarında kardeşinin, hayvanları otlatmak için dışarı çıkardığını kısa bir süre sonra, önce havan topuna benzer bir patlama sesini duyduğunu, birkaç saniye içinde patlama sesinin geldiğini beyan etmiştir. Sesin geldiği olay yerine, hayvanların otlatıldığı alana gittiğinde, kız kardeşine seslendiğini ancak kardeşinin parçalanmış cesedini gördüğünü ifade etmiştir. Kız kardeşinin hayvan otlatmaya gittiğinde yanına satır aldığını, bunun tahminince silah zannedildiğini ve 3-4 hayvanın da aynı patlamada telef olduğunu söylemiştir.

Ölen çocuğun babasının avukat eşliğindeki beyanında; olayı görmediğini havan topu sesi duyduğunu, oğlunun kendisine telefonla evinin 150 metre arkasında kızının öldüğünü haber verdiğini söylemiş, kızının ölümüne yol açan kişilerden ve olay yerine gelmekten imtina eden kolluk kuvvetlerinden şikayetçi olduğunu ifade etmiştir.

Adli muayene tutanağında, ölenin yeğeni olduğunu ve başka bir köyün de muhtarı olduğunu beyan eden şahıs da, cesedin 97 doğumlu C.'ye ait olduğunu kesin olarak teşhis etmiştir.

Adli muayene tutanağında, çocuğun cesedinin harici muayenesinin yapıldığı, 1.50 boylarında 40-45 kg ağırlığında siyah saçlı ve kahve rengi gözlü 12-13 yaşlarında bir kız çocuğunun olduğu tespitine yer verilmiş, üzerindeki kıyafetleri betimlenerek, cesedin eşyalarından tecrit edildiği belirtilmiştir.

Cesedin baş, göğüs, kol ve ayaklarının, sırtının, cinsel organının incelemesi hususunda uzunca birtakım bilgiler yer verildiği tutanakta özetle; cesedin birçok bölgesinde yaygın doku kaybı olduğunun anlaşıldığı, cesedin getirildiği tabutta bir adet tahra ile battaniye üzerinde şarapnel parçasının ve yaprak kırıntılarının olduğu belirlenmiştir. Çocuğun cesedinin göğüs bölgesinde ve vücudunun muhtelif yerlerinde irili ufaklı çok sayıda şarapnel parçası olduğunun görüldüğü, bulunan parçalarının olay yeri inceleme ekibinde görevli jandarmaya teslim edildiği, bu bulgular haricinde cesette genel olarak darp, cebir izi ve boynunda ası izi olmadığı belirtilmiştir.

Doktor bilirkişi raporunda, ölümün yaklaşık 6-7 saat önce meydana geldiğini, kesin ölüm nedeninin patlayıcı madde sonucu ortaya çıkan lastik etkiyle iç organların parçalanması olduğunun belirlendiğini ve klasik otopsiye gerek olmadığı belirtmiştir.

Cumhuriyet Başsavcılığı 14.10.2009 tarihli müzekkeresinde, İlçe Jandarma Komutanlığı'ndan olay yerinde, olay yerine yakın mesafelerde, bölücü terör örgütü mensuplarıyla çatışmaya girilip girilmediği, çatışmalara girilmiş ise hangi tarihlerde girildiği, çatışmalara hangi birliklerin katıldığı, katılan birliklerde bahsi geçen silah bulunup bulunmadığı, atılıp patlamamış ya da bir şekilde birliklerce unutulmuş mühimmat olup olmadığı bilgilerinin tespiti istenmiştir. Ayrıca komutanlık tarafından yapılan istihbarı çalışmalarından hareketle, olay yerindeki bölgede bölücü terör örgütü mensuplarının faaliyet içinde olup olmadıkları, faaliyet içindeyse ne zamandan beri bu bölgeyi kullandıkları, özellikle olay tarihi itibarıyla örgüt mensuplarında bahsi geçen mühimmatın olup olmadığı, çatışmalara girilmiş ise örgüt mensuplarının bu mühimmatı kullanıp kullanılmadıkları ve patlamanın nasıl meydana geldiği sorulmuştur.

Komutanlık, 9 sayfalık müzekkere cevabını içerir araştırma tutanağı oluşturmuş, ana hatlarıyla, söz konusu araştırmada, soruşturma konusu olayda patlamanın nasıl meydana geldiği hususunda komutanlık tarafından herhangi bir çalışma yapılmadığı bilgisine yer verilerek, 1989 yılında meydana gelen olaylardan başlanarak son zamanlardakilere kadar sıralanmış, yalnızca olay bölgesindeki köyler değil, çevre köylerdeki olayların da tutanağa yazıldığı görülmüştür. Ayrıca tutanakta "Dünya ça-

pında kabul edilmiş en etkili terör örgütlerinden biri olduğu ve Türkiye'ye düşman veya kendi milli çıkarları gereği örgütü maşa olarak kullanan gelişmiş batı ülkeleri dahil desteklediği ve uluslararası silah tüccarlarının Pazar payında önemli bir yeri bulunduğu dikkate alındığında bu silahın örgüt tarafından çok kolay elde edilebileceği değerlendirilmesinin akla uygun olacağı" ifadelerine yer verilmiştir. Ayrıca "patlamanın nasıl meydana geldiği konusundaki istihbarı çalışmada... bu konuda şu ana kadar somut bir delil elde etmemekle birlikte, bizim istihbarı değerlendirmelerimiz ve vatandaşların arasında yaptığımız çalışmalar neticesinde olayın arazide bulunmuş veya terör örgütü tarafından tuzaklanmış bir mühimmatı kasten veya istem dışı olarak ölen şahıs tarafından kurcalanması veya oynanması neticesinde meydana geldiği, ne şekilde meydana gelmiş olursa olsun genel vicdani kanaate göre birinci öncelikli olarak devlet görevlilerine, savcıya, kolluğa haber vermesi gereken şahısların, bunlardan önce yerel medyaya, örgüt yandaşı olduğu bilinen dernek ve kuruluşlara haber vermiş olmaları dikkate şayandır. Yine ailenin ilk etapta sırf yerel insanların genel eğilimleri sonucu Devletten tazminat maksatlı olayı yönlendirmeleri düşünülürken olayın meydana geldiği zaman dilimi genelinde terör örgütünün siyasal açılım ve genel konjektürel durumunda iyi bir siyasi koza döndürdüğü ve bu yönde uzun süreli bir çalışmaya çevirdiği görülmektedir." açıklamaları yer almıştır.

Dosya kapsamında, olayın oluşuna dair çeşitli beyanlar tutanak altına alınmıştır. 29.09.2009 tarihinde köy muhtarı ile cep telefonu üzerinden yapılan görüşme uyarınca "olayı saptırdıklarını devletten para almak için olayı farklı yöne çektiklerini, yine bu olayla ilgili olay yerine giden köyünden bir vatandaşın olay yerindeki kalabalığın kendi aralarında konuşurlarken, havan atışının olmadığı, askerın bölgeye böyle bir şey yapmadığını, amaçlarının devletten para almak olduğu" beyanı tutanak altına alınmıştır.

14.10.2009 tarihinde tanık R.'nin "küçüğün öldüğü gün jandarma karakol komutanının kendisini evden çağırdığını, karakola gittiğinde kendisine olaydan bahsettiklerini, güvenlik nedeniyle jandarmanın olay yerine gidemediğinden bahisle eline bir kamera verip olay yerine giderek kameraya çekip geri gelmesini istediğini kendisinin ise bir TC vatandaşı olarak bunu kabul ettiğini, karakol komutanının bunu Savcı bey istiyor şeklinde bir beyanının olmadığını, Olay yerinde yaklaşık 1-2 saat beklediğini, oradaki kalabalığın kendi aralarında konuşurlarken duyduğu kadarıyla bir kimsenin T. yönünden bir bombanın bir kısmının A. yönünden atılan bir bombanın olaya neden olduğunu söylediklerini, bir kısım vatandaşın ise çocuğun yerden bir şey bularak onunla oynayınca patlamanın olduğunu söylediklerini, olay yerinde çukur görmediğini" beyan etmiştir.

28.09.2009 tarihli tutanakta ise olayın havan atılması sonucu oluştuğu iddiasına karşı aynı gün T. üst bölgesinde hafif ve ağır makineli tüfek, havan, top, tank silahları ile herhangi bir deneme ve uygulama atışının yapılmadığı, yapılan muayene, kontrolünde atış yapıldığına dair emarenin arandığı, herhangi barut gazı ve tortularına rastlanmadığı bilgileri imza altına alınmıştır.

Komutanlık tarafından hazırlanan, fezleke olarak adlandırılan belgede, olayla ilgili birtakım bilgiler verilerek, “Bu ailenin BTO dağ kadrosunda bir ferдинin bulunduğu da ayrıca dikkate değerdir.... Netice olarak BTO mensuplarınca tuzaklanmış bir madde veya malzemenin bilinçli veya istem dışı bir davranışla patlaması sonucu gerçekleşmiş olduğu kanaati oluşmuştur” yazılmıştır.

Dosyada Sulh Ceza Mahkemesi, Cumhuriyet Başsavcılığı'nın talebi üzerine, 30.09.2009 tarihinde, gizlilik kararı vermiştir. Müşteki vekili bu karara itiraz etmiş ancak Ağır Ceza mahkemesi itirazı reddetmiştir. 15.10.2009 tarihinde Cumhuriyet Başsavcılığı'nca, müşteki beyanları, tanık anlatımları ve bilirkişi raporu dosyaya girmiş olduğundan, delillerin büyük oranda toplanmış olduğu gerekçesi ile gizlilik kararının kaldırılması talep edilmiş ve talebi kabul edilerek, talep tarihinde gizlilik kararı kaldırılmıştır.

20.11.2009 tarihinde, çocuğun ölümünden sonra olay yerine görevlilerin derhal gelip, adli soruşturmayı yapmaması nedeni ile müşteki ailesinin şikayetçi olduğu dosya, İl Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yetkisizlik kararı verilerek ilçeye gönderilmiş, İlçede çocuğun ölümü üzerine yürütülen dosya ile her iki dosyanın birleştirilmesi kararı verilmiştir.

Dosya kapsamında, olay yerine genel krokiler çıkarılmıştır. 30.09.2009 tarihinde bilirkişi heyeti ile birlikte gidilerek bir olay yeri incelemesi yapılmıştır.

İki adet bomba uzmanı, baş komiser ve polis memurundan oluşan bilirkişi heyetinin 12.10.2009 tarihli raporunda, yapılan değerlendirme neticesinde, çocuğun menşei ve modeli tespit edilemeyen, daha önce araziye atılmış ancak patlamadan kalmış 40 mm'lik bomba atar mühimmatına elindeki tahra ile vurarak patlaması neticesinde hayatını kaybettiği kanaati bildirilmiştir.

Dosyaya 40 mm'lik bomba atar mühimmatına örnek fotoğraflar yerleştirilip, 20.01.2010 tarihinde savcılık tarafından, Ankara Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğü'nden, 40 mm bomba atar mermisine sert bir cisimle vurulması halinde mühimmatın patlaması, vurmada ne kadarlık süre içinde patlayacağı, sert cisimle vuran kişi üzerinde ve sert cisimde ne şekilde bir etki meydana gelebileceği hususunun ayrıntılı tespiti istenmiştir. 11.02.2010 tarihinde EGM Kriminal Polis Lab. Daire Bşk. Bomba İmha ve İnceleme Şube Müdürlüğü'nce düzenlenen bilirkişi raporunda, mühimmatın ancak sert bir cisim ile yapılacak bir darbe sonucu infilak edebileceği, bir darbe almadan patlamayacağı, patlama sonucu ise iç organ parçalanması ve dağılması, doku kaybı olabileceği, metal parçaların vücutta giriş-çıkış izine rastlanabileceği, islenme, kararma ve flaş yanıkların görülebileceği bildirilmiştir. Raporda ayrıca mühimmata vurulan cismin yüksek ısı, basınç etkisiyle deforme olabileceği, bu durumda çocuk C.'nin diz çökmüş vaziyette, elinde tahra olarak tabir edilen sert bir cisimle, yerde bulunan atılmış ama patlamamış bomba atarın vurması sonucu hayatını kaybetmiş olabileceği bildirilmiştir.

Müşteki vekili raporlara itiraz etmiş, itiraz ekinde 12.08.2010 tarihli Adli Tıp Uzmanı mütalaasını dosyaya sunmuştur. Adli tıp uzmanı, “maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla yeni bir değerlendirme yapılmak üzere kendisine gönderilen evrak üzerinden değerlendirmeler yaptığını, çocuğun patlayıcı madde sonucu iç organların patlaması sonucu öldüğü, patlamadan mütevellit parçalanmış, deforme olmuş parçaların 40 mm’lik bomba atar mühimmatına ait olduğu, başkaca patlayıcıdan söz edilmediği, patlamanın kişinin müdahalesi olmaksızın önünde veya yere yakın yerde meydana geldiği kişinin herhangi bir müdahalesinin düşünülmediği kanaati” bildirilmiştir.

Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Daire Balistik Şubesi, 07.12.2011 tarihinde, mühimmatın çarpma etkisi sonucu infilak etmesi ile ne ölçüde çukur oluşabileceği, oluşacak çukurlar yönünden fark olup olmayacağı ve çukurlar yönünden ayırım yapıp yapılamayacağı hususunda istenen rapora cevaben; tarafınca bir mütalaa verilemeyeceği, polis ya da jandarma kriminal laboratuvarlarından görüş alınmasının uygun olduğu bildirilmiştir.

Müşteki vekili tarafından, fezlekedeki zabıt mümzii konumunda bulunanlar hakkında hakaret ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçlarından suç duyurusunda bulunulmuş, isnad edilen suçların unsurlarına rastlanmadığından, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. Müşteki vekilleri karara itiraz etmiştir. İtiraz 18.05.2009’da reddedilmiştir.

Savcılık, 24.03.2014 tarihli daimi arama kararında, dosya kapsamına ve bilirkişi raporlarına istinaden, fail/faillerin tespitinin mümkün olmadığı, olayın kasten işlendiğine ilişkin tespit yapılamadığı, olayın bu hali ile taksirle ölüme neden olma suçunu oluşturacağından 15 yıllık zamanaşımı süresi olduğu, zamanaşımının sonuna kadar faillerin araştırılması ve yakalanmaya çalışılması ve yılda bir kez düzenli olarak savcılığa bilgi verilmesinin istendiği görülmüştür.

Değerlendirme

İncelenen dosya soruşturma aşamasında kalmıştır. Failler bulunamamış, maddi gerçek açığa çıkarılamamıştır. Çocuğun bedeninin parçalara ayrıldığı sabit olan vakada Devlet, sorumluları bulma ve cezalandırma olarak tanımlanan yaşam hakkının ihlaliindeki usul yükümlülüğünü, dosyanın incelendiği tarihte, yerine getirmemiştir.

Devletin yaşam hakkını korumasına dair yükümlülüğü öldürmemek ile başlamaktadır. İncelenen dosyada, alınan tanık beyanları ve kamu kurumları tarafından hazırlanan raporlarda yer verilen ibarelerin, fail ve kasit unsurlarına odaklandığı belirlenmiştir. Somutlaştırmak gerekirse, “arazide bulunmuş veya terör örgütü tarafından tuzaklanmış bir mühimmatın kasten veya istem dışı kurcalanması veya oynanması” ibaresi soruşturma konusu bakımından yönlendirici niteliktedir. Faile dair, askeri faaliyet sebebine değil arazide bulunan veya tuzaklanan bir mühimmata işaret etmektedir.

Ancak, böyle olduğu kabul edilse bile, devletin öldürmeme yükümlülüğünün yanı sıra devletin ikinci yükümlülüğü de yaşamı korumadır. Devletin bu yükümlülüğü, pozitif bir yükümlülüktür. AİHS, 2. Maddesiyle, devlete sadece kasten ve hukuka

aykırı olarak öldürülmekten kaçınmayı değil, aynı zamanda egemenlik alanı içinde bulunan kişilerin yaşamını korumak için gerekli tedbirleri almayı da emreder. Devlet pozitif yükümlülüğünü yerine getirmek için ne gerekiyorsa onu yapmalıdır. Yapılması gereken, kimi zaman gereken hukuki düzenlemelerin yapılması, kimi zaman tedbir alınmasıdır. Eğer arazide bulunma ihtimali olan patlayıcılar varsa, sivillerin yaşam alanı bu patlayıcılardan temizlenmeli veya yaşama tehdit oluşturulabilecek alan ile ilgili gereken diğer tedbirler alınmalıdır. Veya terör örgütü tarafından tuzaklanmasına ilişkin gerekli kontroller yapılmalıdır. Devletin sorumluluğu sadece icrai olarak kendisinin, yaşam hakkını ihlal etmesi ile sınırlı değildir. Devletin sorumluluğu, arazide bulunsun da terör örgütü tarafından yerleştirilse de, bertaraf olmaz. AİHM, kasit olmamasına rağmen kamu görevlilerine veya organlarına yüklenilebilecek kusurun, taktir hatasına veya dikkatsizliği ve özensizliği aştığı hallerde, yani bu makamlar muhtemel sonuçların tam olarak farkında olmalarına rağmen ellerindeki yetkileri göz ardı ederek tehlikeli bir olay nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri alamadıkları durumlarda, insanların yaşamlarını tehlikeye sokan kişiler aleyhine yaşam hakkının ihlali yönünden suçlamada bulunulmaması ve yargılanmamaları, Sözleşme'nin 2. Maddesini usul yönünden ihlal edebilir." demiştir.

Bu ifadedeki "kasten veya istem dışı kurcalanması veya oynanması" ibaresi ise, evinin 200 metre civarında koyunlara gözcülük eden çocuğun, kasten kendi ölümüne sebep olması, istem dışı kurcalanması veya oynanması nedeniyle hayatını kaybetmesi sonucuna ulaşmamızı sağlamaktadır. Yukarıda da değinildiği üzere, AİHM perspektifinden de devletin sorumluluğu, çocuğun oynanması gibi sebebe indirgenerek, asıl müsebbibin çocuk olduğunu kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Devletin soruşturma yükümlülüğü, doğal olmayan her ölüm için geçerlidir; bu sorumluluk, kişi kendi ölümüne sebep olsa dahi geçerlidir.

Soruşturma aşamasında olan dosyada, gizlilik kararı alındığı dönemler olmuş, bu gizlilik kararına ilişkin itirazlar reddedilmiş; devamında delillerin toplanmasının tamamlandığı gerekçesiyle gizlilik kararı kaldırılmıştır. AİHM, soruşturma sürecine katılım hakkını da önemsemektedir. Mağdurun ailesinin, avukatının soruşturma dosyasına erişiminin engellenmesi, AİHM ilkeleri ile bu bakımdan örtüşmemektedir.

Bir soruşturmanın etkili ve yeterli olabilmesi için, ölümün neden ve nasıl meydana geldiğini aydınlatabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delillerin toplanması gerekir. Olayın olduğu an etkin yargılama için oldukça önemlidir. Delillerin toplanması bağımsız kişilerce yapılmalıdır. Olay yeri krokilerinin çizilmesi, fotoğraflanması, çocuğun bedenine ve mühimmata ait parçaların toplanması, çocuğun ailesi ve komşuları tarafından yapılmıştır. AİHM, delillendirme sürecindeki eksiklikleri, soruşturmanın etkililiğini azaltan sebepler olarak değerlendirmiştir. Delillerin toplanması sürecinde yasal zorunluluk olmasına rağmen, görevini yerine getirmeyen kamu görevlileri hakkında da bir işlem yapılmamıştır. Tüm bu açıklanan sebeplerle, soruşturma yükümlülüğünde Devlet yetkililerinin, sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılması için yeterli çabayı göstermemiş olması bakımından cezasızlığa sebep olunmuştur.

11**Dosya Adı: A.****Dosya Konusu: Fiziksel Şiddet, Kötü Muamele****Tarih: 2009- 2011*****Teknik özet***

Soruşturma aşaması :

Soruşturma 6.4.2009'da mağdur A'nın babasının, Devlet Hastanesi'nden aldığı rapor ile birlikte karakola gelip şikayetçi olması ile başlamıştır. Mağdurun babası, 6 yaşındaki A'nın annesinden 2 yıl önce boşandığını ve velayetinin kendisine verildiğini, kendisinin çalışması nedeni ile bakımının sağlanması için çocuğunu babasının evine bıraktığını söyleyerek; 4.4.2009'da babasından oğlunu alıp eve getirdiğinde, çocuğun yatarken üstünü çıkarmasına yardım ettiği sırada vücudunun muhtelif yerlerinde morluk görmesi üzerine, çocuğu hastaneye götürüp, hastaneden aldığı cimcikleme veya sıkıya bağlı ekimoz olduğunu bildirir raporu sunmuş ve çocuğun üvey babaanesi ile halasından şikayetçi olmuştur.

Morlukları gördükten sonra oğlu ile konuştuğunda, "baba ben dedemlere gitmek istemiyorum. Babaannem ve halam beni dövüyorlar. İki bana karanlık oda cezası veriyor" dediğini beyan etmiştir.

Mağdur çocuğun halasının aynı tarihli ifadesinde, şikayetçinin ağabeyi olduğunu ve kendi öz ağabeyinden hiçbir farkı bulunmadığını, yeğenini de hiçbir zaman darp etmediğini, kendisinin şiddete karşı olduğunu, en fazla çocuğun dersine çalışmadığında derse adapte olması için ve çalışması için kızdığını ama fiziksel şiddet göstermediğini beyan ederek suçlamaları kabul etmemiştir.

Mağdur çocuğun babaannesinin aynı tarihli karakol ifadesinde, şikayetçinin öz oğlundan hiçbir farkı olmadığını, torununun da öz torunundan farkı olmadığını ifade ederek, bugüne kadar torununu darp etmediğini, suçlamanın yalan ve iftira olduğunu beyan etmiştir.

Üniversite hastanesi tarafından çocuk görülerek, mağdur çocuğun babası ile görüşmeler yapılmış ve dosyaya mağdurun babası ve kendisi ile yapılan görüşmeye dair durum bildirir rapor verilmiştir. Söz konusu 13.4.2009 tarihli raporda, çocuğun, "dedesinde üvey halası ve babaanesi ile kaldığı zamanlarda, zaman zaman aç bıraktığı, bazı günler okula gitmesine dahi izin verilmediğini" ifade ettiği bildirilmiştir. Mağdur çocuğun babası, "bu dönemde çocuğun uyumakta zorlandığını, tekrar cezalandırılacağına ilişkin korkuları olduğunu, huzursuz ve sinirli olduğunu, okul başarısının düştüğünü ve okuldaki akran ilişkilerinin bozulduğunu ancak çocuğun kendisinin yanında kalmaya başlamasından sonra daha rahat uyuduğunu, daha istekli olduğunu ve korkularının geçtiğini" ifade etmiştir.

6.4.2009 tarihli Adli Tıp Kurumu raporunda, çocuk için yaşamını tehlikeye sokan bir durum olmadığı ve basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte hafif yaralanma olduğu bildirilmiştir.

Savcılık 11.5.2009 tarihinde, çocuğun üvey babaannesi ile halası hakkında kasten basit yaralama ve kötü muamele suçlarından iddianame düzenlemiştir.

Kovuşturma aşaması :

Savcılık, 11.5.2009 tarihinde düzenlenen iddianame uyarınca, Sulh Ceza Mahkemesi'nde, çocuğun üvey babaannesi ile halası hakkında kasten basit yaralama ve kötü muamele suçlarından dava açmıştır.

Sanık halanın 18.03.2010 tarihli ikinci duruşmada verdiği savunmasında, suçlamaları kesinlikle kabul etmediğini, çocuğa dört yaşından beri kendilerinin baktığını, müşteki ağabeyinin devamlı içip içip eşine ve çocuklarına şiddet uygulayan birisi olduğunu, çocuğu da zaman zaman kendi yanlarından alıp, gayri resmi olarak birlikte olduğu bir kadının yanına götürdüğünü, bu kadının çocuğa şiddet uygulamış olabileceğini, çocuğun öğütlenmesi sonucu beyanında bunları söyleyebileceğini beyan etmiştir.

Sanık babaannenin aynı duruşmada verdiği savunmasında; torununa asla şiddet uygulamadığını ve böyle bir şeyi yapamayacağını, torununun yanı sıra üvey oğlunu bir yaşından beri kendisinin büyüttüğünü, müşteki üvey oğlunun aşırı içki içip içtiğinde de ne dediğini bilmediğini hatta haklarında şikayetçi olduktan sonra şikayetini geri aldığını söylediğini ve kendisinden özür dilediğini beyan etmiştir. Ayrıca torununun devamlı bisiklete bindiğini, zaman zaman da bisikletten düştüğü için izlerin bundan olabileceğini, asla bu suçları işleyecek birisi olmadığını beyan etmiştir.

Mahkeme, ilk önce mağdur çocuğun duruşmada hazır edilmesi için Emniyet Müdürlüğü'ne yazı yazılmasına karar vermiş ve dinleneceği zaman uzman hazır edilmesi istenerek, müdafii tayin edilmiş ise de, 10.6.2010 tarihli 3. celsede mağdurun yaşı ve önceki ifadesi göz önüne alınarak beyanının alınmasına gerek bulunmadığına karar vermiştir. Müşteki babanın mahkemede ifadesi alınamamıştır.

Mahkeme 5.7.2011 tarihli 7. celsede sanıkların alınan savunmalarında CMK 231. Madde gereği, hükmün açıklanmasının geri bırakılması hususunun sorulması değerlendirilmiştir. Ancak sanıkların duruşmalara katılmaları zorunlu olmadığı halde, bir başka deyişle, duruşmadan başışık tutulmadığı halde, duruşmalar takip edilmediği için zorla getirme kararı ve 23.11.2011 tarihli 8. celsede de yakalama kararı vermiştir.

8.12.2011 tarihli 10. celsede sanık babaanne oğlunun kötü alışkanlıklarından dolayı kendisi ile husumeti olduğunu söyleyerek, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul ettiğini beyan etmiştir. Sanık hala, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul ettiğini beyanla, yeğenini ne kendisinin ne de annesinin darp ettiğini, çocuğun bisiklete bindiği için düştüğünü ve yaralanmaların

bundan kaynaklanabileceğini, ağabeyinin kötü alışkanlıkları nedeni ile böyle bir iftira attığını beyan etmiştir. Mahkeme her iki sanığın savunmalarını samimi kabul ederek, bunun aksine atılı suçu işlediklerine ilişkin yeterli, her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gerekçesi ile beraatlerine karar vermiştir.

Barodan atanan mağdur vekili, 11.01.2011 tarihinde kararı temyiz etmiştir.

Yargıtay 28.5.2014 tarihli ilamında, kovuşturma aşamasında mağdur çocuk vekiline katılma talebi sorulmadığından, re'sen davaya kabulüne karar verilerek, katılan vekilin temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanmasına karar vermiştir.

Değerlendirme

İncelenen dosya, çocuklara yönelik bedensel cezalandırma ve fiziksel şiddetin cezasızlığına örnektir.

TCK kapsamında çocuklara yönelik kötü muamele suçu, “idaresi altında bulunan veya büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişinin cezalandırılması” şeklinde düzenlenmiştir.

Şiddet, Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’da “kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış” olarak tanımlanmıştır. Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’da ev içi şiddet,” şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet” olarak tanımlanmıştır. Bu, aile kavramının geniş yorumlanması anlamına gelip, AİHM kararları ile uyumludur.

Bir yetişkinin bir çocuk üzerinde sahibi bulunduğu terbiye hakkının varlığını kabul etmekle kalmayıp, bu hakka bağlı disiplin yetkisi kabul edilmektedir. Suç, bu disiplin yetkisinin kötüye kullanımınıdır. Dolayısıyla, çocuğa yönelik şiddet disiplin yetkisi çerçevesinde kaldığı müddetçe bu hüküm kapsamında cezasız bırakılmıştır. Türk ceza mevzuatının, çocuklara yönelik bedensel cezalandırmayı açıkça yasaklamadığı, bedensel cezalandırma ve şiddete dair dosyalarda başka maddeler aracılığıyla veya iştirakiyle soruşturma kovuşturma yürütüldüğü, yetişkinlere yönelik yapıldığında cezalandırmanın olacağı bu gibi durumlarda çocuklar söz konusu olduğunda disiplin yetkisinin içinde değerlendirilmesi istisnasından kaynaklı olarak cezasızlığa yol açtığı görülmektedir. Bir başka deyişle, çocuğa yönelik şiddet kasten yaralama suçundan soruşturulabilmekte ve cezalandırılabilir. Ancak disiplin yetkisinin varlığı ve bu yetkinin kötüye kullanılmadığının değerlendirildiği durumlar bakımından da cezasızlık söz konusu olmaktadır. İncelenen dosyada normdan kaynaklanan

eksiklik, cezasızlığa yol açmıştır. Bu eksikliğin yanı sıra hukuk uygulayıcıları, taraf olunan uluslararası sözleşme ve ilkeleri dikkate almamış; AİHM kararlarını içtihat olarak kabul edip, uygulamamıştır.

İncelenen dosyada netice olarak, uygulanan fiziksel ve duygusal şiddet, karanlık odaya kapatma cezası, aç bırakma ve okula göndermeme cezası, bu yetki kapsamında değerlendirilmiş, yüksek yargı da bu kararı onaylamıştır. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına dair Sözleşme'nin 19. Maddesi, çocuğun ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suistimale, ihmal ya da ihmalkar muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunma hakkını düzenler.

AİHM, bedensel cezalandırma tehdidinin, çocukların ruhsal durumunu olumsuz etkilediğinin gösterilmesi gerekliliğine vurgu yapmıştır. İncelenen dosya bakımından, hekim tarafından çocuğun durumu tespit edilmiştir. Bedensel cezalandırmada, kişinin kendi gözünde aşağılanması yeterlidir. Ayrıca bedensel cezanın ebeveyn tarafından uygulanmasının da işkence ve kötü muamele kapsamına gireceğini, bedensel cezalandırmanın kişinin bütünlüğüne yönelik ağır bir saldırı olduğunu ve iç hukukun anne-baba tarafından uygulanan bedensel cezalandırmaya dair yeterli koruma sağlamamış olmasını çeşitli kararlarında vurgulamıştır.

12

Dosya Adı: Roboski

Dosya Konusu: Yaşam Hakkı İhlali (Kolluk Güçleri)

Tarih: 2011- ...

Teknik Özet

Soruşturma aşaması :

Soruşturma sınır köylerden komşu ülke sınırına geçmiş ve dönmekte olan 35 insanın, sınırın sıfır noktasında 28.12.2011 tarihinde 21.30-22.30 sularında silahlı kuvvetlere ait savaş uçaklarının bombardımanı sonucu yaşamlarını yitirmesi, 1 kişinin yaralanması ve 2 kişinin yara almadan sağ kurtulması olayı üzerine re'sen başlatılmıştır.

Mağdur tanık H.'nin olaya ilişkin anlatımlarından 28.12.2011 günü Saat 16.00'da 40-50 kişilik bir grupta birlikte mazot ve gıda maddesi getirmek üzere, yine bu sayıda katırla beraber ülke sınırının diğer tarafına geçtikleri, geçerken karakola özellikle bir bilgilendirme yapmadıkları, ancak gidip geldiklerinin zaten bilinen bir olgu olduğu, amaçlarının şeker ve mazot getirmek olduğu, hatta giderken insansız hava aracının sesini dahi duyduklarını ancak sürekli gidip geldikleri için yollarına devam ettikleri öğrenilmiştir.

Akşam 19.00'da katırları yükleyerek yola çıktıklarını ve saat 21.00 gibi sınıra yaklaştıklarını, en son kendi köylerinin yaylasına vardıklarını, (yaylanın tam sınırda olduğunu) beyan eden mağdur/tanık, orada önce aydınlatma fişeği ve akabinde de top-obüs atışı yapıldığını söylemiştir. Bunun üzerine yüklerini sınırın diğer tarafında bıraktıklarını, hemen ardından uçakların geldiğini ve bombardıman başladığını, iki grup olduklarını ve öndeki grup ile arkadaki grup arasında 300-400 metre mesafe olduğunu ifade etmiştir. İlk top atışından hemen sonra uçak geldiğini, askerler köy yaylasını tuttukları için, geçebileceği başka yol bulunmadığını, bu nedenle grupların sıkışarak bir araya gelmek zorunda kaldığını, sonunda iki büyük grup olduklarını, ilk uçak bombardımanında sınırın sıfır noktasında bulunan yaklaşık 20 kişilik grubun imha olduğunu, hemen geriye kaçmaya başladıklarını, kayalıklar arasında kalanların üzerine bomba yağmaya başladığını, mağdur tanığın da içinde bulunduğu 6 kişilik gruptan 3 kişinin kurtulduğunu, üzerlerinde günlük sivil elbiseleri olduğunu, hiç kimsede silah bulunmadığını, olayın yaklaşık 1 saat sürdüğünü, bir-iki kişinin 3 katırla beraber küçük bir deredeki suya girdiğini, bir saat bekledikten sonra bir kayalığın altına sığındıklarını, arkadaşlarından haber alamadıklarını, saat 23.00-23.30 gibi gelen ışıklardan ve seslerden köylülerin geldiğini anladıklarını, köylüler feryat etmeye başlayınca askerlerin tuttukları yerlerden çekilerek yaylayı da boşalttıklarını ifade etmiştir.

Olayda sağ kurtulan bir diğer mağdur/tanık S.'nin ise, sınır ticareti işini babalarının da, dedelerinin de dolayısı ile kendilerinin de yaptığını, bu iş ile geçindiklerini, köyde, bu sınırlarda, herkesin de bu işi yaptığını, olayın olduğu sınırı 2 km kadar geçip mazot, şeker ve gıda aldıktan sonra geri dönerken askerlerin yolu kestiklerini ve bunu her zaman yaptıklarını, ancak geçmelerine de izin verildiğini, bu kez izin vermediklerini, sınırda beklettiklerini ve sonra da üzerlerine bomba yağdırdıklarını söylemiştir. Bu güzergahta şimdye kadar bir çatışma yaşanmadığı, yakalandıklarında da katırlarını vurup, semerlerini ve getirdikleri eşyaları yaktıklarını, ancak bu kez insanları vurduklarını belirtmiştir.

Olay esnasında gruba "dur" ihtarı yapılmadığı ve uyarılmadıkları, yaşamını yitiren insanlardan güvenlik güçlerine ateş açılmadığı, askerlerin de bireysel olarak ateş etmedikleri, olayda uçakların bombardıman yaptıkları ve ölümlerin bu nedenle olduğu, görgü tanıklarının ve köylülerin anlatımından sınır ticareti için aynı güzergahın sürekli kullanıldığı ve güvenlik kuvvetleri dahil herkesçe bilindiği, kullanılan yolun büyük kısmının patika yol olmadığı, yolun üstünde maden ocaklarının bulunduğu, sivillerin olay yerinde bulunan güvenlik güçlerince tanınan ve bilinen insanlar oldukları, güvenlik güçlerinin sınır ticareti nedeniyle yapılan bu gidiş ve gelişlerden haberdar oldukları, olaydan sonra köylülerin olay yerine kendi imkanlarıyla geç intikalinden dolayı kimi yaralıların kan kaybı veya donarak öldükleri, olaydan sonra köylülerin cenazeleri almaya gitmeleri ile birlikte, yol kesen askerlerin oradan ayrıldıkları, cenazelerin gelişigüzel odalara bırakıldığı, cenazelerin akrabaları tarafından battaniyelere sarıldıkları, hastane personelinin yetersiz sayıda olduğu ve cenazelerin aileler tarafından otopsiye ve cenaze araçlarına taşındığı, cesetlerin bir kısmının yan-

miş, iç organlarının dışarıda olduğu, çoğunun kafatasının parçalandığı, vücut bütünlüklerinin parçalanmak suretiyle bozulduğu, olayda tahrip gücü çok yüksek, yakıcı nitelikte mühimmatın kullanıldığı bilgileri edinilmiştir.

Cumhuriyet Başsavcılığı, bir kısım soruşturma işleminden sonra 11.06.2013'te görevsizlik kararı vermiş ve dosya Genelkurmay Başkanlığı Askeri Savcılığı'nca soruşturulmuştur. Toplamda beş şahsın şüpheli olarak değerlendirildiği dosyada herhangi gözaltı veya tutuklama işlemi yapılmamış, sadece ifadeler alınmıştır.

Şüphelilerden İ.'nin alınan beyanından olay yerinin ülkenin en sarp ve dağlık sınırı olduğu ve ayrıca o bölgenin tamamen bölücü terör örgütünün kontrolünde olup, sınır ülkede otorite boşluğu olduğu için, çok kısa zamanda 300-400 kişilik grupları toplama imkanları olduğundan, bu kısmın özellikle tehdit bölgesi olarak değerlendirildiği, terörist grupların da daha önce yurt dışından gelerek, büyük grup oluşturmak sureti ile 34 kişi şehit ettiği göz önüne alındığı anlaşılmıştır. Çok keskin dağlar, kayalıkların aralarında derin nehir yatakları, vadiler ve patikaların bulunmasının, hem terör örgütüne hem de kaçakçılıkla ilgilenen insanlara aynı biçimde kolaylık sağlayarak yüzlerce terörist ve kaçakçının geçidine imkan verdiğini ifade etmiştir.

Olaydan birkaç gün önce, olayın gerçekleştiği mevkinin 2-3 km yakınında, terör örgütü üst düzey sorumluları ve mensuplarının telsiz konuşmalarının tespit edildiği, bu görüşmelerde bölgedeki askeri üslere ilişkin konuşmalar olduğundan, operasyon yapılmasına karar verildiği ifade edilmiştir. Sınır Tümen Komutanlığı'nın hava kuvvetlerine operasyon için talimat verme yetkisi olmadığını, yapılan hava operasyonundan olay günü 21.00'de hava sahasının kapatıldığını bildirilmesi ile haberdar olduğunu ifade etmiştir. 27.12.2011 tarihinde hareket emri hazırlanarak, "Yıldız 2011 Pusu Dinleme Faaliyeti" adı altında bir pusu dinleme faaliyeti yapılmasına karar verildiği, operasyon amacının muhtemel terörist grupların sınırdan geçmesini önlemek olduğu, ancak operasyona ilişkin hazırlıklar devam ederken, İnsansız Hava Aracı'nın bölgeye geldiğinin, 17.00 sularında komutanlığa bildirildiğini ve komutanlığın da İHA'yı takip etmeye başladığını, İHA'dan izlenen grup yaklaşırken takviye timler gönderildiğini ve devamında hava hücum harekati yapılmasına karar verildiğini, son gönderilen timin de asıl amacının helikopterleri indirmek, yönlendirmek ve yer göstermek için tedbir almak olduğunu ifade etmiştir. Top atışlarının 19.28'de başladığı ve 20.20'ye kadar devam ettiği bilgisini vererek, top atışı yapılmasının sebeplerini, civardaki askeri üs bölgelerinin ve timlerin uyarılması, grubun tepkisini ölçmek ve vereceği reaksiyonu anlamak olarak sıralamış ve sınır hattına beş tane aydınlatma, yedi tane tahrip mermisi atıldığında gruplardan hiçbir reaksiyon gelmediğini, daha sonra 20.20'de üst komutanlıktan gelen emirle topçu atışlarının durdurulduğunu, şüphelinin altı aydır orada görev yaptığını, ilk defa 40-50 katırla 40-50 kişinin kaçakçılığa gittiğini gördüğünü ifade etmiştir.

21.00'de hava sahasının kapatıldığını ve uçakların havalandığını kendilerine bildirildiğini, böylece İHA haricinde hiçbir hava aracının uçmadığını ve hiçbir ateş destek

vasitasının kullanılmadığını, İHA görüntüleri izlendiğinde, son bombanın düşmesinden sonra insanların sınıra doğru koşarak ilerlediği ve ilk bombanın atıldığı olay mahalline 23.02'de ulaştıklarının görüldüğü anlaşılmıştır. Bu durumda, bu insanların terörist olmayabileceklerinin değerlendirildiği ancak bu kanaate ulaşıldığında fiili operasyonun sona erdiği anlaşılmıştır.

Hava hareketından sonra yaralılara müdahale ve cenazelerin taşınmasında asker açısından yüksek risk oluşturduğu düşüncesiyle yardım edilemediği, o ortamda helikopterin inmesinin de mümkün olmadığı, uçuşların pistten piste yapılabileceği beyan edilmiştir. İHA görüntülerindeki grubun sivil olup olmadığı hususunun aydınlatılması için köylülere, sınırı geçen kişilerin olup olmadığının sorulmadığı, sormaları halinde de köylülerin giden insanların başlarına hiçbir şey geleceğini düşünmedikleri için asla söylemeyeceklerini beyan etmiştir.

Köylülerin bütün gidiş ve gelişlerinden tugayın haberdar olduğu, gidip-gelirken sayıldıklarına ilişkin beyanları hususunda, kaçakçılığa göz yumma gibi bir durumun söz konusu olmadığını ancak terör faaliyetlerine yoğunlaştıklarından kaçakçılıkla mücadelede azalma olduğunu ifade etmiştir.

Karakol komutanının, hava hareketi icra edilirken ilk bombalamadan sonra muhtar vekilinin saat 22.10'da kendisini arayıp, "Uçaklar çocuklarımızı bombaladı" dediğini, kendisinin ise, "niye uçaklar çocukları bombalasin, yalandır" dediğini, ancak üstleriyle görüştüktan sonra hava hareketinden haberdar olduğunu belirttiği anlaşılmıştır.

Genelkurmay Başkanlığı Askeri Savcılığı, Askeri Mahkeme tarafından gizlilik kararı almış ve olayın aydınlatılması için gerekli görülen araştırmaların yapılıp, ilgili olduğu belirtilen kişilerin idari ve adli soruşturma kapsamında ifadeleri alındıktan sonra, 06.01.2014 tarihinde görev icra eden TSK personelinin, görev gereklerini yerine getirirken, İHA ile takip edilen ve sonradan kaçakçı olduğu anlaşılan grubu, "Bölücü Terör Örgütü mensupları" olarak değerlendirme yaparak kaçınılmayacak bir hataya düştükleri, dolayısıyla eylemleri hakkında kamu davası açılmasını gerektiren sebep bulunmadığı değerlendirilerek, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar vermiştir. 39 klasörden oluşan soruşturma dosyasına, suçtan zarar görenlerin vekilleri itiraz etmiştir. Askeri Mahkeme, 11 Haziran 2014 tarihinde dosya üzerinden yapılan itiraz incelemesi sonucunda, yapılan itirazların kesin olarak reddine karar vermiştir.

Değerlendirme

İncelenen dosya, soruşturma aşamasında kesinleşmiş bir dosyadır. 17 çocuğun yaşamını yitirmesine ilişkin yapılan soruşturma neticesinde, kamu davası açılmasını gerektiren herhangi bir sebep bulunmamıştır. Dosyadaki cezasızlığa sebep veren hususlar, delillerin toplanması aşamasında görünür olmuştur. Mağdur/tanıkların hepsinin beyanları alınmamış, olay anından sonra ivedi bir şekilde adli tahkikat başlanmamış, olay yerinin incelenmesi de dahil olmak üzere, deliller toplanmamış ve değerlendirilmemiştir.

Soruşturmanın etkin olması için, faillerin belirlenmesi ve cezalandırılmasını sağlayacak yeterlikte olması; soruşturmanın içerik bakımından kapsamlı olması ve herhangi ayrımcı saikler de dahil olmak üzere olaya bütüncül bakabilmeyi, sisteme ilişkin hataları görünür kılmayı sağlayan, delillerin bir bütünlük olarak değerlendirilmesi olarak açıklanan “baştanbaşa” olması; soruşturmanın yürütülmesinden sorumlu kişilerin olaylarda yer alan kişilerden tarafsız ve bağımsız olması; soruşturmanın ivedi yapılması; soruşturmanın kamu gözetimine açık olmasıdır. İncelenen dosyada bu kriterler sağlanamamıştır.

AİHM, doğal olmayan bir ölüm olayının soruşturulmasının re’sen başlaması, soruşturmanın tarafsız makamlarla yapılması, soruşturmanın ivedilikle ve makul özenin gösterilerek yapılması gibi temel gereklilikleri içermesi gerektiği konusunda yerleşik görüşe sahiptir. Doğal olmayan ölümlerin askeri operasyon neticesinde gerçekleştiği açıktır. Doğrudan devlet görevlileri tarafından neden olunan doğal olmayan ölümlerde, incelemenin yerel adli mercilerce daha dikkatli yapılması gerekmektedir. AİHM, incelemenin sadece güç kullanmış olan Devlet görevlilerinin eylemleri ile sınırlı kalınmaması gerektiğini, olaya ilişkin koşulların tamamının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca, soruşturmayı yapanların, özellikle söz konusu eylemlerin hazırlanışını ve kontrolünü değerlendirmesi gerektiğini belirtmektedir.

Yaşam hakkını kullanmakta olan 17 çocuk, yaşam hakkının koruma alanına kamu makamlarının eylemi şeklinde bir müdahale olması neticesinde, doğal olmayan ölüm meydana gelmiş olduğundan yaşam hakkı ihlal edilmiş sayılır. Kamu makamları kendi denetimleri altındaki kişileri korumakla yükümlüdürler. Doğal olmayan ölümden sonra devletin, etkili ve yeterli soruşturma yapmamak suretiyle hareketsiz kalmış olması da, yaşam hakkının ihlali anlamına gelmektedir.

Devlet görevlileri tarafından uygulanan şiddet nedeniyle birey yaşamını kaybetmişse, Mahkeme bakımından, ölümün hukuka uygunluğunu kanıtlama yükümlülüğünün, devlete ait olduğu açıktır. Savcılık aşamasında yapılan değerlendirme, öldürme ile neticelenen olayda amacın meşru olup olmaması değerlendirilmesidir. Ancak yapılan değerlendirmede, kasıt unsuru ile sınırlı düşünülmemesi gerekir. Nitekim amacın meşru olmaması durumunda kasıt unsurunun kanıtlanması gerekirken, meşru amaç olsa dahi güç kullanımının kesinlikle zorunlu olmaması, yani amaçla orantısız güç kullanımı hak sahipleri bakımından yeterlidir.

İncelenen dosyada, operasyona sebep olan şüphenin, operasyonun amacı ile örtüştüğü belirlenememiştir. Somutlaştırmak gerekirse, yakalama amacıyla düzenlenen bir operasyon sırasında ölüm konusunda AİHM, “yakalanacak kişinin yaşam veya beden bütünlüğüne karşı bir tehdit oluşturmadığı biliniyor ve şiddet suçu işlediğinden şüphelenilmiyorsa, kaçağa karşı öldürücü güç kullanılmaması, kendisine yakalama fırsatını kaybettirecek olsa dahi, mahkeme kural olarak öldürücü güç kullanılmasına gerek bulunmadığı kanaatindedir” demiştir. Devletin soruşturma yükümlülüğü ise, doğal olmayan her ölüm bakımından geçerlidir. Ölüm nasıl meydana gelmiş olursa olsun doğal olmayan her türlü ölüm olayında soruşturma yükümlülüğü geçerlidir.

Devlet yetkililerini bu dosya bakımından göstermiş olduğu tutumları bütüncül olarak değerlendirmek gerekir. İncelenen dosya kapsamında, sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılması için yeterince çaba gösterilmiş olması, ulusal mahkemelerin, yaşamı tehlikeye sokan suçların cezasız kalmasına imkan vermemesi, sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek nitelikte cezai bir soruşturma yapılması, ölüme yol açan olayların aydınlatılmasını sağlayan yeterli bir mekanizma bulunup bulunmadığı, ölümün neden ve nasıl meydana geldiğini aydınlayabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delillerin toplanması, delil toplama zorunluluğuna tanık ifadelerinin de girmesi, soruşturmanın tamamının gizli olması konuları göz önünde bulundurularak, soruşturma sürecindeki eksiklikler bütünüyle değerlendirildiğinde, soruşturmada ölüm sebebinin veya sorumlu kişi veya kişilerin ortaya çıkarılma imkanını zayıflatan bu eksiklikler etkili soruşturma ilkesiyle çelişmektedir.

Ayrıca AİHM, önceki kararlarında, mağdurun ailesinin soruşturma ve dava dosyasını görememiş olmasını, 2. Madde ihlali olarak nitelendirmiştir. Bu karardan hareketle incelenen dosyadaki gizlilik kararın, AİHM'in katılım ilkesi ile çeliştiğini söylemek mümkün olacaktır.

13

Dosya Adı: B.

Dosya Konusu: Barışçıl Şekilde Toplanma Hakkının Engellenmesi, Polis Şiddeti

Tarih: 2006-

Teknik Özet

Soruşturma aşaması :

24 Mart 2006 tarihinde çatışma esnasında 14 PKK (Kürdistan İşçi Partisi) mensubunun öldürülmesinin ardından, 28-31 Mart tarihleri arasında birçok gösteri düzenlenmiştir. 29 Mart 2006 tarihinde 1993 doğumlu B., teyzesine giderken, olay yerinde bulunduğu için polisler tarafından atılan göz yaşartıcı bomba nedeniyle burnundan yaralanmıştır. Aynı gün B., Devlet Hastanesine götürülmüş, 5 Nisan 2006 tarihinde, hastane çıkış raporuna göre maksillofasiyal yaralanma nedeniyle bir ameliyat geçirdikten sonra hastaneden ayrılmıştır.

14 Nisan 2006 tarihinde, B., Emniyet Müdürlüğünde görevli polis memurları hakkında görevi kötüye kullanma ve kasten yaralama suçlamalarıyla Cumhuriyet Başsavcılığı nezdinde şikâyetinde bulunmuştur. Özellikle doğrudan doğruya burnuna bir göz yaşartıcı bomba darbesi aldığını ifade etmiştir ve soruşturmada annesi ve babası, savcılık tarafından dinlenilmiştir.

Çocuk B. hakkında illegal gösteriye katıldığı gerekçesiyle re'sen soruşturma başlatılmış ve bu soruşturma kapsamında ifadesi alınmıştır. Başlatılan soruşturma, terör örgütüne üye olma, terör örgütü propagandasını yapma ve polise mukavemet etme suç isnatlarıyla iddianame düzenlenmesi ve çocuk ağır ceza mahkemesinde iddianamenin kabul edilmesi ile neticelenmiştir. Çocuğun bu dosyada yer alan ifadesi özetle şu şekildedir: olay günü teyzesine gitmek için yola çıktığını, dispanser caddesi yakınlarında bir grup polis memuru gördüğünü ve bu memurların atmış olduğu göz yaşartıcı bombanın burnuna çarptığını, olay anında tam olarak nerede olduğunu bilemediğini ve daha önce polislere doğru herhangi bir cisim atan kimseyi de görmediğini, polislerin kendisini cadde üzerinde gördüğünü, bu nedenle varlığından habersiz olarak göz yaşartıcı bombayı kendisine doğru atmış olamayacaklarını, hastaneye de tanımadığı bir kimse tarafından götürüldüğünü düşündüğünü ifade etmiştir. Çocuk aleyhine açılan dosyada Savcılık, özellikle Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Kriminal Laboratuvarı tarafından olaya ilişkin kaydedilen görüntülerde yapılan incelemelerde, çocuğun söz konusu gösteriye katıldığının tam olarak belirlenemediğini, bu sebeple delil yetersizliğinden beraatini talep etmiş, mahkeme de bu talep doğrultusunda beraat kararı vermiştir.

B.'nin avukatı, Adli Tıp Kurumundan rapor alınmasını ve ayrıca Hastanesindeki raporların sunulmasını, olay günü müdahalede bulunan polis memurlarının tespit edilmesini talep etmiştir.

16 Kasım 2007 tarihinde Cumhuriyet Savcısı, şu ifadelerin yer aldığı takipsizlik kararını vermiştir: "(...) Şikâyet üzerine yapılan araştırmalara göre, B.'nin, teyzesinin evine giderken yaralanmadığı belirlenmiştir. Olaya dair video kayıtları (...) ve bazı fotoğraflara göre (...), şikâyetçi, aktif olarak katıldığı, PKK terör örgütü ve sözde lideri Abdullah Öcalan lehine slogan attığı, polisler taş, sopa, molotof kokteyli attığı illegal bir gösteri esnasında yaralanmıştır. Dolayısıyla, polis memurları Ceza Kanununun 25. Maddesinin 1. fıkrası bağlamında meşru müdafaa halinde ve yine aynı Kanununun 24. Maddesi uyarınca görevlerinin ifasının gereği kapsamında hareket ettikleri için sorumlu olarak kabul edilemeyecektir. Aslında, polis memurları illegal bir gösteride bulunan, kendilerine taş, sopa, Molotof kokteyli atan kalabalığı dağıtmak için göz yaşartıcı bomba atmışlardır. Yukarıda belirtilenler ışığında (...), söz konusu polis memurları hakkında kuvvet kullanımının sınırlarının aşılması nedeniyle kovuşturma yapmaya yer olmadığına karar verilmiştir".

13 Kasım 2006 tarihinde, Adli Tıp Kurumu raporunda B.'nin kanama, yüzde meydana gelen ödem, burun kırığı ve çukur şeklinde yarık nedeniyle ameliyat edildiği, hastanın basit tıbbi müdahale ile tedavi edilemeyeceği, hayati tehlikesi bulunmadığı, burunda meydana gelen kırıkların hastanın hayati fonksiyonları bakımından orta derecede zarar teşkil ettiği yazılmıştır.

3 Ekim 2007 tarihinde, B. takipsizlik kararına Ağır Ceza Mahkemesi nezdinde itirazında özellikle gösteriye katılmış olduğu iddiasına itiraz etmiş ve takipsizlik kararı

nın dayandırıldığı video kayıtlarının ve fotoğrafların, kendisinin gösteriye katıldığı iddiasını delillendirmekten uzak olduğunu belirtmiştir. Ağır Ceza Mahkemesi itirazı reddetmiştir.

Bunun üzerine B., AİHM'ye başvurmuş, yargılama sürecinde hükümet bir adet CD sunmuştur. Bu CD, olaylar esnasında kolluk kuvvetlerince çekilen video kayıtlarını içermektedir. Bu CD 29 Mart 2006 tarihindeda gerçekleştirilen gösterinin birçok safhasını göstermekle birlikte, başvuranın başından yaralanmasına neden olan göz yaşartıcı bombanın atılmasından önceki ve sonraki anlara ilişkin görüntüleri de içermektedir. Mahkeme yaptığı incelemede, gösteriye katılanların çoğunluk olarak gençlerden oluştuğunu, bunların bir kısmının yüzlerinin kapalı olduğunu ve taş atıklarının görüldüğünü, gösterinin barışçıl nitelikte olmadığını, söz konusu gösterinin çok işlek ve kalabalık bir bulvar üzerinde gerçekleştiğini, B.'nin göstericiler arasında görünmesine rağmen, tam olarak gruba dâhil olup olmadığını kesin olarak kanıtlanamadığını tespit etmiştir. AİHM yaptığı değerlendirmede ayrıca, polisler tarafından göz yaşartıcı bombanın nasıl atıldığının kesin olarak görülemediğini ancak etkisi dik-kate alındığında, atışın direkt ve gergin bir atış olduğunu, çan şeklinde yapılan bir atış olmadığının düşünüldüğünü belirtmiştir.

Hükümet, göz yaşartıcı bomba kullanımına itiraz etmediğini ancak, kolluk kuvvetlerinin şiddet davranışları gösteren göstericileri yatıştırmak için mevzuata uygun hareket ettiklerini ileri sürmüştür.

AİHM, başvurunun kabul edilebilir olduğuna, AİHS'nin 3. Maddesinin esas bakımından ihlal edildiğine, usul bakımından incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

Değerlendirme

İncelenen dosyada cezasızlık, yapılan gösteriye müdahalenin, toplantının barışçıl olmaması nedeniyle, meşru olduğuna dayanmaktadır. İncelenen dosyada çocuğun beyanlarının olmaması, atışa dair bilirkişi incelemesinin olmaması, delillendirme aşamasının yeterince özenli olmadığını göstermektedir. AİHM tarafından incelenen dosyada, Türkiye'deki mevzuata dair değerlendirme de yapılmıştır. Kolluk görevlilerinin faaliyetlerinin kurullarla çevrelenmiş olması gerektiğini belirten AİHM, keyfiyete terk edilmiş olmasının, insan haklarına etkin saygı gösterme kavramı ile bağdaşmadığını bir kez daha belirtmiştir. Polis operasyonlarında -göz yaşartıcı bomba atılması da dahil olmak üzere- keyfiyete, kuvvet kullanımının suiistimaline, engellenebilecek kazalara karşı etkin ve uygun teminatların sağlandığı bir sistem dahilinde, ulusal mevzuatla sadece izin verme zorunluluğunu değil, aynı zamanda yine bu operasyonlara mevzuat tarafından yeterince sınırlandırma getirilmesi anlamına gelmektedir.

Takipsizlik kararında çocuğun illegal gösterilere aktif olarak katıldığı, PKK terör örgütü ve sözde lideri Abdullah Öcalan lehine slogan attığı, polislere taş, sopa, molotof kokteyli attığı sırada yaralandığı belirtilmiştir. Herhangi bir gösterinin niteliğinin barışçıl olup olmadığını, iç hukukta 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kanunu be-

lirlemektedir. Ancak AİHM tarafından yapılan değerlendirmede, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkındaki Kanunun uluslararası standartlarla uyumlu bulunmamıştır. Sadece bildirim yapılmamış olan barışçıl bir toplantı da hukuka aykırı sayılabilmektedir. Yargı süreçlerinde yapılan nitelendirmelerin, sadece iç hukuktaki pozitif düzenlemeleri değil, Anayasa'nın 90. Maddesinin 5. Fıkrası uyarınca insan haklarına dair taraf olunan uluslararası mevzuatı ve içtihatı da dikkate alınarak yapılması gerekmektedir. Nitekim Türkiye toplantı ve gösteri yürüyüşleri konusunda, 50'ye yakın ihlal kararı verilmiş dosya ile ilgili Bakanlar Komitesi'nin izlenmesi altındadır.

Çocuğun aleyhinde olan ve Çocuk Ağır Ceza Mahkemesinde yapılan yargılama sürecinde bilirkişi raporu ve savcılık mütaalası uyarınca, çocuğun gösterilerde aktif olarak yer almadığı tespit edilmiştir. Kaldı ki gösteriye katılmak ölümcül kuvvet kullanımının gerekçesi olarak kabul edilemez. Kalabalık bir bulvarda, sokaktan geçenlerin yaralanmasına sebebiyet veren müdahaleler, meşru müdafaa halinde ve görevin ifasının gereği kapsamında değerlendirilemez. Çocuğun başında tespit edilen yaralamaların ağırlığı, başvuranın kendi davranışının neticesi olarak polis memurları tarafından zorunlu olarak kullanılan katı bir kuvvetin sonucu ile bağdaşmamaktadır.

Kuvvet kullanımının sınırlarının aşılması olarak değerlendirilmeyen müdahaleye dair araştırma, kolluk görevlileri tarafından düzenlenen tutanaklar ve sunulan evraklar ile sınırlı kalmış, çocuğun anne ve babasının beyanları alınmıştır. Delillerin toplanmamış olması yargının etkili bir başvuru olması konusunda yetersiz kalmasına sebep olmuştur.

AİHM 28 ve 31 Mart 2006 tarihlerinde meydana gelen olaylar esnasında iki kişinin göz yaşartıcı bomba atılması sonucu ölümü ve başvuranın da bu nedenle yaralanması olguları dikkate alındığında, polis memurlarının büyük bir özgürlükle hareket ettikleri ve düşüncesizce inisiyatif aldıkları sonucunun çıkarılabileceği düşünülmekte olduğunu belirtmiştir.

14

Dosya Adı: Z.

Dosya Konusu: Yaşam Hakkı İhlali (İş Cinayeti)

Tarih: 2013-2014

Teknik Özet

Soruşturma aşaması :

2000 doğumlu mağdur Z, iki aydır çalıştığı işyerinde çalışırken, 14.03.2013 tarihinde saat 16.00 sıralarında, plastik enjeksiyon makinesine başı sıkışarak iş kazası sonucu hayatını kaybetmiştir.

Cumhuriyet Savcısının telefonla verdiği talimatlarda, şüphelilerden Ö.'nün salıverilmesini işyeri sahibi A.'nın gözaltına alınmasını, işyeri levhasının fotokopisinin alınarak olayı ilk gören kişinin ve maktul çocuğun anne ile babasının ifadelerinin gelirlerse alınmasını gelmezlerse alınmamasını söylediği tutanak altına alınmıştır.

Olay üzerine mağdur çocuğu O. ile işyeri sahibi A. birlikte Devlet Hastanesi'ne getirmiş ise de, çocuğun hastaneye geldiğinde hayatını kaybettiği anlaşılmış, çocuğu getiren O., trafik kazası neticesinde bu halde olduğunu söylediğinden, adli vaka bildirimini yapılarak olay yerine polis ekibi intikal etmiştir. Aynı gün 18.45 sıralarında olay yerini göstermek üzere ekip otosunda refakate alınan A., olayın trafik kazası olmadığını, korktuğu için bu şekilde beyanda bulunduğunu beyan etmiştir. Bunun üzerine olay yeri olan işyerine ekipler intikal etmiş, işyerinin kapısı kilitli olduğundan, A. kapıyı açmak üzere çağırılmış ve bu suretle gözaltına alınmış, polisler tarafından olay yeri tutanağı düzenlenmiştir.

Şüpheli A.'nın karakolda avukat eşliğinde alınan ifadesinde, olaydan iki ay önce süpürge satan bir şahsın işyerine geldiğini, günde iki üç süpürge sattığını öğrenmesiyle o kişiye "gel burada çalış, meslek öğren" dediğini ifade etmiştir. Bunun üzerine süpürge satan kişinin "ben gelmeyim, kardeşimi göndereyim" şeklinde cevap verdiğini, bunun üzerine "sen gelirsen meslek öğrenirsin, kardeşin gelirse çay dağıtır, etrafi temizler" dediğini beyan etmiştir. Daha sonra mağdur çocuğun işyerine geleceği çalışmak istediğini söylediğinde, şüpheli A.'nın kendisini çok küçük gördüğü için orada çalışamayacağını söylediğini, çocuğun aile durumlarının kötü olduğundan ve üzülmesin diye okul çıkışları gelip çay dağıtıp, temizlik yapabileceğini söylediğini, karşılığında da haftalık 50 TL para verdiğini beyan etmiştir. Mağdur çocuğu makinelerden uzak durması hususunda özellikle uyardığını, çalışırken de özellikle çocuğu makinelerden uzak tuttuğunu, mağdur çocuğun babasının da bir kere işyerine geldiğini, kendisine teşekkür ettiğini belirtmiştir.

Olay günü arkadaşı O.'nun, işyerine geldiğinde sohbet ederken, bir taraftan arızalı bir makine ile birden bir bağırtı üzerine, bağırarak kişinin enjeksiyon makinesine doğru koştuğunu görünce ayaklandığını ve mağdur çocuğu yerde yatar bir vaziyette bulunduğunu söylemiştir. Hemen arkadaşı ile birlikte mağdur çocuğu hastaneye götürdüğünü, ancak çocuğun öldüğünü ve ailesinin de geldiğini duyunca güvenlik açısından uzaklaştığını, ancak polisler aradığında geldiğini, trafik kazası olduğunu kendisinin söylemediğini, olayın şaşkınlığı ile arkadaşı trafik kazası olduğunu söyleyince o an ağızından o şekilde çıktığını söylemiştir. Ayrıca, çocuğun yarım gün okuldan sonra gelerek çalıştığını ve herhangi bir sigortasının olmadığını beyan etmiştir.

İşyerinde çalışanlardan O.'nun, H.'nin, A.'nın tanık ifadesi ve şüphelinin arkadaşı olan B.'nin ifadesi alınmıştır. İfadelerin her birinde olayı bizzat görmediğini, sadece olay sonrası yerde kafasının kanadığını gördüğünü, mağdur çocuğun çırak olarak temizlik, çay dağıtma ve alışveriş işlerine baktığını ifade etmişlerdir. O.'nun ise, olay şoku ile trafik kazası sonucu çocuğun yaralandığını söylediğini, çocuğu hastaneye

götürdüklerini, makine başında görmediğini ifade etmiştir. Yapılan adli otopsi işleminin sonrasında ölümün künt kafa travmasına bağlı çoklu kafa kemiği kırıkları ile beyin kanaması sonucu, beyin doku harabiyeti sonucu meydana geldiği tutanak altına alınmıştır. Savcılık Sulh Ceza Mahkemesi'nden şüpheli A.'nın taksirle ölüme neden olma suçundan tutuklanmasını talep etmiş, 15.03.2015 tarihli sorguda şüphelinin mahkeme huzurunda üzerine atılı suçu kabul etmeyerek, "Olayda kusurlu olduğumu düşünmüyorum. Ben iyi niyetimin kurbanı oldum. Çünkü küçük çocuğu ben önce iş yerimde çalıştırmak istemedim. Gerek kendisi gerek babası paraya ihtiyaçları olduğunu mutlaka çalışması gerektiğini söyleyerek, kendilerini acındırdılar. Ben de kıyamadım. Temizlik işi yaptırmak için 16 yaşında olduğunu düşündüğüm şahsı sigortasız olarak çalıştırdım. Zaten kendisi iş yerine gelip gidiyordu. Sürekli kalmıyordu. Öğlen sonu çalışıyordu. Ben bu çocuğa gerekli uyarıları da yaptım ve yaptırdım. Onun sadece görevinin çöp atıp çay yapmak olduğunu söyledim. Fakat olay günü ben bir arkadaşla sohbet ederken bir bağırtı sesi duyduğumda bu vahim olayı gördüm. bu vahim olayın olduğunu anladım. Maktülün ailesi ile görüşmeler devam etmektedir. Olayda kusurum olduğunu düşünmüyorum. Kusurlu olan ölen cocuktur." şeklinde beyanda bulunmuştur. Mahkeme, şüphelinin tutuklanmasına karar vermiştir. A.'nın tutukluluğu 21.06.2013 tarihli celseye kadar devam etmiş, bu zamana kadar yapılan itirazlar reddedilmiştir.

Cumhuriyet Başsavcılığı 19.03.2013 tarihinde, ölüm olayının meydana gelmesinde, 13 yaşındaki çocuk olan A.'yı, iş güvenliği önlemlerini de almadan sigortasız olarak çalıştıran ve de işyeri sahibi olan A.'nın kusurlu olduğundan bahisle taksirle ölüme sebep olmaktan iddianame düzenlemiştir.

Kovuşturma aşaması :

Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 19.03.2013 tarihli iddianamesindeki, ölüm olayının meydana gelmesinde, 13 yaşındaki çocuk olan A.'yı, iş güvenliği önlemlerini de almadan sigortasız olarak çalıştıran ve de işyeri sahibi A.'nın kusurlu olduğundan bahisle, taksirle ölüme sebebiyet vermektan cezalandırılması istemi ile kamu davası açılmıştır.

26.04.2013 tarihli ilk duruşma, mağdur çocuğun anne ve babası ile vekilleri, sanık, sanık müdafisi ile A. ile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı vekilinin katılımı ile gerçekleşmiştir. Bu duruşmada sanık daha önce verdiği ifadenin benzeri ifade vermiş ve ayrıca olaya ilişkin "Makinenin kapanmadığını görünce işi makinenin içinden almak için uzanmış, ben o sırada bunu görmedim, bu makine insansız, malzeme konduğu zaman otomatik olarak çalışan, ham maddesi bitince duran bir makinedir, ancak bazen içinde iş kalır, o zaman çalışmayı durdurur. Normalde bu şekilde müteveffa bize bilgi verirdi bu kez kendi içerisinden işi almaya kalkmış." demiş ve sorulması üzerine "Makinenin kapağı açıldığında makine çalışmaz ancak Z. alette kalan işi alırken zannediyorum kapağın switçine değmiş dolayısıyla bu güvenlik devre dışı kalmış makine çalışmış, müteveffa da bunu biliyordu" şeklinde ifade vermiştir.

Mağdur ölenin babasının, aynı duruşmada, çocuğun işe alımı ve yaşı konusunda sanık ile görüşmediğini, çocuğu çalıştığı sırada, iş dışında seyyar satıcılık yaptığını söyleyerek, sanıktan şikayetçi olmuş ve davaya katılmak istemiştir. Aynı duruşmada beş tanığın beyanı alınmış, tanıklar genel olarak olayı görmediklerini ifade etmiş, sadece tanıklardan A., mağdur çocuğu olay olduğunda yere düşerken gördüğünü ifade etmiştir. Ayrıca tanıklar, mağdur çocuğun makineye yaklaşmasının yasak olduğunu, o gün makineye yaklaştığını fark etmediklerini ve makinede güvenlik fotoselli bir sistem olmadığını, sadece kapak sistemi olduğunu söylemişlerdir. Mahkeme bilirkişi raporu alınmasını istemiştir.

06.05.2013 tarihli bilirkişi raporuna göre; plastik enjeksiyon makinesi çevresinde gerekli güvenlik çitinin bulunmadığı, plastik enjeksiyon makinesinin üzerinde veya yakınında kullanma talimatının bulunmadığı, plastik enjeksiyon makinesinin bulunduğu yerde tehlike işaretinin ve uyarıcı levhaların bulunmadığı, makinenin oldukça yıpranmış ve bakımsız olduğu, makinenin ön kısmında kapak altında yer alan emniyet kilidi swic üzerinde gerekli olan koruma ve muhafazanın bulunmadığı, makinenin çalışması esnasında, makinenin ön kapağı açıldığı halde ve emniyet kilidi swic kapandığı halde makinenin durmadığının, çalışmaya devam ettiğinin tespit edildiği, bu şartlarda enjeksiyon makinesinin kullanılmasının sakıncalı olduğu ve tehlike arz ettiği makine mühendisi bilirkişi tarafından mahkemeye arz edilmiştir.

23.05.2013 tarihli ikinci celse, ölen mağdur çocuğun anne ve babası ile vekillerinin, sanık ve müdafinin, Çocuk Derneği vekili ve Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı vekilinin katılımı ile gerçekleşmiştir. Ayrıca davadan haberdar olan bir vatandaşın dilekçe ile davaya katılma istediği, Dernek vekilinin de davaya katılma talepleri olmuştur. Katılma talepleri, eylemden doğrudan doğruya bir zararı bulunmadığı gerekçesi ile reddedilmiştir. Katılanlar ve vekili ise, sanıkla anlaşma yapıldığı, zararlarının giderilmiş olduğu için şikayetlerinden vazgeçtiklerini söylemişlerdir. Mahkeme bu sefer, bilirkişi raporunun heyet tarafından alınmasına karar vermiş ve dosyayı ikinci kez bilirkişiye tevdi etmiştir.

21.06.2013 tarihli duruşmada, Baro da davaya müdahil olma talebinde bulunmuş ise de aynı gerekçe ile talep reddedilmiş, sanık hakkında tutuklama tedbiri gerektirecek bir husus ortada kalmadığından tahliyesine karar verilmiştir.

01.10.2013 tarihli son duruşmada bilirkişi raporunun sunulduğu, bu raporda da sanığın kusurlu olduğunun bildirildiği anlaşılmıştır. Mahkeme, taksirle öldürme suçundan sanığın kusurunun ağırlığı bir bütün halinde değerlendirilerek, takdiren ve özellikle olayın oluş şekli ile sanığın kusurunun ağırlığı nedeniyle teşdiden 5 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, sanığın iyi hali, lehine hafifletici sebep kabul edilerek, TCK 62 Maddesi uyarınca 1/6 oranında indirilmesine ve 4 yıl 2 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, sanığın aile ve meslek sahibi olduğu, eylemin kusurlu eylemlerden olduğu ve yine sanığın tutanaklara yansıyan pişmanlık durumu dikkate alınarak TCK 50/1-a Maddesi ve fıkrası uyarınca sanığa verilen hapis cezasının adli para cezasına

çevrilmesine, para cezasının gün karşılığının 20 TL takdirine ve neticeten 1520 gün karşılığı 30.040 TL adli para cezasının 24 taksit ile ödenmesine karar vermiştir.

Karar, mağdur çocuğun ailesi tarafından temyiz edilmemiş, sanık müdafî tarafından sanık lehine temyiz edilmiş ve Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından temyiz edilmiştir. Katılma talebi reddedilen Çocuk Derneği'nin katılma talebinin reddi kararı temyiz edilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı katılma talebinin reddine ilişkin kararın da yerinde olduğundan bahisle hem katılma talebinin reddine ilişkin kararın hem de dosyadaki nihai kararın onanmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Değerlendirme

İncelenen dosya, 13 yaşında çalışırken hayatını kaybeden çocuğa dairdir. İncelenen dosya ilk işlemlerden itibaren cezasızlığa yol açacak şekilde ele alınmıştır. Savcılık aşamasında ailenin katılımı önceliklendirilmemiştir, gelirlerse ifadenin alınması talimatı verilmiştir. Delillendirme süreci bilirkişi raporu ile desteklene de, beyanlar bakımından olayın oluşuna dair kanaat oluşturmaya yetecek nitelikte olmamıştır. Sanık sadece 3 ay tutuklu yargılanmış olup, isnad edilen suç, "taksirle ölüme sebep olma"dır. Çocuk hakları alanında çalışan sivil toplum kuruluşunun, meslek örgütü olan baronun katılma talepleri reddedilmiştir. Sanığın iyi hali sebebiyle cezaya indirim uygulanmış, ayrıca sanığın ailesi ve mesleği olması ile tutanaklara yansıyan pişmanlık durumu dikkate alınarak, verilen hapis cezasının adli para cezasına çevrilmiştir.

Çocuğun yaşam hakkının ihlal edildiği olayda, devletin ikinci yükümlülüğü yaşamı korumadır. Devletin bu yükümlülüğü, esasa dair pozitif bir yükümlülüktür. Sözleşme 2. Maddesiyle, devlete sadece kasten ve hukuka aykırı olarak öldürülmekten kaçınmayı değil, aynı zamanda egemenlik alanı içinde bulunan kişilerin yaşamını korumak için gerekli tedbirleri almayı da emreder. Devletin pozitif yükümlülüğü, gereken hukuki düzenlemeleri yapmayı ve gerektiğinde pratik tedbirler almayı kapsamaktadır. Çocukların çalışmasının koşullarının düzenlenmesi ve denetlenmesi, kayıtdışı çalışmaya dair denetimlerin yapılması, araçlar ve diğer fiziksel koşulların denetiminin yapılması, iş ve işçi güvenliğine dair düzenlemelerin ve uygulamaların yapılması da devletin pozitif yükümlülüğü kapsamındadır.

Çocuğunu kaybeden ailenin beyanı hazırlık aşamasında alınmamıştır. Savcının talimatı, "ailenin gelmesi halinde ifadenin alınması" şeklindedir. AİHM bakımından ailenin katılımı, temel ilkelerdendir. Mahkeme, soruşturma sürecine katılım hakkını da önemsemektedir. Mağdur yakınlarının, kendi meşru menfaatlerini korumak amacıyla katılmaları gerektiğini açıkça belirtmiştir. Dosyaya katılma isteminde bulunan çocuk hakları derneğinin ve meslek örgütü olan baronun katılma taleplerini Mahkeme mağduriyet kavramını dar yorumlayarak, reddetmiştir. Ancak AİHM, katılım kavramını kamuoyu boyutu ile geniş yorumlamaktadır. Yapılan soruşturma raporunun kamuya açıklanmamış olmasını dahi, "kamunun olay hakkında yeterince bilgilendirilmemesi"

olarak nitelemektedir. Buradan hareketle, çocuk haklarını savunmak amacıyla kurulan derneğin, yine çocukların insan haklarının korunmasında ana aktörlerden biri olarak yer alan baronun, müdahillik talebinin kabul edilmemesi, AİHM yaklaşımı ile örtüşmemektedir.

Dosya kapsamında alınan tanık beyanları, olayın oluşuna dair bilgilerinin olmadığı yönündedir. Yine bilirkişi raporları da sanığın kusurlu olduğu yönündedir. Sanığın kusurunun plastik enjeksiyon makinesi çevresinde gerekli güvenlik çitinin bulunmaması, plastik enjeksiyon makinesinin üzerinde veya yakınında kullanma talimatının bulunmaması, plastik enjeksiyon makinesinin bulunduğu yerde tehlike işaretinin ve uyarıcı levhaların bulunmaması, makinenin oldukça yıpranmış ve bakımsız olması, makinenin ön kısmında kapak altında yer alan emniyet kilidi swic üzerinde gerekli olan koruma ve muhafazanın bulunmaması, çalışması esnasında, makinenin ön kapağı açıldığı halde ve emniyet kilidi swic kapandığı halde makinenin durmaması, çalışmaya devam ettiğinin tespit edildiği bu şartlarda enjeksiyon makinesinin kullanılmasının sakıncalı olması ve tehlike arz etmesi gibi açıklanmıştır. Kusurun bu kadar ayrıntılı olarak anlatılması suçun niteliğinin “taksirle ölüme sebebiyet verme”den ziyade, “kasten ölüme sebebiyete” dönüştürülmesi şeklinde yorumlanmamıştır. AİHM, “bir soruşturmanın etkili ve yeterli olabilmesi için, ölümün neden ve nasıl meydana geldiğini aydınlayabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delillerin toplanması gerekir” demektedir. Soruşturmanın amacı, ölümden sorumlu olanları belirlemek ve cezalandırmaktır. Çocuğun ölümüne sebebiyet verenin, tespiti incelenen dosyada mümkün olmuştur. Failler bulunmuş, ifadeleri alınmıştır ancak sorumluların cezalandırılması konusu eksik kalmıştır.

Devlet, bireyin yaşamına veya fiziksel bütünlüğüne yönelik üçüncü kişilerin kasıtlı olmayan eylemleriyle zarar verilmiş olması halinde de “etkili bir yargısal sistem” oluşturmakla yükümlüdür. AİHM bakımından da, ihmal nedeniyle ölüm şikayetlerinde de devletin soruşturma yükümlülüğü vardır ve ölüme yol açan olayların aydınlatılmasını sağlayan yeterli bir mekanizma bulunup bulunmadığı inceleme konusudur.

Sanık sadece 3 ay tutuklu yargılanmış olup, isnad edilen, suç “taksirle ölüme sebep olma”dır. Sanığın iyi hali sebebiyle cezaya indirim uygulanmış, ayrıca sanığın ailesi ve mesleği olması ile tutanaklara yansıyan pişmanlık durumu dikkate alınarak verilen hapis cezası adli para cezasına çevrilmiştir. İnsan yaşamını korumak için kabul edilen yasaların koruyucuları olan adli makamların, sorumluları cezalandırmaya kararlı olup olmadıklarının göstergesi olduğunu kabul ettiğimiz takdirde incelenen dosyada, verilen cezaya bakıldığında adli makamların cezalandırma konusunda yeterince kararlı olmadığı söylenebilmektedir. Ayrıca fiilin ağırlığı ile ulusal mahkemeler tarafından verilen ceza arasında açık bir orantısızlığın bulunması halinde, AİHM belirli bir denetim ve müdahale yetkisi kullanılabileceğini belirtmektedir. Takdiri indirimin uygulanması ve para cezasına çevrilmesi de suçun sonucunu hafifletmek için kullanılmıştır.

15**Dosya Adı: T.****Dosya Konusu: Yaşam Hakkı İhlali (Bibergazı Kullanımı/Kolluk Güçleri)****Tarih: 2014- ...*****Teknik Özet***

Soruşturma aşaması :

16.06.2013 tarihinde 1999 doğumlu mağdur T.'nin evlerinin bir üst sokağında devam eden gösteri yürüyüşüne müdahale eden kolluğun attığı gaz bombası fişeğiyle başından ağır yaralanarak, kaldırıldığı hastanede 11.03.2014 tarihinde yaşamını kaybetmesi üzerine soruşturma başlatılmıştır.

Adli Tıp Kurumu'nun 19.11.2014 tarihli raporunda, "künt kafa travmasına bağlı gelişen beyin kanaması ve gelişen komplikasyonlar sonucu meydana gelmiş olduğu... çocuğun ölümüne neden olan künt kafa travmasının; sorulduğu üzere gaz tüfeği kapsülü ve plastik mermi veya benzer özelliklerde başka bir ürünün doğrudan kafaya isabet etmesi ile meydana gelmiş olabileceği, çocukla tespit edilen künt kafa travmasına bağlı oluşan travmatik değişimlerin çocuğun kendiliğinden düşmesi veya düşürülmesi sureti ile kafasının sert ve künt bir zemine çarpması ile husulünün mümkün olduğu gibi sert ve künt bir cismin kafaya direkt havalesi ile de oluşabileceği... Zet tüfeğinden atılan gaz tüfeği kapsülün ve plastik mermi ve/veya FN tabancadan atılan plastik merminin duvara veya benzer bir sert yüzeye çarparak sekmesi veya havadan serbest düşmesi esnasında kafaya isabet etmesiyle mümkün görülmediği" ifade edilmiş, belirtilen raporda atış mesafesi tespit edilmemiştir.

Mağdur çocuğun ailesi, şikayet dilekçelerini 03.12.2014 tarihinde vermiş, mağdurun anne ve babasının şikayetçi sıfatı ile ifadeleri Mart 2014'de alınmıştır. Müstekiler ifadelerinde, mağdurun ölümüne neden olan kamu görevlilerinden şikayetçi olduklarını belirtmiştir.

Mağdurun vurulma anına ilişkin ilk görüntüler 07.04.2014 tarihinde soruşturma dosyasına eklenmiştir. Birlikte inceleme yapılan görüntülerde, mağdura iki zetçi polisin ateş ettiği, bir polisin zetçi polislerin silahlarına fişek doldurduğunun, zetçi polisleri ise iki amirin yönlendirdiğinin görüldüğü belirtilen rapor, 22.05.2014 tarihinde dosyaya sunulmuştur. Savcılık tarafından görüntüdeki kişilerin kimliklerinin tespiti için Emniyet Müdürlüğü'ne müzekkere yazılmıştır. 02.05.2014 tarihinde ise, Savcılık, olay yerinde bulunan tüm polis ekiplerinin fotoğraflarının soruşturma dosyasına gönderilmesini istemiş, Emniyet Müdürlüğü 02.10.2014 tarihli cevabı yazısında, 1 adet DVD ve ekinde fotoğraflar göndermiş ancak, bir kısım personelin fotoğraflarını polislerin Çevik Kuvvet Şubesi ile ilişkisinin kesilmesi gerekçesi ile göndermemiştir. Dosyaya ilişkisi kesilen polislerin ilişik kesilmesine dair 16.06.2014

tarihli tutanak beraberinde sunulmuştur. Tutanakta imzası bulunan kişilerin, Emniyet Müdürlüğü'nün, "ilişkimiz kesilmiştir" diyerek fotoğrafını göndermediği kişiler olduğu, şikayetçi vekilinin dilekçesinde ileri sürülmüştür. Savcılık ayrıca olay yerini gören MOBESE kayıtlarını istemiş, İlçe Emniyet Müdürlüğü'nün bu isteme 25.09.2013 tarihli cevabı yazısıyla, olay yeri olarak belirlenen iki sokakta MOBESE'nin olmadığı belirtilmiştir. Aynı birimin 17.03.2014 tarihli yazısında, G. sokağını 89-61 ve 89-65 nolu MOBESE kameraları gördüğü ancak 12.06.2013 tarihinde bu kameralara zarar verilmesi nedeni ile kayıt alınamadığı belirtilmiştir. Yine şikayetçi vekili dilekçesinde, "her iki tutanağı tutan polis memurlarının aynı kişiler" olduğu ileri sürülmüştür.

Savcılık olay yerindeki kamu-özel kurum ve işyerleri kameralarının da araştırılmasını Emniyet Müdürlüğü'nden istemiş, ayrıca olay yerinde bulunan tüm araç ve şahıslara ait kamera kayıtları da talep edilmiştir. Savcılığın 63543 nolu ShortLand kamera kaydını istemesi üzerine, bu tip araç olduğu, ancak olay gününe ilişkin kaydının bulunmadığı belirtilmiştir. Belirtilen araçtaki kayıtların 01.01.2014 tarih ile başladığı ve kamera hafızasının 500 GB olması nedeni ile kayıtların üzerine kayıt yapıldığı, bu süre içinde görüntünün silinmiş ya da kaybedilmiş olduğu belirtilmiştir.

Savcılık Emniyet Genel Müdürlüğü'ne, olay yerinde bulunduğu belirlenen numara gruplarına 15-16 Haziran 2013 tarihinde zimmetlenmiş silah listesinin gönderilmesini istemiş ve birkaç kez bu talep tekit edilmiştir. Savcılık 30.04.2014 tarihli yazı ile, Emniyet Müdürlüğü'nün olaya ilişkin değerlendirme raporunun gönderilmesini istemiş, 16.07.2013 tarihli raporda olay yerinde 14. Birliğin olaya en son müdahale eden birlik olduğu belirtilmiştir. Emniyet Müdürlüğü, bu birliğin listesini savcılığa göndermemiştir.

Soruşturmanın uzun sürmesi ve içindeki aksaklıklar sonucunda, adil soruşturma ve yargılamayı engellemeye teşebbüs, görevi ihmal suçlarının işlendiğine ilişkin 03.12.2014 tarihinde TBMM başkanlığına dilekçe verilmiş, daha sonra şikayet dilekçesi Cumhuriyet Başsavcılığı'na intikal etmiştir. Cumhuriyet Savcılığı Özel Soruşturma Bürosu Savcılığı 25.12.2014 tarihinde kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar vermiş, karara mağdur T.'nin anne ve babasının vekili tarafından itiraz edilmiştir.

Ocak 2014'te yedi polis memurunun ifadesi alınmış, mağdurun yaralandığı tarihte ve yerdeki Spor Salonu önünde görev yapan polisler, T.'nin ölümüne neden olan gaz kapsülünü kendilerinin atmadığını ifade etmiştir. Şubat ayında ifadesi alınan bir grup polis ise, "gaz tüfeği kullanmadıklarını" ya da "kimin kullandığını hatırlamadıklarını" beyan etmiştir. Mart 2014'te dört polisin daha ifadesi alınmış, ifadelerinde olay günü o civarda görev yapmadıklarını beyan etmiş, biri ise, mağdurun yaralandığı bölgeye hiç gitmediğini söylemiştir. Zet adı verilen gaz bombası atan tüfek kullanmadıklarını beyan eden polisler ile birlikte toplamda 21 polisin ifadesi alınmıştır. Olay zamanı orada olduğu belirtilen polislerin ise, başka yere tayin edildiği tespit edilmiştir. Dosya hala soruşturma aşamasındadır.

Değerlendirme

İncelenen dosya kolluk görevlileri tarafından ateşlenen gaz fişeği ile başından yaralanan çocuğun ölümüne dairdir. Hali hazırda dosya derdesttir. Bu sebeple yapılan değerlendirme, somut olayın analizinden ziyade yargı sürecine dairdir.

Yaşam hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin düzenlediği ilk haktır. Yaşam hakkını kullanmakta olan bir bireyin, yaşam hakkının koruma alanına kamu makamlarının eylem veya ihmal şeklinde bir müdahalesi olması halinde doğal olmayan bir ölüm meydana gelmiş olması durumunda, Sözleşme'nin yaşam hakkı maddesi ihlal edilmiş sayılmaktadır. İncelenen dosyada, başından gaz fişeği ile yaralanma sebebiyle ölüm gerçekleşmiştir. Dosya hali hazırda soruşturma aşamasındadır. Bu sebeple yapılacak değerlendirme, AİHM'in silah kullanma gibi eylem sonucu veya gerekli hukuki ya da operasyonel tedbirlerin alınmaması sonucu meydana gelen ölüm olaylarına bakışı çerçevesinde yorumlamak şeklinde olacaktır.

AİHM doğal olmayan ölümden sonra devletin etkili ve yeterli soruşturma yapmaması suretiyle hareketsiz kalmış olmasını, cezasızlığa sebep olan temel yaklaşım olarak değerlendirmektedir. Devlet etkili ve yeterli soruşturma yapmadığı takdirde, AİHS'nin 2. Maddesi olan yaşam hakkı maddesini, usul yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması sebebiyle ihlal etmiş sayılmaktadır.

Devletin, bireylerin yaşam hakkına dair en temel yükümlülüğü, öldürmemektir. Devlet görevlileri tarafından uygulanan şiddet nedeniyle birey yaşamını kaybettiyse, Mahkem, ölümün hukuka uygunluğunu kanıtlama yükümlülüğünün, devlete ait olduğu yönünde değerlendirme yapmaktadır. Burada öldürme ile neticelenen olayda, amacın meşru olup olmaması değerlendirilmektedir. Devlet mutlaka, gerekli ve orantılı güç kullanıldığını kanıtlamalıdır. Sorumluluk sadece güç uygulayan devlet görevlilerini değil, eylemlerin planlanması ve kontrolü gibi tüm aşamalarını kapsamaktadır. İncelenen dosyada Emniyet Müdürlüğü'nün yanıt vermeme, istenen bilgi ve belgeleri göndermeme gibi kararlı bir tutumu olduğu bunun soruşturmanın devamı bakımından kritik öneme sahip olduğu anlaşılmıştır. İncelendiği tarih itibarıyla, bilgi ve belgelerin sağlanamaması, iddianamenin yazılmaması, davanın açılmaması olmasıyla neticelenmiştir.

AİHM, "polisler, ölümcül güç kullanırken büyük bir stres ve psikolojik baskı altında olmalarıyla mazur gösterilemez; çünkü polisler, yaşama hakkının korunmasında hayati bir rol oynarlar, bu nedenle olayın bütün parametrelerini değerlendirebilecek ve operasyonu dikkatlice düzenleyebilecek durumda olmalıdırlar" demektedir. Ayrıca hükümetlerin kolluk güçlerine, insan hakları ve güvenliğe ilişkin uluslararası standartlara uygun bir etkili eğitim vermekle yükümlü olduğunu vurgulamaktadır.

AİHM bakımından soruşturma yükümlülüğü, devletin usul yükümlülüklerindedir. Soruşturmanın amacı, ölümden sorumlu olanları belirlemek ve cezalandırmaktır. Soruşturma yükümlülüğünde devlet yetkililerinin gösterdiği çaba da önemlidir. So-

rumluların belirlenmesi ve cezalandırılması için çaba gösterilmiş olmasına rağmen sorumlular tespit edilememişse, devletin sorumlu olmayacağı değerlendirilmiştir. Ancak incelenen dosya bakımından, savcılığın ısrarlı sorularının ve bilgi-belge taleplerinin Emniyet tarafından yanıtız bırakılması, buna karşılık herhangi bir işlem yapılamıyor bir ilerleme kaydedilemiyor olması, yaşamı tehlikeye sokan suçların cezasız kalmasına imkan vermeme yükümlülüğü ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca şikayetçi vekilinin vermiş olduğu dilekçede bulunan “olayda yer alan ve tutanakları düzenleyen kolluk görevlilerinin aynı kişiler olması” iddiası, AİHM ilkeleri bakımından önemlidir. AİHM, “soruşturmayı yapan yapı, devlet görevlilerinin veya devlet organlarının yaşam hakkını ihlal etmesi olayını soruşturacağı için, herhangi bir ilişki içinde olmamalı, bağımsız olmalıdır” demektedir ve “bağımsızlığı” Mahkeme, sadece hiyerarşik veya kurumsal bağlantısının bulunmaması şeklinde değil, aynı zamanda pratikte de bağımsız olunması olarak yorumlamaktadır.

Türkiye kamuoyu bakımından soruşturma sürecine dair oldukça tartışmalı olan Hrant Dink vakasında da Mahkeme, soruşturma sürecindeki eksiklikleri bütünüyle değerlendirerek, “soruşturmada ölüm sebebinin veya sorumlu kişi veya kişilerin ortaya çıkarılma imkanını zayıflatan bir eksiklik, etkili soruşturma ilkesiyle çelişme riski taşır” tespitini yapmıştır.

16

Dosya Adı: 11

Dosya Konusu: İşkence ve Kötü Muamele

Tarih: 2014- 2015

Teknik Özet

Soruşturma aşaması :

01.06.2014 tarihinde toplantı ve gösteri yürüyüşü yapmak isterken, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’na muhalefet ettikleri gerekçesi ile 11 çocuğun çevik kuvvet grupları tarafından gözaltına alınması üzerine, soruşturma başlamıştır. Çocukların kötü muameleyle maruz kaldıklarını ifade etmeleri ve çocuklar müdafininin 04.06.2014 tarihinde, kamu görevlilerinin, “işkence, insanlığa karşı suç, kasten yaralama, cebir, inanç düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme, görevi kötüye kullanma ,kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve tehdit” suçları gerekçesi ile darp izleri ile ters kelepçeye ilişkin çektiği fotoğrafları da eklemek suretiyle suç duyurusunda bulunması üzerine ek beyanlarını almak üzere Savcılık tarafından ifadeleri alınmış ve böylece soruşturma başlatılmıştır.

Baro'nun atadığı müdafî eşliğinde, Savcılık tarafından ,suça sürüklenen çocukların alınan ifadelerinde, çocuklardan O., söz konusu tarihte arkadaşları ile birlikte gezerlerken sinkaflı sözlerle hakarete maruz kalarak gözaltına alındıklarını, şiddet gördüğünü ve ayrıca ellerine ters kelepçe takılarak bu şekilde karakola götürüldüğünü ve kafasını kaldırmasına izin vermediklerini ifade etmiştir. Kask numaralarını göremediği polislerden, hiçbir yasadışı eylem içinde olmadığı halde gözaltına alıp, kötü muamelede buldukları için şikayetçi olmuş, ayrıca ayağındaki darp izlerini gösterdiği halde doktorun rapora yazmadığını belirtmiştir.

Çocuklardan S., alışveriş için geldiği yerde karşıdan polislerin geldiğini gördüğünü, gideceği başka yeri de olmadığı için bir anda ellerini havaya kaldırdığını, buna rağmen kendisine plastik mermi ile ateş edildiğini, bu nedenle kolundan yaralandığını ve daha sonra gözaltına alındığını, bu sürede arada bir başını koltuk altlarına almaya ve çelme atmaya çalıştıklarını ancak herhangi bir kötü muameleye maruz kalmadığını, hiçbir yasadışı eyleme katılmadığını ancak haksız yere gözaltına alındığı ve plastik mermi ile kolundan yaralandığı için şikayetçi olduğunu ifade etmiştir.

Çocuklardan İ., olay zamanı parkın yakınında oturan eniştesine gittiği sırada gözaltına alındığını, toplumsal olaylara katılmadığını ve yürürken, polislerce gözaltına alınıp, ağır hakaretlere maruz kalarak tehdit edildiğini ve şiddet gördüğünü ifade etmiştir. Doktora dizlerindeki darp izlerini gösterdiğinde, ona bakmadan raporu yazdığını, kendisine kötü muamele eden polislerden şikayetçi olduğunu beyan etmiştir.

Çocuklardan A., olay tarihinde caddede bulunduğu esnada, hiçbir şey yapmadığı halde gözaltına alındığını ve polislerin ters kelepçe takarak ve bileklerini sıkarak ekip arabasına bindirdiklerini , bu sırada polislerin şiddet uyguladıklarını ve ağır hakaretler ettiklerini, çocuğa alkollü muamelesi yaparak, bir şey üflettiklerini, daha sonra çocuk şubeye gittiklerini ve orada serbest bırakıldıklarını beyanla kendisine kötü muamelede bulunan polislerden şikayetçi olduğunu ifade etmiştir.

Çocuklardan E ., olay tarihinde parkta paten kaymak için arkadaşıyla bulunduğu sırada eylemciler parka gelince, kendilerinin oradan uzaklaşmak istedikleri esnada ağır hakaretlere maruz kalarak gözaltına alındıklarını, boynunu koltuk altından sıkarak şiddet uyguladıklarını, kendisine kötü muamelede bulunan polis memurlarından şikayetçi olduğunu beyan etmiştir.

Çocuklardan M., olay tarihinde dershaneden çıkıp eve gitmek üzereyken, etrafında bir eylemci ya da protestoya dair hiçbir şey yokken, birden bir polis memurunun gelip “çantana aç arayacağım” demesine karşılık olarak, “arama iznin var mı?” diye sorması üzerine kendisine şiddet uygulayıp, hakaret ve tehditlerle gözaltına aldıklarını, kendisine kötü muamelede bulunan polis memurlarından şikayetçi olduğunu beyan etmiştir.

Çocuklardan B., olay tarihinde arkadaşlarıyla beraber köprüde oturduğu esnada po-

lisin gelip, “çantani aç” dediğini, çantasında gömlek ve ayakkabı olduğu halde ters kelepçe takarak hakaretlerle ve şiddet uygulayarak, tokat atmak suretiyle kendisini gözaltına aldıklarını, kendisine kötü muamelede bulunan polis memurlarından şikayetçi olduğunu beyan etmiştir.

Çocuklardan K., olay yerinde bulunduğu esnada ters kelepçe takılarak gözaltına alındığını, daha sonra polis memurlarından birinin kaskı ile suratına vurduğunu, sırtından, burnundan yaralandığını ve yine ağır hakaretlerle copla ve tekme tokat dövdüklerini, kendisine kötü muamelede bulunan polis memurlarından şikayetçi olduğunu beyan etmiştir.

Çocuğun müdafii, çocuğun polislerce gözaltına alındıktan sonra ters kelepçe ile getirildiğini, üzerinden çıkan kelepçeyi avukat olarak almak istediklerinde vermeyip, çöpe attıklarını, çöpe atan kişinin Çocuk Şubesinden görevli polis memuru C. olduğunu, daha sonra çöpe atılan kelepçe çıkarılarak tutanak altına alındığı, kelepçenin ise hala kendisinde olduğunu ifade ederek tüm bu olaylar esnasında çocuğun yanında bulunduğundan psikolojik şiddete maruz kaldıklarını beyan etmiştir.

Çocuklardan Ö., olay tarihinde yemek yemek için gittiği caddede çevik kuvvetin eylemcilere müdahalesi nedeni ile yerlerin ıslak olduğunu, bu sırada yerden bir kask bulup, bu kaskı yerden alıp çantasına koyduğunu, daha sonra köprüünün yanında oturduğu sırada polislerin çantasını arayıp kaskı gördüklerinde ters kelepçe takarak gözaltına aldıklarını, çocuk şubeye götürüldüğünde ise kendisinin olaylara katıldığını belirten bir yazı imzalattırmaya çalıştıklarını, kendisinin ise ad-soyadını yazıp “imzalamıyorum” yazdığını, herhangi bir şikayeti olmadığını beyan etmiştir.

Çocuklardan Y., arkadaşıyla beraber paten kaymak için parka gittikleri sırada çevik kuvvet gelince polislerden korktukları için kaçmaya başladıklarını, ancak yine de ters kelepçe takılarak gözaltına alındıklarını, ekip arabasına götürülürken yere yatırılarak tekmelendiğini ve copla vurduklarını ayrıca kısa mesafeden de plastik mermi ile vücuduna ateş edildiğini, ağır hakaretlere maruz kaldığını, şiddet gördüğü sırada omzunun çıkık olan yerine özellikle vurulduğunu beyan etmiştir. Çocuk müdafii çocuğa sistematik olarak şiddet uygulandığını bu nedenle bu polis memurlarından şikayetçi olduklarını beyan etmiştir.

Çocuklardan G., olay tarihinde eve gitmek için otobüs beklediğini, ancak otobüslerin çalışmaması nedeni ile yürüyerek metro aradığı esnada park civarında, elindeki telefonla görüntü aldığını zanneden polislerin “kamerayı kapat” diye gözaltına aldıklarını, önce emniyete daha sonra hastaneye ve en son çocuk şubesine götürüldüğünü, burada ailesine teslim ettiklerini, herhangi bir şiddete maruz kalmadığını beyan etmiştir.

Soruşturma evrakında, kimliği olmadığı belirtilen, polis merkezinde kimlik tespiti yapılan O.’nun ve D.’nin kollarında plastik kelepçe takılı olduğunun görüldüğü, bu

plastik kelepçelerin tutanak altına alınan polis memurlarınca çıkarıldığı yazılmış, iki polis memurunca tutanak imzalanmıştır.

Devlet Hastanesinden alınan darp raporlarında; A.'nin her iki bilekte kunt şeklinde .. ,alkol 0; H.'nin sağ kaş üzerinde 2cm kabuklu çizik, alkol 0; O.'nin sol bilekte hipere-mi, alkol 0; Y.'nin sağ diz altına 2x2 cm ekimoz ve yüzeysel doku kaybı, alkol 0; S.'nin sağ ön kol exter sr yüzde 1x1 cm kızarıklık, alkol 0; K.'nin burun üzerinde hiperemi ve sıyrık mevcut, alkol 0; M.'nin boynun sağ yanında ve her iki bileklerinde hassasiyet, alkol 0; G.'nin darp cebir izi yok, alkol 0; Ö.'nün darp izi yok alkol 0; E.'nin darp izi yok alkol 0; İ.'nin darp izi yok alkol 0 olduğu belirtilmiştir.

Eşya teslim tutanaklarında her bir eşyanın eksiksiz teslim edildiği belirtilmiş ancak Ö.'nün tutanağında, "baret hariç eşyalarımı teslim aldım" notu ile imza altına alındığı görülmüştür. Daha sonra baret için ayrı bir teslim tutanağı hazırlanmış, Savcılığın bareti çocuğa teslimi talimatı doğrultusunda kendisine teslim edildiği yazılmıştır. Yine eşya teslim tutanaklarından birinde "ayrıca beni bağladıkları kelepçe de üzerimdeydi" şeklinde ayrı bir not düşülmüştür.

Çocuk Suçlular Soruşturma Bürosu, soruşturmanın Memur Suçları Bürosunca yürütülmesi gerektiği gerekçesi ile dosyayı göndermiş ve kötü muamele suçu yönünden ayırma kararı vermiştir.

26.09.2014'de Baro'nun olaya ilişkin ayrıca suç duyurusunda bulunduğu anlaşılmıştır.

24.11.2014 tarihinde Cumhuriyet Başsavcılığı, müştekinin Baro Başkanlığı olarak gösterildiği kararda, müstekilerin gözaltı işlemini gerçekleştiren kolluk görevlilerinin savcılık talimatı ve amirlerinin emri ile işlem yaptıkları, yapılan gözaltı işlemlerinin PVSK'ye uygun bir şekilde yapıldığı, polis memurlarının bu Kanun kapsamında zor kullanma yetkilerinin bulunduğu, bu durumda görevinden kaynaklanan işlemlerden dolayı sorumlu tutulamayacakları, dosyaya yansıyan herhangi somut belge ve delil bulunmadığı gerekçesi ile kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermiştir. Karara Baro Başkanlığı'nca itiraz edilmiş ise de, Sulh Ceza Hakimliği 22.01.2015 tarihli kararında, verilen kararda usul ve yasaya aykırı bir durum görülmediği, belirten gerekçelerin yerinde ve yeterli olduğu, ileri sürülen itirazların bu kararı kaldırmayı gerektirmediği gerekçesi ile kesin olarak reddine karar verildiğini belirtmiştir.

Değerlendirme

İncelenen dosya 11 çocuğun kamu görevlileri tarafından kötü muameleye maruz kalması ile ilgilidir. Kötü muameleye maruz kalan çocuklar ile ilgili işkence, insanlığa karşı suç, kasten yaralama, cebir, inanç düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme, görevi kötüye kullanma, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve tehdit suçlarından suç duyurusunda bulunulmuştur.

Çocukların bazıları, toplantı ve gösteri yürüyüşü için gözaltına alındıkları yerdeyken, bazıları toplantı ve gösteri yürüyüşünden bağımsız, örneğin paten kayarken gözaltına alınmışlardır. Gözaltına alınırken şiddete maruz kalmışlar, suç duyurusunda bulunmalarına rağmen, “gözaltı işlemini gerçekleştiren kolluk görevlilerinin savcılık talimatı ve amirlerinin emri ile işlem yaptıkları, yapılan gözaltı işlemlerinin PVSK’ye uygun bir şekilde yapıldığı, polis memurlarının bu Kanun kapsamında zor kullanma yetkilerinin bulunduğu, bu durumda görevinden kaynaklanan işlemlerden dolayı sorumlu tutulamayacakları, dosyaya yansıyan herhangi somut belge ve delil bulunmadığı gerekçesi” ile kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar vermiştir. Dosya kapsamında sadece beyanlar ile yetinilmiş, kamera kayıtları gibi kolluğun elinde bulunan kayıtlar istenmemiş, tanık araştırması yapılmamış, usulüne uygun olmayan doktor raporları hakkında işlem yapılmamıştır.

Çocukların beyanlarında, doktor raporunun gerçeği, maddi durumu yansıtmadığı yer almasına rağmen, çocuklar tekrar adli tıp incelemesinden geçirilmemiş, maddi gerçeği yansıtmayan rapor sebebiyle doktor hakkında bir işlem yapılmamıştır.

Çocuklara kelepçe takılamayacağı ile ilgili emredici hüküm olmasına rağmen yargı Çocuk Koruma Kanunu ve çocukların insan haklarına dair evrensel kuralları dikkate almamış, PVSK’ya öncelik tanıyarak, kötü muameleyi hukuken gerekçelendirmeye, yasallaştırmaya çalışmıştır.

Çocuklarla ilgili formlar, maktu formlardır. Çocuklara, yaşları ve gelişim durumları dikkate alınarak, isnad edilen suçlar ile ilgili ve süreçler hakkında bilgilendirme yapılmamış, ailelerine haber verilmemiş, çocukların ve ailelerin katılım hakkı ihlal edilmiştir.

İtiraz üzerine incelenen dosyada mahkemece verilen kararın usul ve yasaya uygun olduğu, belirten gerekçelerin yerinde ve yeterli olduğu, ileri sürülen itirazların bu kararı kaldırmayı gerektirmediği gerekçeleri ile reddedilmiştir. Mahkeme Savcılığın polisleri koruyan yaklaşımını aynen benimsemiştir. Ayrıca Mahkeme, evrensel normları dikkate alarak, duyulan acının yoğunluğunu değerlendirmemiş, çocukların maruz kaldıkları muameleleri; işkence, insanlık dışı muamele, aşağılayıcı muamele, insanlık dışı ceza, aşağılayıcı ceza olarak değerlendirmemiştir. AİHM perspektifine göre, her çocuk bakımından tekil değerlendirmenin yapılması gerekmektedir. Bu değerlendirilmede, her çocuğa uygulanan eylemin, eylemin süresinin, eylemin mağdur üzerindeki fiziksel ve psikolojik etkilerinin, çocuğun kişisel durumunun (yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu ve benzeri) dikkate alınması gerekmektedir. Bireye özgü değerlendirme, AİHM bakımından, işkence ve kötü muamele iddialarında zorunludur çünkü her muamelenin her kişi bakımından aynı etkiyi yaratması beklenmemektedir. Çocuklara yönelik kötü muamele, gerçeği yansıtmayan doktor raporları devlet tarafından etkili soruşturulmadığı için cezasız kalmıştır.

17**Dosya Adı: R.****Dosya Konusu: Yaşam Hakkı İhlali (Okullarda Fiziksel Güvenlik)****Tarih: 2012-2015*****Teknik Özet***

Soruşturma aşaması :

1999 doğumlu R., 2 Ekim 2012 günü akşam saatlerinde İşitme Engelliler Okulunun bahçesinde, diğer işitme engelli öğrencilerle birlikte top oynarken, okul bitişiğindeki öğrenci yurdu bahçesine topun kaçması üzerine, 120 cm yükseklikte beton duvar ve duvarın üzerine monteli demir parmaklıklara çıkmış, duvara bitişik ve yurt bahçesinde bulunan elektrik direğinden kaynaklanan elektrik kaçağı nedeniyle yüksek elektrik akımına kapılıp ölmüştür.

Olaydan iki buçuk saat sonra, savcı olay yerine keşif için gelmiştir. Keşif esnasında, Elektrik Dağıtım Şirketi görevlileri tarafından kaçağı giderme çalışmalarının yapıldığı kaydedilmiştir. Yapılan incelemelerde istinat duvarından çevre aydınlatma direğinin alt kısmından açıktan elektrik kablosunun geçtiği ve muhafaza kapağının olmadığı görüldüğü tespit edilmiştir.

Elektrik Dağıtım Şirketi görevlilerinin olay yerinde yaptığı ölçüm cihazındaki kontrollerde 222 volt elektrik akımını gösterdiği, elektrik kablolarının açık kısmının direğin metal kısmına değerek şase yaptığını gördüklerini ve tüm işlemlerin kamera kaydına alındığı belirtilmiştir.

Kamera görüntülerinin incelenmesinde, mağdurun sırt üstü demir parmaklıkların üstüne düştüğü ve elektrik akımına kapılmasından dolayı yaklaşık 15 saniye kadar titrediği ve ardından hareketsiz kaldığı, mağdurun asılı kaldığını gören yurttan kalan öğrencilerin yanına gelerek müdahale ettikleri ve ardından bir arabanın yaklaştığı, çocuğu alarak götürdüğü tutanaklara geçirilmiştir.

Hastaneye getirildiğinde ölü olduğu belirlenen R.'nin savcılığın da talimatı ile iki tüp kan alınıp, muhafaza edilmiş, kanında alkol oranı testi yapılmış, sonuç negatif çıkmıştır.

Savcılık, kamera kayıtlarında görünen müteveffa ile birlikte demir parmaklıklara çıkan ve olay sonrası müdahale için gelen şahısların ifadelerinin alınması yönünde talimat vermiştir.

03.10.2012 tarihli otopsi tutanağında, ölen kişinin kesin ölüm nedeni belli olduğundan, ceset üzerinde klasik otopsi yapılmasına gerek olmadığına karar verilmiş, yük-

sek elektrik akımına maruz kalınması sonucu oluşan iç kanama nedeniyle ölümün gerçekleştiği yazılmıştır.

Olay yeri krokisi düzenlenmiş ve olaya tanık olan şahısların ifadesi alınmıştır. Tanık beyanları alınırken yaşları küçük (genelde 2000 doğumlu-93 doğumlu -90 doğumlu) işitme engelli öğrencilerin bir kısmının ifadelerinde İşitme Engelliler İlkokulu Öğretmeni'nin tercümanlığına başvurulduğu avukat bulundurulmadığı, bir kısmının ise herhangi bir tercüman ve avukat olmaksızın alındığı, bunların el yazısı ile yazıldığı görülmüştür.

Müşteki babanın savcılıkta alınan 05.10.2012 tarihli ifadesinde, R.'nin sağır ve dilsiz olduğu, İşitme Engelliler Okulu'nda 7. sınıf öğrencisi olduğunu ve aynı zamanda da okulun yurdunda kaldığını, olaydan önce hafta sonu izni nedeni ile eve geldiğini, olay günü sabahı annesinin 11.00 civarında oğlunu okula teslim ettikten sonra, olay akşamı çocuğunun öldüğünü öğrendiğini beyan etmiştir. Aydınlatma direğine projeksiyon kablusunun bağlandığını, kabloların ise açıkta olduğunu belirten müşteki baba çocuğun elektrik akımına kapılması sonucu ölümündeki kusurluların tespit edilmesini, şikayetçi olduğunu söylemiştir.

Olay nedeni ile birisi okul yurt müdürü K., bir elektrik tesisatçısı A., ahşap yatakların onarımı ile ilgilenen işçi İ. ve yurdun internet cafe işletmecisi E. hakkında soruşturma yürütülmüş ise de, İ. hakkında olayla bağlantısının bulunmadığından bahisle, E. hakkında ise Valiliğin, devlet memuru olan şüpheli hakkında soruşturma izni vermemesi nedeni ile ek kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiştir.

Elektrik tesisatçısı A., kendisinin bir apartmanın veya dairenin elektrik tesisatının döşenmesi gibi işler aldığını, elektrikçi olduğunu ancak serbest çalıştığını, projektör bağlanması işi ile herhangi bir ilgisinin olmadığını, cafe işletmecisi E.'yi de tanımadığını beyanla, üzerine atılı suçlamayı kabul etmemiştir.

Yurt müdürü K.'nin, 2010 yılında yurdun internet kafesini işleten kişiden projektör ile aydınlatma işini yapmasını istediği, cafe işletmecisinin de, elektrik tesisatçısı olduğunu beyan eden ve gayriresmi olarak çalışan A'nın, gayriresmi çalıştığı işyerine gelerek elektrikçi A.'yı çağırdığı, elektrikçi A.'nın gelerek, servis yolundaki aydınlatma direğinden elektrik alıp, yurdun bahçe duvarına açıktan kablo ile projektör tesis ederek, mevcut aydınlatma tesisatına ilave aydınlatma yaptığı, alınan tanık ifadelerinden anlaşılmaktadır.

Valilikçe yürütülen ön inceleme kapsamında, elektrik mühendisi tarafından yapılan inceleme sonucu alınan teknik raporda, aydınlatma direğinin armatürüne ait sigortanın bulunduğu bölümün kapağının kapalı olması gerekirken açık olduğu, yurt binasının enerji odasındaki elektrik panosunun gerekli güvenlik tedbirleri alınarak, tesis edilmesi gerekirken, fen ve sanat kurallarına uygun olmaksızın, bağlantı yapıldığı ilave bağlantı yapılmasına uygun olmadığı halde yapılan bağlantının zamanla dış etkenlere maruz kalarak yalıtımının tahrip olması sonucu, kabloların iletken bölümler-

rinin direk gövdesine temas etmesinden dolayı en büyük kusurun, bağlantıyı yapan fen adamına ait olduğu kanaati bildirilmiştir.

Savcılık düzenlediği 27.6.2013 tarihli iddianamede, elektrik tesisatçısı hakkında, mesleğinin gerektirdiği dikkat ve özeni göstermeyip fen ve sanat kurallarına aykırı işlem yapması nedeni ile, yurt müdürü hakkında ise, gerekli izinler alınmadan bu şekilde aykırı iş tesisine göz yumarak işitme engelli öğrencinin hayatını kaybetmesinde sorumluluğu bulunduğundan bahisle, taksirle ölüme neden olmadan cezalandırılmalarını talep etmiştir.

Kovuşturma aşaması :

Asliye Ceza Mahkemesi, iddianamenin kabulüne karar vererek, kovuşturmaya başlamıştır.

10.10.2013 tarihli ilk duruşma; tutuksuz yargılanan sanıklar müdür ve tesisatçının, maktul R.'nin annesi ile babasının ve vekilinin, ayrıca Çocuk Derneği'nin katılımı ile gerçekleşmiştir.

Sanıklar önceki ifadelerini tekrar ederek suçsuz olduklarını öncelikle beraatlerine karar verilmesini talep etmişlerdir.

Gençlik ve Spor Bakanlığı vekilinin davaya katılma talepli dilekçe sunduğu ve ayrıca Çocuk Derneği temsilcisinin davaya katılma talep ederek, Derneğin okullarda yaşamını kaybeden çocukların izlenmesi için Milli Eğitim Bakanlığı ile ortak bir çalışma yürüttüğünü söylediği anlaşılmıştır. Gerek ölen çocuğun babasının talimat ile alınan ifadesinde, gerek ölen çocuğun annesinin duruşmada ki ifadesinde sanıklardan şikayetçi oldukları ve davaya katılmak istedikleri anlaşılmıştır.

Elektrik Ltd. Şti ortağı ve müdürü olan M.'nin alınan tanık ifadesinde; bütün işlerin kendi bilgisi dahilinde olduğunu, sanık A.'ya ara ara götürü işi verdiğini ancak, sanığa okulun projektör işi ile ilgili ya da başka herhangi bir iş vermediğini, elektrik işi için kimseyi göndermediğini, olaydan tam tarihini hatırlayamadığı bir zaman önce E.'nin tanığın yanına gelip, malzeme fiyatlarını sorduğunu tanığın ise 125 TL fiyat verdiğini, fiyatta anlaşamadığı için gittiğini, kendisinin elektrik teknisyeni olduğunu, söz konusu direğin topraklamasının yapılmamış, kaçak akım rölesi takılmamış olması, yangın koruma rölesinin bulunmaması nedeni ile burada asıl sorumlu olanın, direği ilk monte eden kişiler olduğunu beyan etmiştir.

Tanık E.'nin ifadesinde, Öğrenci Yurdu Müdürlüğü'nün internet cafe işletmecisi olduğunu, 2010 yılında yurdun arka servis girişine kamera sistemi yapmasını müdürün istediğini, bunun üzerine kamera sistemini kurduklarını, fakat arka taraf karanlık olduğu için kamera kayıtlarının yeterli olmaması sebebiyle buraya bir projektör takmasını istediklerini, ancak elektrikçi elemanı olmadığı için Elektrik Ltd Şti'den malzemeleri aldığını, orada diğer tanık M. ile görüşüğünü ve kendisine bir eleman

vermesini istediğini, daha sonra sanık A.'yı yurda gönderdiğini, malzemeleri kendisinin götürdüğünü ve sanığın projektörü tek başına yaptığını, yurttan bulunan çalışanların hepsinin ise ona yardım ettiğini beyan etmiştir. Mahkeme, işitme engelli çocukların tanık ifadelerine başvurulması için davet edilmesine, bir kısım tanıklar için diğer mahkemelere talimat yazısı yazılmasına ve tanık öğrencilerinin beyanının alındığı sırada tercüman bulundurulması ayrıca dinleme esnasında uzman bulundurulmasına karar vermiştir.

Maktul R.'nin anne ve babasının duruşmalara katılma taleplerinin kabulüne karar verilmiş, ayrıca Yükseköğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü ile Çocuk Derneği'nin katılma isteklerinin kabulüne karar verilmiştir.

23.01.2014 tarihli ikinci duruşmada 2000 doğumlu tanık O.'nün ifadesi tercüman bilirkişi ile rehberlik ve psikolojik danışmanlık uzmanı eşliğinde alınmıştır. Tanık beyanında, okul bahçesinde top oynarken toplarının KYK yurdunun bahçesine kaçtığını, topu almak için okul bahçesinin demirlerine tırmandıklarını, ilk önce maktulün tırmandığını, maktulün demirin yanındaki elektrik direğine tutunarak bir ayağını diğer tarafa attığı esnada elektrik akımına kapılarak diğer tarafa düştüğünü, maktulü kurtarmaya çalışırken kendisinin de titrediğini bu nedenle tutamayıp bıraktığını, duvardan aşağıya inerek çevresinde dolaştığını ifade etmiştir. Elektrik direğinin kapağının ve kablolarının da açık halde durduğunu ancak duvardan eğilip bakıldığından kabloların açıklığının görüldüğünü, kendilerinin bunu fark etmediklerini belirten tanık maktulün demirlerin arasından geçtiğini genelde top kaçtığına parmaklıklar arasından geçerek oraya tırmandığını ifade etmiştir.

Uzman, tanığın olayı hafızasına net bir şekilde yerleştirdiğini gördüğünü, beyanı alınırken yutkundüğünden, olaydan travmatik olarak etkilendiği sonucuna vardığını belirtilerek, tanığın beyanlarının tutarlı olduğunu ifade etmiştir.

Maktulün babası, tanığın ifadesi hakkında, kamera kayıtlarından izledikleri kadarıyla çocuğunun elektrik akımına tutulduğu esnada yanında kimsenin olmadığını, tam düşeceği anda birisinin yaklaştığını onu da elektrik çarptığını görünce korkup kaçtığını, bu nedenle tanık beyanını kabul etmediğini, olay anında tanığın maktulün yanında olmadığını ifade etmiştir. Maktulün annesi ise, tanık beyanını kabul etmemekle birlikte nöbetçi olan Y.'nin kendisinin olay anında balkonda oturup çay içtiğini söylediğini ve çocuğun ölümünde ihmalleri olduğunu beyan etmiştir. Katılanlar vekilinin, "nöbetçi öğretmenin nerede olduğunun sorulması" talebi üzerine, tanık, bu esnada nöbetçi öğretmen Y.'nin kendilerini izlediğini, ancak kendilerinden daha küçük çocukların bahçede top oynamaları üzerine hem onlara hem kendilerine baktığını, ancak olayın, öğretmenin küçüklere baktığı esnada gerçekleştiğini, olayı görmediğini, kendisinin olayda KYK'nin suçlu olduğunu düşündüğünü ancak davada kimin yargılandığını bilmediğini ifade etmiştir.

Katılan Çocuk Derneği temsilcisinin talebi ile sorulduğunda tanık, okulun bahçesinin dışına çıkmak için öğretmenlerden izin almaları gerektiğini bildiklerini, ancak

izin alınmadığında kimsenin cezalandırıldığını da duymadığını ifade etmiştir. Sanık teknisyen A. tanık beyanını kabul ettiğini söylerken, sanık K., maktulün bacaklarını korkulukların üzerinden atmasının yükseklik bakımından mümkün olmadığını beyan etmiştir.

Tanık öğrenci C.'nin talimatla alınan ifadesinde, öğretmenlerinin sohbet ettikleri esnada öğretmenlerine söylemeden kaçan topu almaya çalıştıkları sırada maktulün üzerindeki giysinin etiketinin tele takıldığını, elektriğe kapıldığı esnada öğretmenlerinin hiçbir şeyden haberinin olmadığını maktulün yüzü gözü değişince korkup içeriye doğru kaçtığını bu esnada öğretmenlerin de haberdar olduğunu beyan etmiştir.

Tanık G.'nin talimatla alınan ifadesinde, olay tarihinde yurdun önünde otururken birilerinin bir yere doğru gittiğini gördüğünü, merak edip gittiğinde çocuğu ayakları yere değmeyecek şekilde, kıyafetinden asılı halde gördüğünü, kendisinin olay yerine giden üçüncü kişi olduğunu, kendisinden önce iki arkadaşının olay yerinde olduğunu, daha sonra okuldaki iki öğretmenin gelip, yüzüne su sürüp ambulans aradıklarını ve kantinci İ.'nin arabası ile hemen hastaneye götürdüklerini ifade etmiştir.

22.05.2014 tarihli üçüncü duruşma sanıklar, müdafileri, katılanlar ve vekillerinin katılımı ile gerçekleşmiştir.

Duruşmada 1993 doğumlu tanık S ve 1990 doğumlu B.'nin hazırlıktaki verdiği ifadelerini tekrar ettikleri görülmüştür. Mahkemece suçun vasfının tayin ve tespiti yönünden 09.06.2014 tarihinde keşfe çıkılmasına karar verilmiştir.

Dosyadaki keşif zaptına göre keşfe sanıklar, tanık E. ile maktulün anne, babasının ve vekillerinin katıldığı anlaşılmıştır. Keşif icrasında tanık E.'nin, projektörü yapan elektrikçinin uzmanlık alanını bilmediği, ancak sanık A. olduğunu ifade ettiği görülmüştür. Katılanlar vekilinin talebi ile dosyadaki olayın oluş anını gösteren CD'nin hep birlikte izlenilmek sureti ile olay yeri karşılaştırması yapıldığı anlaşılmaktadır.

Dosyaya sunulan 10.07.2014 tarihli bilirkişi raporunda, sanıkların her ikisinin de maktulün ölümüne neden olan olayda asli kusurlu oldukları bildirilerek, olay günü okulda görevli öğretmenlerin de nöbet hizmet talimatına aykırı hareket ettiklerinden, asli kusurlu oldukları sonucuna varıldığı bildirilmiştir. Ayrıca raporda, elektrik tesisatının yapılmasında yasa ve mevzuata uygun davranmayan yurt müdürü K.'nin bu tesisatı yaptığı, mesleki yeterlilik belgesinin olmadığı kanaatine varılan elektrik tesisatçısı A.'nin ve MEB Nöbet Hizmetleri özel talimatı esaslarına aykırı hareket eden ve görevlerini ihmal ederek, ölüme sebebiyet veren öğretmenlerin olayda asli kusurlu oldukları anlaşılmıştır. Öğretmenler hakkında, halihazırda açılmış bir dava bulunmadığına dikkat çekilmiştir.

Katılanlar vekili, söz konusu rapora göre olayda bilinçli taksiri de aşan hususlara dikkat çekerek, Mahkemece görevsizlik kararı verilmesini talep etmiş ve ayrıca yalnızca nöbetçi öğretmenlerin değil, okul yöneticilerinin de okulda işitme engelli öğ-

rencilerin olması nedeni ile ekstra özenli davranılması hususlarında eğitilmemesi ve uyarılmaması nedeni ile sorumluluklarının olduğuna dikkat çekmiş, raporda belirtilen şahısların yanı sıra bu şahısların da hakkında suç duyurusunda bulunulmasını Mahkemeden talep etmiştir. KYK Genel Müdürlüğü vekili ile, sanık K.'nın müdafinin de ayrıca rapora karşı birtakım beyanlar içeren dilekçe sunduğu anlaşılmıştır.

02.10.2014 tarihli dördüncü celse sanık K ve müdafii ile sanık A.'nın, maktulün annesi ve babası ile katılan vekilinin, KYK Genel Müdürlüğü vekilinin katılımı ile gerçekleşmiştir.

Maktulün anne ve babası olan katılanlar ile vekili, ayrı ayrı Mahkemenin görevsizlik kararı vermesini talep etmiştir. Katılan Kurum vekili ise, rapora karşı yazılı beyanlarını tekrarlar, raporda kusurlu bulunan okulun nöbetçi öğretmenleri hakkında suç duyurusunda bulunulmasını talep etmiştir.

Sanık Müdür K. müdafii, yazılı beyanlarını tekrarlar, müvekkilinin elektrik işini Elektrik Ltd Şti. Firmasına yaptırdığını, firma yetkililerinin de bu nedenle sorumlu olduğunu, kollukça diğer sanık A.'nin bu elektrik firmasında sigortasız çalıştığının tutanak altına alındığını, nöbetçi öğretmenler hakkında da gerekli soruşturmanın yapılmak sureti ile davaya dahil edilmesini talep ettiğini belirtmiştir. Sanık elektrik teknisyeni A. ise rapora ilişkin, elektrik alanında yetkisiz ve bilgisiz olarak değerlendirilme yapılmış ise de, dosyaya bu hususla ilgili olarak diplomasını ibraz etmek istediğini bildirmiş ve diplomasının dosyaya konulduğu anlaşılmıştır. Mahkemece katılanlar ve vekilinin görevsizlik taleplerinin reddine karar verilmiş, kusur tespiti yapılan nöbetçi öğretmenler hakkında Başsavcılığa suç duyurusunda bulunulmasına ve ayrıca İlçe Emniyet Müdürlüğü'ne yazılarak Elektrik Firma yetkililerinin kimlik ve adres bilgilerinin tespitine ve her birine cevap verildiğinde davetiye çıkarılmasına karar verilmiştir. Sanık müdafinin yeniden bilirkişi inceleme talebinin ise bu aşamada reddine karar verilmiştir. Mahkemenin yaptığı suç duyurusu ile birlikte Savcılık soruşturma izni istemiş, kaymakamlık izin vermemiş ve bu nedenle Bölge İdare Mahkemesi'ne itiraz edilmiştir.

23.03.2015 tarihli son duruşmaya sanıklar ile müdafii, maktulün anne ve babası ile vekilinin katılımı ile gerçekleştirmiştir.

Kredi Yurtlar Müdürlüğünde memur olarak çalışan tanık N., dosyada kendisine mahkemece gösterilen tutanağın altındaki imzanın kendisine ait olduğunu, tutanakta bahsi geçen A. Usta'nın huzurdaki sanık A. olduğunu, projektör montajı esnasında kendisinin de orada olduğunu hatta sanığın kendisinden merdiven dahi istediğini, ustayı şahsen tanımayıp ilk kez montaj sırasında gördüğünü. ancak cafe işletmecisi diğer tanık E.'nin işi Elektrik Ltd Şti'ne yaptıracağını söylediğini ve sanığın da bahsi geçen şirket adına geldiğini söylediğini ifade etmiştir.

Tanık M.'nin ifadesi mahkemece yeniden alınmış, tanık huzurda bulunan sanık A.'nin elektrik işi yaptığını, ancak bağımsız çalıştığını, kendisine bağlı çalışmadığını ifade

etmiştir. Kendisinin de zaman zaman şirketine iş geldiğinde, ona iş pasladığını ve işçilik bedelini sanığın aldığı malzeme bedelini ise kendisinin aldığını ifade ederek, kazanın elektrik direğinde topraklama yapılamamış olmasından kaynaklandığını belirtmiştir.

Tanık İ.'ye de dosyadaki, 09.01.2013 tarihli tutanak gösterildiğinde, altındaki imzanın kendisine ait olduğunu, tutanakta bahsi geçen ustanın huzurdaki sanık olduğunu, montaj sırasında olay yerinde olmadığını, sadece kendisinden ustanın çırağının merdiven istediğini, sanığın o gün elektrik işi için geldiğini bildiğini ancak sanığın birine bağlı çalışıp çalışmadığını bilmediğini beyan etmiştir.

Sanık K. müdafî müvekkilinin geçen celse sunduğu mesleki yeterlilik belgesi ile bilirkişi raporunda belirtilen mesleki yeterliliği olmamasından kaynaklı atfedilen kusurun ortadan kalktığını, sanık A.'nın söz konusu Elektrik Şirketi'nde çalıştığının gerek tutanakla gerekse tanık beyanları ile sabit olduğunu bu nedenle ek bilirkişi raporu alınarak esasa ilişkin beyanda bulunmak üzere süre talep ettiğini beyan etmiştir. Sanık K önceki beyanlarını tekrarla suçsuz olduğunu ve beraatini istediğini söylemiştir.

Sanık A. olayın sorumlusunun kendisi olmadığını, tanık E. olduğunu ayrıca olay yeri inceleme tutanağında da elektrik direğindeki kablo kapağının açık olduğunu ve kurcalandığının görüldüğünü, suçsuz olduğunu ve beraatini istediğini söylemiştir.

Katılanlar vekili, sanıkların cezalandırılmasını taleple, raporda sanıkların kusur tespiti yapıldığını, cezanın üst sınırdan tayini ve takdirinin gerektiğini ve ayrıca takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasını istediklerini belirtmiştir.

Mahkeme, sanık müdafîinin ek bilirkişi rapor talebini, esasa etkili olmayacağı gerekçesi ile reddetmiş ve sanıklara, müdafîine esas hakkındaki diyeceklerini sormuştur.

Sanık A. parça başı işler aldığını. bu işlerin kendisini idare ettiğini, bu elektrik işini kendisinin yapmadığını. bu sebeple suçsuz olduğundan beraatini talep etmiştir.

Sanık K., yurdunda kalan öğrencilerin de yararını düşünerek, bu projeye onay verdiğini, onayın teknik bir onay olmayıp, idari bir onay olduğunu ve talimatlara aykırı hiçbir şey yapmadığını beyan etmiştir.

Mahkeme, sanıkların her biri hakkında taksirle bir kişinin ölümüne sebebiyet verme suçunun sübutu ile TCK 85/1 Maddesi gereğince sanıkların taksire dayalı kusurunun ağırlığı dikkate alınarak takdiren ve teşdiden üç yıl altı ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, sanığın duruşmadaki davranışları lehine takdir nedeni kabulü ile TCK'nın 62/1 Maddesi gereğince 1/6 oranında indirimi sonucu iki yıl on bir ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, suçun işlenmesindeki özellikler, ceza süresi, sanıkların sosyoekonomik durumları nazara alınarak, günlüğü 20 TL üzerinden para cezasına çevrilerek 21.200 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Karar, tüm katılanlar ve sanıklar ile müdafî tarafından temyiz edilmiştir.

Değerlendirme

İncelenen dosya işitme engelli bir çocuğun yatılı okulda eğitim gördüğü sürede yaşamını kaybetmesine dairdir. İncelenen dosyada tanık çocukların beyanlarının okulda görevli öğretmenler tarafından tercüme edilmesi, gereken önlemlerin alınması ve sorumlu olanın tespitinde soruşturma izni verilmemesi, çocuğun ölümünün taksirle olduğunun değerlendirilmesi sebebiyle daha az ceza verilmesi, sanığın duruşmadaki davranışları sebebiyle indirim uygulanması ve suçun işlenmesindeki özellikler, ceza süresi, sanıkların sosyo ekonomik durumu nazara alınarak para cezasına çevrilmesi sebepleriyle cezasızlık söz konusu olmuştur.

Konu eğitim süreç ve ortamlarının fiziksel koşullarının çocuklara uygun olmaması, gerekli güvenlik tedbirlerinin alınmaması sebebiyle çocuklar hayatlarını kaybettiğinde, kimin sorumlu olacağı meselesidir. Çocuklar, eğitim süreç ve ortamlarında devlet sorumluluğundadır. Doğal olmayan bir ölüm, devletin ihmali sebebiyle de meydana gelebilir. Bir başka deyişle, devlet alması gereken önlemleri almadığı için ölümden sorumlu olacaktır. İncelenen dosyada, yatılı okul olarak eğitim veren eğitim biriminin bahçesinde açıkta duran elektrik kablolarının yarattığı akım sebebiyle çocuk hayatını kaybetmiştir. Yaşam hakkına ilişkin öldürmeme yükümlülüğünün yanı sıra devletin ikinci yükümlülüğü de yaşamı korumadır. Devletin bu yükümlülüğü, esasa dair pozitif bir yükümlülüktür. Devlet, çocukların yaşamını korumak için gerekli tedbirleri almak zorundadır. Devletin pozitif yükümlülüğü, gereken hukuki düzenlemeleri yapma şeklinde olabileceği gibi, gerektiğinde pratik tedbirler almayı da kapsamaktadır.

İncelenen dosyada, çocuk hakları alanında çalışan Derneğin katılma talebi kabul edilmiştir. Mahkeme mağduriyet kavramını geniş yorumlamıştır.

Bir soruşturmanın etkili ve yeterli olabilmesi için, ölümün neden ve nasıl meydana geldiğini aydınlayabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delillerin toplanması gerekir. Olayı gören işitme engelli çocukların beyanı savcılık aşamasında, aynı okulda öğretmenlik yapan öğretmenler tarafından işaret dilinden Türkçeye çevrilmiştir. Soruşturmayı yapan yapı, devlet görevlilerinin veya devlet organlarının yaşam hakkını ihlal etmesi olayını oluşturacağı için, herhangi bir ilişki içinde olmamalı, bağımsız olmalıdır. Bağımsızlığı AİHM, sadece hiyerarşik veya kurumsal bağlantının bulunmaması değil, aynı zamanda pratikte de bağımsız olunması olarak yorumlamıştır. Delillendirme süreçlerinde ayrıca tanıkların ifadelerinin alınmamış olmasını veya ifadelerinin yersiz ve kısa bir şekilde alınmış olmasını, soruşturmanın etkililiğini azaltan sebepler olarak değerlendirmiştir. Bu sebeple çocukların beyanı, soruşturma aşamasında yeni delillerin ortaya çıkmasını sağlayabilecek, suçun vasfının değişmesine neden olabilecek kilit öneme sahiptir. Tercümenin aynı zamanda sorumlu olan kusurlu öğretmenlerle aynı yerde görev yapan ve çocuklar üzerinde iktidar ilişkisi buluna öğretmenler tarafından yapılmış olması, tarafsızlık ilkesi ile bağdaşmamaktadır. AİHM, soruşturma sürecindeki eksiklikleri bütünüyle değerlendirerek, “soruşturmada ölüm sebebinin veya sorumlu kişi veya kişilerin ortaya çık-

rılma imkanını zayıflatan bir eksiklik, etkili soruşturma ilkesiyle çelişme riski taşır” tespitini yapmıştır.

Yargılama sürecinde gelen bilirkişi raporu ve müdahil tarafların talepleri üzerine mahkeme kusurlu olduğu tespit edilen nöbetçi öğretmenler hakkında suç duyurusunda bulunmaya karar vermiştir. Her ne kadar Başsavcılığa suç duyurusunda bulunmuş olsa da, Savcılığın soruşturma izin talebine kaymakamlık tarafından olumsuz yanıt verilmiştir. Müdahil taraflar bu kararlarla ilgili Bölge İdare Mahkemesine itiraz etmiştir ancak incelenen dosyada kusurlu olduğu tespit edilen nöbetçi öğretmenlerle ilgili başkaca bir adli veya idari işlem yapıp yapılmadığı tespit edilememiştir. Doğal olmayan ölümden sonra kusurlu olan nöbetçi öğretmenler bakımından etkili ve yeterli soruşturma yapılmamıştır. Ayrıca çocuğun okuduğu okulun müdürü ile ilgili suç duyurusunda dahi bulunulmamıştır.

Ceza alan sanıklar bakımından ise doğal olmayan ölüm neticesinde taksirle bir kişinin ölümüne sebebiyet verme suçundan yargılama yapılmıştır. Taksirle ölüme sebep olduğu değerlendirilmesi yapılmıştır. Aynı Maddeden farklı iki sanık için değerlendirme yapılmıştır. Ancak cezanın işlenen suçun sorumluluğu olarak değerlendirilmediği her iki sanık bakımından takdiri indirim nedeninin aynı olarak değerlendirilmesi ve hapis cezasının para cezasına çevrilmesine karar verilirken aynı gerekçenin yazılmasından anlaşılmaktadır. “Sanığın duruşmadaki davranışları lehine takdir nedeni” olarak yazılmıştır. Birbirinden tamamen farklı sorumlulukları ve sosyo ekonomik durumları olmasına rağmen “suçun işlenmesindeki özellikler, ceza süresi, sanıkların sosyoekonomik durumları nazara alınarak” para cezasına çevrilmiştir. Ceza tesis edilen sanıklar bakımından da bu sebeplerle cezasızlık söz konusu olmuştur. AİHM perspektifi ile bu aşamaya kadar etkili soruşturma yapılmadığını değerlendirmek mümkündür.

18

Dosya Adı:Ş.

Dosya Konusu: Yaşam Hakkı İhlali (Kolluk Güçleri)

Tarih: 2004 - 2009

Teknik Özet

Soruşturma aşaması :

Ş. 1992 doğumlu çocuktur, 21 Kasım 2004 tarihinde saat 17.00 sularında evlerinin yakınında isabet eden mermilerle hayatını kaybetmiştir. Soruşturma 22 Kasım 2004 tarihinde Savcılık tarafından resen başlatılmıştır.

İl Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğüne bağlı polislerce 21 Kasım 2004 tarihinde saat 14.00’te düzenlenen ve imzalanan tutanakta, 20 Kasım 2004

tarihinde saat 19.55'te bir şahsın emniyete telefon ettiği ve çok sayıda şüpheli ve silahlı kişinin belirli bir adrese gittiğini söylediği belirtilmiştir. Tutanakta ayrıca, ilçenin, teröristlerin özel hedeflerinden biri olduğu, verilen adresin PKK (Kürdistan İşçi Partisi) lehine yasadışı faaliyetler yürüttüğü yönünde hakkında şüphe duyulan A.'nın evi olduğunun tespit edildiği, durum değerlendirmesi yapmak amacıyla Emniyet Müdürlüğü'nde toplantı düzenlendiği, yapılan toplantı sonunda, Cumhuriyet savcısının talimatı üzerine, söz konusu adrese terör karşıtı bir operasyon düzenlenmesine karar verildiği yer almıştır.

A. ailesinin evi, 20-21 Kasım 2004 tarihlerinde, evde bulunan silahlı kişilerin ateş açabileceği gerekçesiyle gece ve gündüz gözetim altına alınmış, Cumhuriyet savcısı 21 Kasım 2004 tarihinde söz konusu ev ile ilgili olarak arama müzekkeresi düzenlemiştir.

21 Kasım 2004 tarihinde düzenlenen ve Emniyet Müdür Yardımcısı K tarafından imzalanan "Operasyon Planı" başlıklı belgede özetle, "PKK üyelerinin yakalanmasını amaçlayan bir operasyon planlandığı" yer almaktadır. Belgede, operasyonun hedefinde A. ailesinin evinin olduğu ve yakalama işleminin söz konusu eve yaklaşıldıktan sonra dışarıda gerçekleştirileceği belirtilmiştir.

Altı polis memuru, aynı gün, saat 17.15'te olay yerine giderek, fotoğraf çekimleri yapmış; delil unsurlarını araştırmış, müteveffaların ellerinden numuneler almış, olay yeri krokisi çizilmiştir. Polislerden üçünün düzenlediği tutanağa göre, Ş. ve baba B., evlerinin önünde, güvenlik güçleri ile aralarında çıkan silahlı çatışma sonrasında öldürülmüşlerdir. 21 Kasım 2004 tarihinde düzenlenen arama tutanağına göre, A. ailesinin evinde, PKK'nın faaliyetleriyle ilgili çok sayıda belge bulunmuştur.

Dosyada yer alan tutanaklara göre, polislerin sivil giyimli olduğu, üzerlerinde "Polis" yazılı yeleklerle yaya olarak olay yerine gittikleri; polislerin karşılaştıkları 2 kişiye "Dur! Polis!" diye bağıarak sözlü ihtarda buldukları ancak polislere doğru ateş edildiği ve polislerin de bu ateşe karşılık verdiği belirtilmiştir. 21 Kasım 2004 tarihinde belirtilmeyen bir saatte Savcı olay yerine gitmiştir. Cumhuriyet Savcısı, avukat, uzman tabip ve yardımcısı, fotoğrafçı ve zabıt kâtibi huzurunda 21 Kasım 2004 tarihinde ölü ön muayenesi yapılmıştır. Çocuğun bedeninde 13 mermi giriş ve çıkış deliği tespit edilmiştir.

Savcılığın talebi üzerine, Sulh Ceza Mahkemesi, soruşturma dosyasını Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 143. Maddesinin 2. fıkrası uyarınca "gizli" olarak sınıflandırmıştır.

Anne F.'nin, oğlunun kamyonun önünde diz çöktüğünü ve polislerin ona ateş ettiğini gördüğünü ifade ettiği belirtilen sivil toplum kuruluşu raporları bulunmaktadır.

B.'nin kardeşi E, 26 Kasım 2004 tarihinde, görevli polislerden yakınlarını kasten öldürdükleri için şikâyetçi olmuştur.

Emniyet Müdürlüğü Kriminal Polis Laboratuvarı 30 Kasım 2004 tarihinde bilirkişi raporu düzenlemiştir. Olay yerinde bulunan iki kalaşnikof tüfeğin balistik incelemesi neticesinde, bu tüfeklerin kullanıldığı tespit edildiği ancak bunlarla son atışın hangi tarihte yapıldığının tespit edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. Ayrıca Anne F.'nin katılımıyla refakatinde, 7 Aralık 2004 tarihinde, saat 14.10'da olay yeri incelemesi yapılmıştır. Bu inceleme, çocuk Ş.'ye bitişik atış mesafesinde atış yapıp yapılmadığının; bu durumda mermilerin toprağın içine girip girmediğinin tespit edilmesi amacı taşımış ancak herhangi bir mermi bulunamamıştır. Olay yerinde bulunan iki el bombasıyla ilgili olarak 7 Aralık 2004 tarihinde düzenlenen bilirkişi raporunda, el bombalarının PKK tarafından sıkça kullanılan Rus yapımı el bombaları olduğu ve üzerlerinde herhangi bir iz bulunmadığı belirtilmiştir. 9 Aralık 2004 tarihinde, müteveffaların kıyafetlerinde yapılan inceleme neticesinde, atış mesafelerinin kesin olarak belirlenemeyeceği sonucuna varılmıştır. 22 Aralık 2004 tarihinde düzenlenen diğer iki bilirkişi raporuna göre, hayatlarını kaybetmeden önce, olay sırasında sürekli hareket halinde olup olmadıklarının tespit edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğü tarafından 14 Nisan 2005 tarihinde, çatışma yerinde bulunan silahlar, kovanlar ve mermiler üzerinde balistik inceleme yapılmış, ilgili delil unsurlarının bir kroki üzerinde konumlarını gösteren bir rapor düzenlenmiştir. Dosya kapsamında ayrıca, Ağır Ceza Mahkemesi'nin talebi üzerine, 3 Ağustos 2005 tarihinde, Adli Tıp Kurumu yönetici makamları tarafından düzenlenen ve dokuz adli tabip tarafından imzalanan iki bilirkişi raporu bulunmaktadır. Raporlarda, vücuduna toplam altı kurşun isabet eden B.'nin, bu mermiler isabet ettikten sonra atış edebilecek durumda olamayacağı ve aldığı bu yaralar neticesinde hayatını kaybettiği; çocuk Ş.'nin sırt bölgesindeki dokuz merminin öldürücü nitelikle yaralara neden olduğu ve bu yaraları aldıktan sonra atışa devam edemeyeceği sonucuna varıldığı ifadesi yer almaktadır. Ayrıca, atış etmeye ilk olarak B. ve Ş.'nin başlayıp başlamadıklarının tespit edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir. Bu adli tıp raporları, 14 Nisan 2005 tarihli balistik inceleme sonuçlarını doğrulamıştır.

Dosya kapsamında tanık beyanları yer almaktadır. Dosya kapsamında mahalle sakinlerinin beyanları alınmış, çoğunluğunun görgüye dayalı bilgisinin olmadığı ifadesi yer alırken, 3 el ateş edildiğinin duyulduğu, iki kişinin öldürüldüğünün duyulduğu, polis telsizindeki konuşmalardan iki kişinin öldürüldüğü bilgisinin geçilmesi üzerine polis memurlarının birbirlerini tebrik ettiği ifadeleri yer almıştır. 21 Kasım 2004 tarihli operasyonu düzenleyen ve koordine eden Emniyet Müdür Yardımcısı K.'nin ifadesinde "Adamlarının dikkatini kendilerini tehdit eden yakın tehlikeye çektiğini; ancak herhangi bir öldürme emri vermediğini" söylemiştir. Emniyet Müdürlüğü Özel Harekât Şube Müdür Vekili R de Savcılık tarafından dinlenmiş, "polis memuru I tarafından yapılan uyarı atışını duyduğunu" belirtmiştir. Polis memurlarından M, "Kendimizi korumak için, atışlara karşılık vermeye başladıklarını, sabit hedef olmamak için hareket ettiklerini" belirtmiştir. Tüm bu araştırmalar neticesinde Cumhuriyet Savcısı 27 Aralık 2004 tarihinde Ağır Ceza Mahkemesinde meşru müdafaa sınırlarını aşan koşullarda ölümcül güç kullanma neticesinde adam öldürme nedeniyle bir iddianame sunmuştur.

Kovuşturma aşaması :

İddianame kabul edilip yargılama başlamış ancak Yargıtay 26 Nisan 2005 tarihinde davanın Ağır Ceza Mahkemesi'ne iletilmesi gerektiğine karar vermiştir. Dosyanın nakledilmesinden sonra 10 duruşma yapılmıştır. Ağır Ceza Mahkemesi, 18 Nisan 2007 tarihinde sanıklar hakkında beraat kararı vermiştir. Kararda özetle; somut olayda, yasaya aykırı olarak toplanan delil bulunmadığı; yargılama kurallarına aykırı olarak alınan ifadelerin nihai kararda göz önünde bulundurulmadığı; sanıklar ve savunma avukatlarının, çok sayıda ihtarda bulunmuş olmasına karşın Ş. ve B.'nin uzun namlulu silahlarıyla ateş açtıklarını ve bu atışların ardından çıkan silahlı çatışma sırasında öldürdüklerini ileri sürdükleri, müdahiller ve savunma avukatlarının, silahlı çatışma iddiasını kabul etmediği ve Ş. ve B.'nin kasten öldürdüğünü ve sonrasında delillerin karartıldığını ileri sürdükleri; soruşturma ve yargılama boyunca düzenlenen bilirkişi raporlarının, olay yeri inceleme tutanaklarının konuyla ilgili kurallara uygun olarak düzenlendiğini; olaylara dair müdahillerce ileri sürülen diğer ifadelerin güvenilir olmadığı, müteveffeların bu silahları kullandığı; maddi deliller göz önüne alındığında, atış kalıntılarının olay sonrasında gerçekleştirilen atış simülasyonları neticesinde meydana gelmiş olduğu ve bu silahların olay yerine, olaydan sonra konulduğu yönündeki iddiaların, dayanaktan yoksun bir hipotez olduğu ve herhangi bir somut delile dayanmadığı; müdahil tarafın, yaraların yerleri ve sayısı ile kurşun giriş ve çıkış delikleri göz önüne alındığında, silahlı çatışma yaşanmamış olduğuna dair iddialarının, çatışmanın apansızlığı, süresi ve seyri ile iki grubun hareket halinde olması ve vücuda isabet eden mermilerin daima doğrusal bir yörünge izlemediği dikkate alındığında inandırıcı olmadığı; yargısız infaz iddiasının da, Adli Tıp Kurumu raporuna göre, mermilerin yakın ve bitişik mesafeden yapılmadığına ve 7 Aralık 2004 tarihinde olay yeri incelemelerinin metal dedektör yardımıyla ve yeri kazarak/eşeleyerek yapılması ve video kayıtlarının bu iddiayı doğrulamaması nedeniyle inandırıcı olmadığı; öldürülen şahısların yasadışı örgüt PKK KONGRA-GEL üyesi olmadıkları ya da bu örgütle bağlantıları olmadığı yönündeki iddiaların, B. tarafından kullanılan silahın daha önce bir terör saldırısı sırasında kullanılması ve yapılan aramalar neticesinde çok sayıda belge bulunması nedeniyle inandırıcı olmadığı, silahlı çatışma olmadığı iddialarının inandırıcı olmadığı; bu nedenlerle olayın, silahlı çatışma neticesinde meydana geldiği konuyla ilgili mevzuat ve olay yerinde bulunan silahların nitelikleri göz önüne alındığında, sanıkların silahlarını, orantılılık ilkesine riayet ederek ve kanunlar çerçevesinde kullandıkları ve olayın apansızlığı ve Devlet tarafından başka herhangi bir güvenlik tedbiri alınamayacağı göz önüne alındığında, meşru müdaafa sınırları aşmayan meşru güç kullanıldığı sonucuna varıldığı; dosyayı aydınlatmaya elverişli olmayan ve yargılamanın uzaması riski taşıyan talepler reddedildiği yer almıştır.

Ağır Ceza Mahkemesi 20.07.2005 ile 18.04.2007 tarihleri arasında çok sayıda duruşma düzenlemiştir. Ağır Ceza Mahkemesi, 20 Temmuz 2005 tarihli duruşmalar sırasında, sanıklar M.K., Y.A., S.A.T ve S.A.'yı ile R.K.ve M.K'yi dinlemiştir. Sanıklar, soruşturma aşamasında verdikleri ifadelerini tekrarlamışlardır. Sanık S.A. da, yalnızca

havaya ateş ettiği yönündeki ifadesini tekrar etmiş ve A.K.'nin bacağından çıkarılan merminin kendi silahına ait olduğunu gösteren balistik raporu sonuçlarına itiraz etmiştir. Ayrıca, aynı duruşma sırasında, Ağır Ceza Mahkemesi 21 Şubat 2005 tarihli karardan vazgeçmiş ve R.K ve M.K. tarafından sunulan müdahil taraf olma talebini kabul etmiştir. Müdahil tarafın avukatları, olay yerinde olayın yeniden kurgulanmasını talep etmişlerdir. Ayrıca, delillerin karartılma riski bulunmasını göz önünde bulundurarak, sanıkların tutuklanmasını ve/veya bir süreliğine görevden alınmalarını talep etmişlerdir. Müdahil tarafın avukatları, bu bağlamda, dosyanın “gizli” olarak sınıflandırılmasına da itiraz etmişlerdir.

24 Ekim 2005 tarihli duruşmada, davanın Ağır Ceza Mahkemesi tarafından incelenmesinin, müştekilerin yargılamaya aktif olarak katılma haklarını ihlal ettiği sebebiyle karşı çıkmıştır. Ayrıca, avukatlardan bazılarının bulunduğu bir grubun aracının şehrin girişinde durdurulduğu ve söz konusu avukatların duruşmaya katılmadıkları ileri sürülmüştür.

19 Aralık 2005 tarihli duruşmada, bir kez daha, olay yerinde olayın yeniden kurgulanması talebinde bulunulmuştur. Aynı zamanda, olay yerinde bulunan kovanların kaynağının da tespit edilmesi talep edilmiş ise de bu talepler, Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

M.K. 22 Şubat 2006 tarihli duruşmada müşteki erkek kardeşinin cesedinin yanında bulunan kalaşnikofun, polis karakoluna yapılan silahlı saldırıda kullanıldığı sırada erkek kardeşinin Irak'ta olduğunu ifade etmiştir. Öte yandan, reşit olmayan yeğeni U.K. için “ terörist” ifadesi kullanılmasına karşı çıkmıştır. Ayrıca, olayın yeniden kurgulanmasını bir kez daha talep etmiştir.

10 Mayıs 2006 tarihli duruşma sırasında, olayın yeniden kurgulanması talepleri yinelenmiş ayrıca, olay yeriyle ilgili olan ve dava dosyasına da konulan video kayıtlarının duruşma sırasında seyredilmesi talep edilmiştir. Ağır Ceza Mahkemesi, bu kayıtların izlenmesine ve olay yerinde bulunan kovanların kaynağının tespit edilmesi amacıyla bilirkişi tarafından incelenmesine karar vermiştir.

19 Temmuz 2006 tarihli duruşmada, bir kez daha, olayların yeniden kurgulanması talebinde bulunulmuştur. Ailenin evinin gözetim altına alınmasıyla ilgili video kayıtlarından, eve yapılan giriş ve çıkışların görülebilmesinin mümkün olacağı ifade edilmiştir. Ayrıca, beyanlarına göre, olayın saat 16.30'da meydana gelmesine rağmen, video kayıtlarının saat 18.33'te başladığı da eklenmiştir.

Ağır Ceza Mahkemesi 27 Eylül ve 29 Kasım 2006 ile 7 Şubat 2007 tarihlerinde duruşma düzenlemiştir.

14 Mart 2007 tarihli duruşmada, 29 Ağustos 2006 tarihli bilirkişi raporunun dosyaya konulduğu tespit edilmiştir. Ayrıca kovanların yerlerinin, silahlı çatışma iddiasıyla uyumadığı ifade edilmiştir.

18 Nisan 2007 tarihinde son bir duruşma gerçekleştirilmiştir. Katılanların avukatları, yürütülen soruşturmanın ve yargılamanın şekliinden şikâyet etmişlerdir. A. ve U. K'nin silahlı çatışma sonucunda öldürüldükleri yönündeki iddianın herhangi bir delile dayanmadığını ifade etmişlerdir. Katılan avukatları, olaydan önce, baba ve oğulun ayaklarında terlik olduğunu ve akşam yemeğine hazırlandıklarını, ayrıca, cesetlerinin yakınında, tankerin üzerinde ya da binanın duvarlarında herhangi bir kurşun izi bulunmadığını eklemiştir. Katılan avukatları, olayın yargısız infaz olduğu kanattına varmışlardır.

Ağır Ceza Mahkemesi, 18.04.2007 tarihli bir kararla, söz konusu polislerin, TCK'nın 49. maddesinin 1. fıkrası uyarınca beraatlerine karar vermiştir. Bu kararın, somut olayla ilgili bölümleri şu şekildedir:

Mahkeme beraat gerekçesinde "Oradan ayrılacak olan silahlı şahısları yakalamak için söz konusu evin kuşatılmasına karar verildiğinde, birdenbire silahlı çatışma meydana gelmiştir. Konuyla ilgili mevzuat ve olay yerinde bulunan silahların nitelikleri göz önüne alındığında, sanıkların silahlarını, orantılılık ilkesine riayet ederek ve kanunlar çerçevesinde kullandıkları ve olayın apansızlığı ve Devlet tarafından başka herhangi bir güvenlik tedbiri alınamayacağı (...) göz önüne alındığında, meşru müdaafa sınırlarını aşmayan meşru güç kullanıldığı sonucuna varılmaktadır. (...)" ifadelerine yer vermiştir.

16 Mayıs 2007 tarihinde temyiz başvurusunda bulunulmuş, özetle, yargısız infaz yapıldığını, ölümlerin silahlı çatışma neticesinde meydana geldiği yönündeki iddianın dayanaktan yoksun olduğunu, olayın bir tankerin yanında 6 m2'lik bir alanda meydana geldiğini ancak tankerde ve olay yerinin yakınında bulunan konutların duvarlarında herhangi bir kurşun izine rastlanmadığını, Ş.'nin işiyle ilgili eşyalarını aracına koymak için evinden çıktığını, sivil olduğunu, aracın kapısının açıkken öldürüldüğünü, sanıkların ifadelerinin zaman içerisinde değiştiğini, yürütülen soruşturmanın, dava olaylarının aydınlatılmasına imkân vermediğini, savcı olay yerine gitmeden önce, sanıkların delilleri kararttığını, sanıkların silahlarına el konulmadığı, ellerinden numune alınmadığı, soruşturma dosyasının gizli olduğunu, delillerin usulüne uygun toplanmadığını ileri sürmüşlerdir.

Yargıtay, 11 Haziran 2009 tarihli kararla yerel mahkemenin kararını onamıştır.

Değerlendirme

İncelenen dosya 13 yaşında bir çocuğun polis tarafından düzenlenen operasyon neticesinde yaşamını kaybetmesine dairdir. Cezasızlık, soruşturma sürecindeki eksikliklerden kaynaklanmıştır. Soruşturma sürecinin başlangıcında operasyonu düzenleyen ve evi gözetlemekle yükümlü olan görevli memurların ifadelerinin geç alınması, birbiriyle veya delillerle çelişen ifadelerin ayrıntılı değerlendirilmemesi, olayın yeniden kurgulanmaması gibi ek araştırmaların yapılmaması, cesetlerin yanında bulunan silahlar ile ilgili bir inceleme yapılmaması gibi delillere dair süreçler de gerçekleşen

eksiklikler sebebiyle cezasızlık söz konusu olmuştur. Dosya AİHM tarafından değerlendirildiği için bu değerlendirme bölümünde AİHM'in yaptığı yorumlardan, cezasızlık ile ilgili olanlara değinilmiştir.

AİHM, doğal olmayan bir ölüm olayının soruşturulmasının re'sen başlaması, soruşturmanın tarafsız makamlarla yapılması, soruşturmanın ivedilikle ve makul özenin gösterilerek yapılması gibi temel gereklilikleri içermesi gerektiği konusunda yerleşik görüşe sahiptir. Doğal olmayan ölüm olayının polis operasyonları gibi doğrudan devlet görevlileri tarafından neden olunması halinde incelemenin ulusal mahkemelerde daha dikkatli yapılması gerekmektedir. AİHM, incelemenin sadece güç kullanmış olan Devlet görevlilerinin eylemleri ile sınırlı kalmaması gerektiğini, olaya ilişkin koşulların tamamının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca, soruşturmayı yapanların özellikle söz konusu eylemlerin hazırlanışını ve kontrolünü de değerlendirmesi gerektiğini belirtmektedir.

Kolluk görevlilerinin güç kullandığı ve güç kullanımı sebebiyle ölümün gerçekleştiği açıktır. İncelenen dosyada sesle uyarı yapıldığı kolluk görevlilerinin ifadelerinde geçmektedir. AİHM özellikle, silahla ateş açılırken, mümkünse başlangıcın uyarı ateşleriyle yapılması gerektiği kanaatindedir. Ancak çocuğun vücudunda 11 mermi, 14 delik bulunmaktadır. Bu kadar merminin bulunması, uyarı atışı yapıp yapılmadığının mahkemece değerlendirmesi mümkün olmamıştır. Dosya kapsamında uyarı atışı tartışma konusu yapılmış olsa dahi kanıtlanamamıştır.

Ölümcül güç kullanıldığı vakada, kullanılan gücün aşırı ve haksız olmadığını ve mutlak zorunlu olduğunun devlet tarafından ispatlanması gerekmektedir. AİHM, somut olayda, başvuruların yakınlarına karşı ölümcül güce başvurmanın yalnızca meşru olup olmadığını değil, fakat aynı zamanda operasyonun ölümcül güce başvurmayı olabildiğince en aza indirecek şekilde düzenlenip düzenlenmediğini ve organize edilip edilmediğini araştırmalıdır demiş ve ayrıca yetkililerin alınacak tedbirlerin seçiminde ihmalkâr davranıp davranmadıklarını da incelemesi gerektiğini vurgulamıştır. Gereken tedbirlerin tam alınıp alınmadığının değerlendirilebilmesi için öncelikle operasyonu düzenleyen, operasyon kararı alan birimlerin kapsamlı bilgi sahibi olması gereklidir. Bu bilgileri, yakalanması gereken kişinin arz ettiği tehlike dâhil olmak üzere olaylara ilişkin koşullar hakkında da mevcut bilgilerin tamamının incelenmesi olarak değerlendirmektedir AİHM. Yakalanması gereken kişinin işlediği suçun niteliği, değerlendirme kapsamında en az dikkat edilmesi gereken unsur olarak değerlendirilmektedir. Ancak işlenen suçun niteliği de bu değerlendirmeye dahildir. Tüm bilgilere sahip olunmasıyla ateşli silah kullanılıp kullanılmayacağı, hangi durumda kullanılacağı, yakalanması planlanan kaçma teşebbüsünde bulunması halinde yasal sınırlılıklara dayanmalıdır şeklinde yorumlayarak operasyonun iyi yürütülüp yürütülmediğini incelenmelidir demiştir. İncelenen dosyada isimsiz bir ihbar bulunmaktadır. İhbarın içeriği ise A ailesinin evinde teröristlerin saklandığı şeklinde olsa da başkaca bir delil bulunmamıştır. Evi sürekli gözlemekle yükümlü olan polis memurlarının raporlarında da herhangi bir bilgi bulunmamaktadır. AİHM, dosyada

hiçbir somut unsurla teröristlerin A ailesinin evinde saklandıkları sonucuna varılamayacağını ve hiçbir ipucunun terör saldırısı planlandığını göstermediğini söylemiştir. Dolayısıyla kolluk mensupları ölümcül güç kullanmışlardır. Bu güç kullanımı mutlak zorunlunun ötesine geçmiştir. Meşru olmayan güç kullanımı mevcuttur. Ayrıca orantılı değildir.

Re'sen soruşturma başlamıştır. Gerek savcılık gerek mahkeme aşamasında olayın oluşu sadece kolluk mensuplarının ifadelerine dayandırılmıştır. Olayın oluşunun dayandırıldığı bu ifadeler ivedilikle alınmamıştır. 10 gün gibi bir zaman sonrasında kolluk görevlileri savcının karşısına çıkmışlardır. Gereken özen gösterilmemiştir. AİHM, , ilgili güvenlik güçleri uygun zamanda sorguya çekilmediğinde ve bu zaman zarfında görevlerinde çalışmaya devam ettiklerinde, aralarında gizli anlaşma riski yaratıldığıının reddedilemeyeceğini belirtmektedir.

Alınan ifadelerde olayın oluşuna dair birbiriyle çelişen ifadeler bulunmaktadır. Ancak mahkeme aşamasında bu ifadeler arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi, olay yeri incelemeleri veya yeniden kurgulanma gibi delillendirme yöntemleri ile maddi gerçeğin açığa çıkarılması için yeterince özen gösterilmemiştir. Ayrıca cesetlerin yanında bulunan silahlar ile ilgili herhangi bir inceleme yapılmamıştır. Tüm bu sebepler, yetkililerin kendi kusurlarından kar sağlayabileceklerini kabul etmeye ve potansiyel olarak ölümcül fiillerin faillerine sorumluluklarından kaçma imkanı vermeye mal olacağı şeklinde değerlendirmek mümkündür.

III. BÖLÜM

Sonuç Yerine

İncelenen dosyalarda cezasızlığa neden olan bir çok farklı durumla karşılaşmıştır. Cezasızlık, normun düzenlenişi, bir başka deyişle iç hukuktaki pozitif düzenlemelerin uluslararası perspektif ile uyumlu olmaması; normu uygulayanların AİHS maddelerini ve AİHM içtihatlarını uygulamada kullanmaması; çocuk haklarına dair uluslararası ilke ve standartların yargılama süreç ve ortamlarında gözetilmemesi gibi sisteme dair nedenlerden kaynaklanabilmektedir. Mevzuattaki hükümler uyumlu olmadığı gibi, mevzuatta yer alan boşlukların veya emredici olmayan hükümlerin çocuk lehine değil fail lehine işletildiği kanaati edinilmiştir. Hukuk uygulayıcılarının tutumlarını analiz etme, dosya üzerinden yapılan bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Ancak belirtilmesi gerekir ki, incelenen dosyalarda yargı, çocukların yanında değildir.

İncelenen dosyalar bakımından cezasızlığa sebep olan birincil faktör, delillendirme-dir. Somut delillerin toplanmadığı, eksik toplandığı veya usule uygun toplanmadığı; beyan ve ifadelerin eksik alındığı soruşturma evreleri, cezasızlığa neden olmaktadır. Somut durumdaki maddi gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet etmeyen sınırlı soruşturma süreçleri, kovuşturulmaya yer olmadığına dair kararlarla sonuçlanmaktadır. Kimi dosyalar bakımından soruşturma, sürüncemede kalmıştır. Sınırlı delillerle davanın açıldığı durumlarda da asgari hadden, indirim uygulanarak ceza tesis edilmektedir. Soruşturmanın yeterli, baştanbaşa, tarafsız, süratli olmaması ve kamu gözetimine açık olmaması gibi yerleşik sorunlar, çocukların mağdur olduğu incelenen dosyalar bakımından da geçerlidir. Ancak **incelenen dosyalar bakımından, çocuğa özgü olduğu durumlar ise şu şekilde sıralanabilir;**

- Anne veya babaların katılım süreci bakımından;
 - Şikayetten vazgeçmesi yargılama sürecinde suçtan zarar gören oldukları için mahkemede sanık lehine kanaat oluşturmaktadır,
 - Ebeveynlerce çocukların beden muayenesine izin verilmediği takdirde, beden muayenesi yapılmamış, özellikle cinsel istismar dosyaları bakımında, n cezasızlığı ortadan kaldırmaya hizmet edecek delilden yoksun kalınmış olmaktadır.
 - Ebeveynlerin karşı taraf ile anlaşması durumunda, mahkemede kanaat oluşmakta, ceza alt sınırdan kurulmaktadır.

- Sorumlu olan kişiler bakımından

Çocuklar, içinde buldukları döneme özgü olarak, yetişkinlerden farklı kurumlarda bulunmaktadır. Okulda bulunan çocuğun yaşam hakkının ihlal edilmesi vakasında durum böyledir. Kurumun bakımında veya kurumun sorumluluğunda olan çocuklar ile ilgili cezasızlık, doğrudan çocuklarla temas eden kişiler bakımından görünürdür.

Gerek kurum bakımında gerekse polis şiddeti sebebiyle yaşam hakkı ihlal edilen, işkence vekötü muameleye uğrayan çocuklara ilişkin olarak, talimatı verenler bakımından cezalandırma hiç sözkonusu olmamıştır.

Çocukların katılım hakları, yaşları ve gelişim durumları dikkate alınarak güvence altına alınmamaktadır. Çocuklara hakları, anlayabilecekleri şekilde açıklanmamaktadır. İç hukuk bakımından, mağdurun soruşturma aşamasındaki hakları konusunda bilgilendirilme hakkı, delillerin toplanmasını isteme hakkı, dosyayı inceleme hakkı, avukat yardımından yararlanma hakkı ve itiraz hakkı sadece emredici hükümleri yerine getirmek için uygulanmıştır. Etkili adli yardım ve nitelikli psikolog desteği verilmemiştir.

Çocuğun beyanına itibar edilmemektedir. Çocuğun beyanında geçen iddialar soruşturulmamaktadır.

Çocuğa yönelik şiddetin diğer suç isnatlarıyla beraber olduğu durumlarda, yargı çocuğa yönelik şiddeti görmezden gelmiştir.

Koruyucu-destekleyici tedbirler, nitelikli psikolog desteği, gerektiği ölçüde çocuğa nezaret edilmesi ,yargı tarafından, sosyal inceleme raporlarında yer alsa dahi uygulanmamıştır.Sanıkların beyanlarında çocuğu koruma saiki taşımayan gerekçelerle ifade ettikleri, dava konusu dışında kalan, çocuğa yönelik diğer kötü muamele iddiaları, yargı tarafından yok sayılarak hiçbir işlem yapılmamıştır.

Yasalarda çocuğa özgü olarak, çocuk pornografisi, çocuk fuhuşu gibi suçların tanımlanmamış olması veya daha az cezayı gerektirir şekilde uluslararası standartlarla uyumsuz olması, cezasızlığa yol açmaktadır.

Rıza tartışması, yargı tarafından hala geçerli olan bir tartışmadır. Yapılan rıza tartışması neticesinde suçun niteliği değişmekte, daha az cezayı gerektirir halde hüküm kurulmaktadır.

Çocukların yerel prosedürlere uygun olmayan şekilde ifadelerinin alınması, aynı olayı defalarca anlatması sonucunu doğurmakta, çocuk şikayetinden dahi vazgeçebilmektedir.

Sanıkların, sadece duruşmaya gelmiş olması takdiri indirim nedeni olmaktadır.

Gündem Çocuk Derneği

Gündem Çocuk Derneği Çocuk Hakları Merkezi
Büklüm Sok. 44/4 Kavaklıdere/Ankara

www.gundemcocuk.org