

Oniki – Onbeş Yaş Arasındaki Çocukların İsnat Yeteneğinin Değerlendirilmesine Dair ATK ve Mahkeme Uygulamasına Eleştiri

Coşkun ÖZBUDAK*

* Avukat, Aydın Barosu. coskunozbudak@gmail.com

GİRİŞ

Bilindiği üzere, bir kişinin işlediği bir suçtan dolayı sorumlu olabilmesi için gereken koşullardan birisi de isnat (kusur) yeteneğidir.

Kısaca “anlama ve isteme” yeteneği^[1] olarak tanımlanabilecek olan isnat yeteneğinin yokluğu, TCK’nın 31, 32 ve 34. maddelerinde ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler arasında sayılmıştır.

Bu çalışmada, TCK’nın 31/2. fıkrası kapsamında, *fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş fakat onbeş yaşını doldurmamış olan çocukların, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olup olmadığı* hakkında kanaat bildiren ATK raporlarının ve bu raporlara dayalı olarak kurulan hükümlerin, (somut bir olay bağlamında) değerlendirmesi ve eleştirisi yapılacaktır.

I. YASAL VE TEORİK ÇERÇEVE

A) ONİKİ – ONBEŞ YAŞ ARASINDAKİ ÇOCUKLARIN İSNAT YETENEĞİNİN KAYNAĞI KAPSAMI VE TESPİTİ

1- 5237 Sayılı TCK’nın 31/2. Fıkrasının İlgili Kısmı

Anılan fıkrada, “*Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. ... İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, ... hapis cezasına hükmolunur.*” denilmektedir.

Buna göre, anılan yaş grubundaki çocukların eylemlerinden sorumlu tutulabilmeleri için “*işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı*”nın tespiti zorunludur. Bir başka ifadeyle, bu çocukların ceza sorumluluğunun doğabilmesi için (*işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama*) anlama ve (*bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme*) isteme yeteneklerinin

[1] Yasin Kocar, “İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Kaldıran veya Azaltan Nedenler,” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2007), 9.

birlikte bulunması gerekir. Bunlardan birinin eksik olması halinde isnat yeteneğinin varlığından söz edilemez.

Dolayısıyla bu dönemdeki çocukların ceza sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, anlama yeteneği bağlamında; *işledikleri fiilin suç olduğunu bilmelerinin yanı sıra, bu fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını, yani yaptıklarının haksızlık olduğunu ve hukuk düzeni tarafından bu fiile bazı sonuçlar bağlandığını algılayabilme, bunun ayırdına varabilme olgunluğuna sahip bulduklarının da tespiti* gerekir.

Buna ilave olarak, isteme yeteneği bağlamında da *davranışlarını bilinçli bir şekilde yönlendirebilme, gerektiğinde yanlış yönde olduğunu fark ettiğinde bundan geri dönebilme yeteneğine sahip olunduğunun anlaşılması* da zorunludur.

2- Isnat Yeteneğinin Kapsamı

Çocuğun isnat yeteneğinin bulunup bulunmadığının genel olarak mı, yoksa işlenen somut fiil için mi tespit edileceği öğretide tartışmalı ise de Yargıtay *çocuğa hangi suç isnat edilmiş ise o suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yönünden* bedeni, akli ve ruhi durumunun uzman kimselere tespit ettirilmesi gerektiğini kabul etmektedir.^[2]

Eminağaoğlu'na göre de: Verilen raporda failin açıkça hangi suçun farik ve mümeyyizi olduğu belirtilmelidir, sadece işlediği suçun farik ve mümeyyizidir demek yeterli değildir. Failin uzman kişi veya kişilere farik ve mümeyyizliği sorulurken, işlediği suç açıkça belirtilerek, bu suçun farik ve mümeyyizi olup olmadığı sorulmalıdır, keza uzman bilirkişi de verdiği raporda kişinin hangi suçun farik ve mümeyyizi olup olmadığını açıkça belirtmelidir.^[3]

Kişinin, fiziksel gelişimine paralel olarak, toplumun değer yargılarını, bunların anlam ve içeriğini algılama yeteneği ve toplumdaki ölçü davranış kurallarının gerekleri doğrultusunda hareketlerini yönlendirebilme (irade) yeteneği de gelişmektedir.

[2] Kocar, "Isnât Yeteneği," 89.

[3] Ömer Faruk Eminağaoğlu, "Ceza Hukukunda Isnât Yeteneği ve Yaş Küçüklüğü," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 3, no. 2, (Nisan 1991): 238- 39.

Oniki – Onbeş Yaş Arasındaki Çocukların İsnat Yeteneğinin
Değerlendirilmesine Dair ATK ve Mahkeme Uygulamasına Eleştiri

Bu kapsamda, çocukluktan gençliğe geçiş sürecinde bulunan oniki yaşını doldurmuş ve fakat onbeş yaşını tamamlamamış kişiler, genellikle işlediği fiilin bir haksızlık oluşturduğunun bilincinde olmakla beraber, bazı durumlarda fiili işlemekten kendini alıkoyamamakta ve bazı davranışlar açısından iradesine yeterince hâkim olamamaktadır. Bu nedenle, suç oluşturan bir fiili işlediği sırada bu yaş grubunda olan çocukların, işlediği suç açısından davranışlarını yönlendirebilme yeteneğine sahip olduğunun belirlenmesi bunların ceza sorumluluğunun ön koşuludur.^[4]

Erdener'in ifadesiyle; ülkemizde, *çocukların ceza sorumluluğu değerlendirilirken, sadece akıl hastalığının ya da akıl zayıflığının olup olmadığı araştırılmakta, bu iki durumun yokluğu halinde ceza sorumluluğu "tam" kabul edilmektedir.* Uygulamada, çocukların % 90'ına "ceza sorumluluğu vardır" raporu verilmesi, kimi zaman bu oranın % 100'e yaklaşması bu değerlendirmelerin yeterliliği hakkında şüphe uyandırmaktadır. *Oysa suçun hukuki değerini anlama ve davranışlarını buna göre yönlendirme, sadece tıbbi muayene ile ortaya çıkabilecek olandan fazlası olup, o fiilin suç olduğunu bilmek ve suçun sosyal değerini idrak etmek, dolayısıyla kanunu bilmek anlamına gelmektedir.* TCK'nın 31. maddesinin gerekçesinde, 13-14 yaş grubu çocuklar için ceza sorumluluğunun olup olmadığının çocuk hâkimi tarafından tespit edilmesinden önce, çocuğun içinde bulunduğu aile koşulları, sosyo-ekonomik şartları ile eğitimsel ve psikolojik durumu hakkında uzman kişilerce rapor hazırlanması, çocuk hâkiminin de, bu raporları ceza sorumluluğunun belirlenmesiyle ilgili yapacağı değerlendirmelerde dikkate alması gerektiği belirtilir. Çocuk hâkimi de hazırlanan bu raporları ceza sorumluluğunun belirlenmesiyle ilgili yapacağı değerlendirmelerde dikkate almalıdır. Buna karşın, değerlendirmelerde *çocuğun hukuki muhakeme düzeyinin dikkate alınmadığı, kanunun öngördüğü ile uygulamada yapılanın paralellik göstermediği, çocuklara bu denli fazla sayıda %100'e yakın "ceza sorumluluğu tamdır" raporu verilmesinden anlaşılmaktadır.*^[5]

[4] Selami Turabi, "Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 25, no. 101, (Temmuz-Ağustos 2012): 279.

[5] Eda Erdener, "Çocuklarda 'Suçun Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılayabilme' İle Algılamalarına Etki Eden Sosyalkültürel Faktörlerin Ceza Sorumluluğu Bakımından İncelenmesi," (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2011), 16-17.

Öte yandan, “Çocuklarda Ceza Sorumluluğunun Değerlendirilmesi” başlıklı bir araştırmanın sonuç kısmında, oniki–onbeş yaş grubundaki çocukların isnat yeteneğinin değerlendirilmesi bağlamında ülkemizdeki güncel yargı (ve Adli Tıp Kurumu) uygulamasına yönelik (Erdener’in tezlerini de destekleyen) önemli tespitler ve öneriler yapılmıştır. Bahse konu tespitleri şöyle sıralamak mümkündür:^[6]

- *Suçta sürüklenen çocuk bireysel olarak değil toplumsal ve çevresel etmenlerle beraber değerlendirilmelidir. Çünkü özellikle toplumsallaşması yeni olan çocuklarda sıklıkla dahil olduğu ya da olmak istediği gruba uyum göstermek adına belli fiilleri işlediktedir. Bu nedenle (çocuğun) sosyal çevresini de dikkate alarak yapılacak değerlendirme oldukça önemlidir.*
- *Küçük hırsızlık suçlarında ve mağduru ve faili aynı yaş grubunda erkekler olan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, çocukların genellikle basit bir iç güdü ile uyma davranışı gösterdikleri fakat işlediği fiilin sonuçlarını kavrayamadıkları gözlenmiştir.*
- *Bu nedenle çocuk suçluluğuna salt çocuk temelli yaklaşmak ve çözüm bulmak imkansızdır. Çocuğu merkeze koyan ama sosyal çevresi, ekonomik durumu gibi tüm etmenleri içine alan programlar geliştirilmelidir. Çocuk merkezli suç önleme çalışmaları için kamu desteği sağlanmalı ve sivil toplum örgütleri ile ortak projeler yürütülmelidir. Kitle iletişim araçlarında şiddeti özendirici içerikler önlenmelidir.*
- *Ayrıca birçok çalışmada çocuk suçluluğu ile göçün yakından ilgili olduğu gösterilmiştir. Bu nedenle iç ve dış göçe neden olan sebepler üzerine politikalar üretilmeli, mümkün olduğunca göçe sebep olan etmenler ortadan kaldırılmalı aile ve çocuk göç etmek zorunda kalıyorsa destek programları ile takip edilmelidir.*
- *Suçta sürüklenen çocuklarla ilgili rapor istemlerinde ve rapor düzenlenmesinde adli, idari ya da hekim kaynaklı birçok sorunlarla karşılaşmaktadır. Gereksiz kanaat belirtilmesi, yetersiz belge ile gerekli zaman ayırmadan rapor düzenlenmesi hekim kaynaklı sorunlardır.*

[6] Halil İlhan Aydoğdu vd, “Çocuklarda Ceza Sorumluluğunun Değerlendirilmesi,” *Klinik Tıp Aile Hekimliği Dergisi* 9, no. 4, (Temmuz–Ağustos 2017): 18.

Oniki – Onbeş Yaş Arasındaki Çocukların İsnat Yeteneğinin Değerlendirilmesine Dair ATK ve Mahkeme Uygulamasına Eleştiri

- *Çocuğun adli dosyasında eksikliklerin olması, yaş doğrulamasının yapılmamış olması ya da çocuğun olaydan çok uzun süre sonra muayene gönderilmesi de adli veya idari kaynaklı sorunlardır.*
- *Bu sorunların yaşanmaması için hukuki sürecin başladığı andan itibaren; çocuğun yaşının doğrulanmış olması (doğrulanamıyorsa yaş tayini yapılması), çocuğun ifadesinin tam ve eksiksiz alınmış olması, olayın oluş şeklini daha doğru irdelemek için varsa diğer ifadelerin eksiksiz olarak dosyaya konulmuş olması, sosyal inceleme raporunun ve adli sabıka kaydı ile ilgili evrakların tamamlanmış ve dosya içerisine konulmuş olması, işlendiği iddia edilen suçun türü, zamanı, niteliğinin açık bir dille dosyada yer alması, çocuğu muayene eden hekimin rapor düzenlemeden önce muhakkak bu hususları kontrol etmesi eksiklik varsa tamamlanmasını istemesi uygun işleyiş şeklidir.*
- *Hekimler de; muayene esnasında çocuğun ruhsal durumunu ayrıntılı olarak not etmeli, gerekli gördüğü vakalarda zeka testi istemeli, çocuğun okul yaşantısı ile ilgili detaylı bilgi edinmek için öğretmen bilgi formu talep etmeli, birinci derece yakınları ile görüşmeler yapmalı, raporlandırma aşamasında elde edilen tüm bilgi ve bulguların yanında olayın oluş şekli ve çocuğun gelişim dönemi de göz önünde bulundurulmalıdır.*

3- İsnat Yeteneğinin Tespiti

Madde gerekçesine göre: “*Bu grup yaş küçüklerinin ceza sorumluluğunun olup olmadığı, çocuk hâkimi tarafından tespit edilir. Ancak, bu belirlemeden önce, yaş küçüğünün içinde bulunduğu aile koşulları, sosyal ve ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumu hakkında uzman kişilerce rapor hazırlanması istenir. Çocuk hâkimi, hazırlanan bu raporları, ceza sorumluluğunun belirlenmesiyle ilgili olarak yapacağı değerlendirmede dikkate alır.*”

Kanunda “*uzman kişiler*”in kim olduğu, sayısı ve niteliği belirtilmemiştir. Ancak tespiti gereken yeteneğin niteliği dikkate alındığında, *çocuk ve ergen psikiyatrisi alanında adli psikiyatristler* başta olmak üzere alanında uzman tıp doktorlarının ve/veya bunlardan oluşan kurulların başlıca “*uzman kişiler*” olduğu mutlaklıdır.

Bununla birlikte 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun (ÇKK) 35. maddesinde, “*Bu Kanun kapsamındaki çocuklar hakkında mahkemeler, çocuk hâkimleri veya Cumhuriyet savcılarınca gerektiğinde çocuğun bireysel*

özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren inceleme yaptırılır. Sosyal inceleme raporu, çocuğun, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin mahkeme tarafından takdirinde göz önünde bulundurulur.” denilerek, (ÇKK'nın 33. maddesinde nitelikleri belirtilen) sosyal çalışma görevlilerinin “uzman kişiler”den olduğu hükme bağlanmıştır.

Bu grup çocukların ceza sorumluluğunun olup olmadığının hâkim tarafından tespiti öncesinde, yaş küçüğünün *içinde bulunduğu aile koşulları, sosyal ve ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumu hakkında* uzman kişilerce rapor hazırlanması istenir. Çocuk hâkimi, hazırlanan bu raporları, ceza sorumluluğunun belirlenmesiyle ilgili olarak yapacağı değerlendirmede dikkate alır.

Buna karşılık, ülkemizde çocuğun “fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediği” hususundaki değerlendirmede Adli Tıp uzmanları ile Çocuk ve Ergen Ruh Sağlığı uzmanları tarafından hazırlanan raporlar esas alınmakta ve/veya (sosyal inceleme raporlarına nazaran) hekim raporlarına üstünlük tanınmaktadır.^[7]

B) CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA BİLİRKİŞİ RAPORU, UZMAN MÜTALAASI VE ATK'NIN KONUMU

Bilindiği üzere, çözümü uzmanlık, özel veya teknik bilgi gerektiren hal-lerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen veya tarafların istemi üzerine karar verilebilir.

Yine taraflar yargılama konusu *olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında*, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler.

Ceza muhakemesi hukukunda serbest ve vicdani delil sistemi kabul edilmiş olduğundan bilirkişi görüşlerinin bağlayıcılık bakımından diğer delillerden bir farkı yoktur, hâkim bilirkişi görüşlerini de serbestçe takdir eder.

Kanunun resmi bilirkişi tayin etmesi de hâkimin kural olarak bu bilirkişinin oy ve görüşü ile bağlı olması sonucunu doğurmaz. Örneğin, Adli tıp

[7] Osman Yaşar, H. Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, (Ankara: 2014), 929.

Oniki – Onbeş Yaş Arasındaki Çocukların İsnat Yeteneğinin
Değerlendirilmesine Dair ATK ve Mahkeme Uygulamasına Eleştiri

ihstias kurullarının, Adli tıp ihtisas kurulları ile ihtisas dairelerinin ve Adli tıp ihtisas kurulları ile Adli Tıp Kurumu dışındaki sağlık kuruluşlarının heyet hâlinde verdikleri rapor ve görüşleri arasında ortaya çıkan çelişkilerin, Adli Tıp Genel Kurulu, tarafından kesin olarak çözüme bağlanacağına dair Kanun hükmü (Adli Tıp Kurumu Kanunu m. 15), raporun, isteyen mahkeme açısından da kesin ve bağlayıcı olduğu anlamına gelmez.^[8] Yine Aynı Kanununun 23/C-III fıkrası uyarınca da; “Adli Tıp Genel Kurul kararları nihai (kesin) olmakla beraber mahkemelerin delilleri serbestçe takdir hususundaki yetkilerini kısıtlamaz.”

Keza ceza muhakemesinin maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacı ve muhakemenin kolektifliği uyarınca uzman kişilerin bilimsel mütalaaları da delillerin değerlendirilmesinde bir araç durumundadır. Bu nedenle *bilirkişi raporu ile uzmanın mütalaasının birbirlerine üstünlüğü söz konusu değildir* ve aralarında çelişki bulunması halinde çelişkinin giderilmesi gerekecektir.

Daha da önemlisi, hüküm kurmak için yeterli olmayan, hukuki denetime elverişli, uygun ve yeterli gerekçe içermeyen veya önceki raporlar arasındaki çelişkiyi gidermeyen bir rapor, sırf ATK Üst Kuruluna ait olduğu için önceki raporlara üstün tutulma veya hükme esas alınma bakımından hiçbir ayrıcalığa sahip değildir.

Hele hele (somut olayda) TCK'nın 31. ve ÇKK'nın 35. maddeleri kapsamında birçok parametre, değerlendirme ve gerekçe içermesi gerekirken, hâkimin vicdani kanaat edineceği dosya kapsamına hiçbir katkı sunmayan bir raporun, sırf ATK Üst Kuruluna ait olduğu için hükme esas alınması hukuken kabul edilemez bir durumdur.

Kaldı ki, Dünya Sağlık Örgütü'nün, çocuk istismarını: “Çocuğun sağlığını, fiziksel ve psikososyal gelişimini olumsuz etkileyen, bir yetişkin, toplum ya da devlet tarafından bilerek ya da bilmeyerek uygulanan tüm davranışlar”.^[9] olarak tanımlamış ve bir çocuğun diğer bir çocuğa yönelik fiilini istismar olarak kabul etmemiş olması karşısında, mahkemeye sunulacak raporda bulunması gereken nitelikler kanuni bir zorunluluğu yerine getirmenin çok ötesine geçmektedir.

[8] Handan Yokuş Sevik, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik,” *İÜHFİM*, C. LXIV, no. 1, (2006): 96.

[9] Utku Beyazıt ve Aynur Bütün Ayhan, “Çocuğa Yönelik Cinsel İstismarın Önlenmesi,” *Eleştirel Pedagoji* 8, no. 45, (Mayıs–Haziran 2016): 5.

Gerçekten de ve özellikle konu cinsel istismar olduğunda, somut olayda olduğu gibi, erken ergenlik çağında bir çocuğun cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket ettiğinin kabulü mümkün görülmemektedir.

Pedagojik açıdan daha doğru olan bilimsel yaklaşım, bu çağdaki bir çocuğun eylemini, cinsel arzularını tatmin amacından çok, merak, deneme, öğrendiğini ya da gördüğünü uygulama amacına yönelik kabul etmektir.

Bu kabule, isnat (anlama ve isteme) yeteneğinin atılı suç bakımından söz konusu olmasına ve çocuğun içinde bulunduğu aile koşulları, sosyal ve ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumunun da dikkate alınmasına dair yasal gerekler eklendiğinde, bu gibi olgularda nasıl bir bilimsel hassasiyetle hareket edilmesi gerektiği, buna karşılık (somut olayda) hükme esas alınan raporun bu hassasiyeti pek de taşımadığı kolaylıkla görülmektedir.

Çalışmaya konu edilen uygulama tekil ya da istisnai olsa kuşkusuz münferit bir adli hata olarak değerlendirilebilirdi. Ancak bilimsel verilerle desteklendiği üzere, uygulamada çocukların % 90'ına "ceza sorumluluğu vardır" raporu verilmesi ve çoğunlukla da bu raporlar yönünde hüküm kurulması, cinsel suçlar başta olmak üzere çocukların faili olduğu suçlara ilişkin yargılamalarda ceza sorumluluğu bağlamında adli rapor düzenleme süreçlerinin yeniden ele alınmasının acil bir gereksinim olduğunu göstermektedir.

C) MAHKEMELERİN ATK VE DİĞER BİLİRKİŞİ RAPORLARINA YAKLAŞIMI

Kanun; bilirkişi raporunun gerekçeli ve hukuki denetime elverişli olmasından, hâkimin (bilirkişi raporunu) serbestçe takdirinden, vicdani kanaatten vb ilkelerden bahsetse de, yerleşik yargı kültürü yerine tek tek mahkemelerin ön plana çıktığı bir sistemde, denetime elverişli uzman mütalaasına dayanılması halinde kararın kanun yolunda (bu nedenle) bozulacağı endişesiyle, mahkemelerin ATK'dan rapor istedikleri veya (somut olayda olduğu gibi), son sözü ATK'ya verip, gerekçesiz ve hüküm kurmaya elverişsiz de olsa ATK raporu doğrultusunda karar verdikleri görülmektedir.

Aşçıoğlu da "*Yargıçlar, yalnız kendilerinin değil yargılananların da yetki ve özgürlüklerini kısıtlayarak; hukuk ve olgu sorunlarının önemli bir bölümünü denetimsiz olarak bilirkişilere bırakmaktadır. Bu nedenle de*

bireyin doğru ve güvenli yargılanma hakkı gizil bir tehlike ile karşı karşıya kalmaktadır.”[10] diyerek aynı soruna işaret etmektedir.

Öğretide hâkimin birden fazla bilirkişiyi görevlendirdiği işlerde azınlıkta kalan bilirkişi raporunu esas alarak karar vermesinin de mümkün olduğu, aksi kabulün dava hakkındaki kararın hâkimler tarafından değil bilirkişiler tarafından verildiği anlamına geleceği, bu durumun da yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağını düzenleyen Anayasa hükmüne aykırılık teşkil edeceği^[11] savunulmakta ise de, Yargıtay aksi görüştedir. Yargıtay’a göre, *bilirkişilerin beyanları arasında değer bakımından uyumsuzluk çıkması halinde hâkim, çoğunluğun görüşüne katılabilir. Fakat azınlıkta kalanın görüşünü esas alarak hüküm veremez.*

Kanaatimce, hâkimin kendisini bilirkişi yerine koyması engellenmeye çalışılırken, *(azınlıkta kalan bilirkişi raporunu esas alarak karar vermesinin kabul edilmemesi, bilirkişi raporunu yetersiz bulursa ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci defa bilirkişi incelemesi yaptırmak ve kararını mutlaka bilirkişi raporuna göre vermek zorunda bırakılması suretiyle) bilirkişinin kendisini hâkim yerine koyması^[12] sonucu yaratılmıştır.*

II. İNCELEME KONUSU OLAYA DAİR YARGILAMA SÜRECİ

Olay tarihinde (2016) Suça Sürüklenen Çocuk (SSÇ) oniki buçuk, mağdur ise sekiz buçuk yaşlarında erkek çocuklardır.

SSÇ hakkında TCK’nın 103/2. fıkrasında yazılı “Çocuğun Nitelikli Cinsel İstismarı” suçundan dava açılmış, yargılama yapılmış ve mahkûmiyet hükmü verilmiştir.

SSÇ hakkındaki soruşturma, başka iki SSÇ’nin, mağdurun da aralarında bulunduğu üç çocuğa cinsel tacizde buldukları iddiasıyla başlatılan soruşturmada, mağdurun, ilk ifadesinden bir gün sonra (babasının başvurusu

[10] Çetin Aşçıoğlu, “Bilirkişi Sorununa Çözüm Önerileri,” https://www.maden.org.tr/resimler/ekler/8f7d96ea21ccae8_ek.pdf, (Erişim T.: 14.11.2022).

[11] Cenk Akil, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Hâkimin Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12.2008 gün ve E. 2008/4-734, K. 2008/766 sayılı kararının tahlili,” *AÜHFD* 60, no. 3 (Eylül 2011): 707-8.

[12] Akil, “Yargıtay,” 717.

üzerine) polis tarafından alınan ikinci ifadesinde SSC'yi ve atılı eylemi de beyan etmesi üzerine başlatılmıştır.

Yargılamanın başında SSC müdafii tarafından, (maddi olaya ilişkin savunmaların yanı sıra), soruşturma aşamasında düzenlenen sosyal inceleme raporu (SİR) ve "Psikiyatrik Muayene/Konsültasyon Raporu" nun TCK'nın 31/2. fıkrası bağlamında (çocuğun) "*filin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin*" yeterince gelişip gelişmediğini açıklayabilme ve Mahkemenin kararına yardımcı olabilme açısından yetersizliği savunulmuştur.

Bu kapsamda, Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 20/3. fıkrasında SİR'in, "*çocuğun içinde bulunduğu aile ortamı, sosyal çevre koşulları, gördüğü eğitim, fiziksel ve ruhsal gelişimi hakkında*" bilgiler içereceği düzenlemesinden hareketle, çocuğun (SSC'nin); doğumundan başlayarak geçirdiği gelişim aşamalarına dair bilgileri, ailesinin toplumsal, ekonomik ve kültürel durumunu, aile bireyleri arasındaki ilişkileri, okul ve iş ortamı ile boş zamanlarını değerlendirdiği çevre ile bu çevrelerin yaşanan olay sonrasında çocuğa gösterdiği yaklaşıma ilişkin bilgileri, içinde bulunduğu hukukî durum ve adli mercilerin müdahalelerini gerektiren olayları, inceleme sırasında tespit edilen davranışları, suç davranışı ve toplumsal uyum sorunları sergilemelerine veya korunmaya muhtaç olmalarına neden olan etkenler hakkında bilgileri, çocuğun fiziksel, psikolojik ve sosyal yönden incelenmesi sırasında elde edilen ve olayın açıklanması bakımından önemli görülen bilgileri, ÇKK'nın 5. maddesinde gösterilen tedbirlerden hangisinin yararlı olacağına, tedbirin yanında denetim altına alınmasına gerek olup olmadığına dair önerileri, çocuk hakkındaki tedbir veya denetim kararlarının ne kadar süre ile uygulanması gerektiğine ilişkin önerileri, çocuklar ve ailelerine uygulanabilecek özel uygulama veya psikiyatrik tedavi için yönlendirmeye dair önerileri, doğru ve yeterli bir biçimde Mahkemeye bildiren yeni bir (SİR) istenilmesi talep edilmiştir.

Daha da önemlisi, Mahkemeye uzman mütalaası olarak da, ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Araştırma ve Uygulama Hastanesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığından alınan bir Kurul Raporu sunulmuştur (*Rapor, Adli Tıp ve Çocuk Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Ana Bilim Dalları tarafından yapılan muayenelerin yanı sıra, dava dosyası, SSC'nin öğretmenlerinden*

Oniki – Onbeş Yaş Arasındaki Çocukların İsnat Yeteneğinin
Değerlendirilmesine Dair ATK ve Mahkeme Uygulamasına Eleştiri

alınan anket verileri, olay öncesindeki sağlık safahatı ve hastane kayıtları incelenerek, SSÇ ve annesiyle görüşülerek hazırlanmıştır).

Anılan Raporun “Sonuç” kısmında;

- *Ergenlik döneminde beyin gelişiminin halen devam ettiği, bu nedenle ergenlerin olaylar arası nedensellik bağı kurma, olayların uzun vadeli olumsuz sonuçlarını düşünme yetisinin yeterince gelişmediği; cinsellik ve öfke kontrolü gibi alanlarda dürtü kontrolünde zorlandıklarının, akran etkisine açık olduklarının ve riskli davranışlarda bulunabileceklerinin bilindiği,*
- *Dikkat Eksikliği Hiperaktivite Bozukluğu (DEHB) bulunan çocuk ve gençlerin planlama yapma, neden-sonuç ilişkisi kurma, dürtü kontrolü gibi alanlarda zorlandıklarının belirtildiği,*
- *Okul, aile ve ergenle yapılan görüşmelere ilave olarak, SSÇ'nin, dava dosyasından edinilen bilgilerle birlikte yapılan ruhsal değerlendirmesinde; normal zeka düzeyinde olduğu, erken çocukluk döneminden itibaren taşıdığı bildirilen, ilk ve ortaokul öğretmenleri tarafından dile getirilen ruhsal belirtilerin (DEHB) tanısı ile uyumlu olduğu,*
- *Ebeveynlerinin boşanması sonrası ayrı bir “şehirde yaşamaya başlamaları ile ortaya çıkan ruhsal sorunların Davranım Bozukluğu ile Giden Uyum Bozukluğu tanısı ile uyumlu olduğu;*
- *Olay tarihinde oniki buçuk yaşında olan SSÇ'nin, ebeveynlerin boşanması, yer değişikliği ve aile destek sistemlerinin değişimi ile birlikte yaşadığı uyum güçlüğüünün de etkisi ile olumsuz davranış örüntüleri sergileyen akranları ile bir arada ve aile denetiminden uzakta zaman geçirdiği, cinsellik, sınırlar, doğru-yanlış kavramları, değerlerle ilgili bilgilerinin akran çevresinde yapılan paylaşımlardan etkilendiği ve cinsel içerikli olumsuz davranışların akran grubu içerisinde normal karşılandığı izlenimi edindiği; olayın gerçekleşme şekli, ergenin olayla ilgili değerlendirmeleri, akran grubunun etkisi, dürtü kontrolünde zorlanması, olay tarihindeki yaşı birlikte değerlendirildiğinde ergenin karıştığı eylemin ahlaken olumsuz olduğunu değerlendirme, hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama ve bu eylemle ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmediği tıbbi kanaatine varıldığı,*
- *Olayın niteliği ve ergen ile ilgili tanımlanan ruhsal özellikler dikkate alındığında yaşadığı yere en yakın Çocuk Ruh sağlığı kliniğinde takip ve tedavisinin planlanması açısından “sağlık tedbiri” alınması gerektiği,*

bildirilmiştir.

Mahkeme tarafından hazırlattırılan (SİR)'de de; SSC'nin "aile bilgileri", "eğitim durumu", "sosyo-ekonomik durumu", "yerleşim yeri durumu", "sosyal çevre bilgileri", "fiziki ve sağlık durumu bilgileri", "psikolojik durum bilgileri", "alkol ve madde kullanımı", "zihinsel özellikleri", "kişisel özellikleri", "tutum ve davranışları" incelendikten sonra, "SSC'nin riskli akran gruplarına girdiği, davranışlarını yönlendirmesinde akran etkisinin baskın olduğu, bu nedenle anılan riskler hakkında bilgilendirilmesini ve yönlendirilmesini teminen 'Danışmanlık tedbirinin' uygun olacağı" kanaati belirtilmiştir.

Bu aşamadan sonra Mahkeme, soruşturma sırasına alınmış olan uzman hekim raporu ile ... Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığından alınan uzman mütalaası arasında çelişki bulunduğu ve mütalaayı düzenleyen heyetin Adli Tıp Kurumu Kanununa uygun şekilde oluşmuş olduğu gerekçesiyle, raporlar arasındaki çelişkinin giderilerek fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama, davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediği konusunda Adli Tıp Genel Kurulundan rapor alınmasına karar vermiştir.

Adli Tıp Kurumu Adli Tıp ... İhtisas Kurulunun;

Kişi ile yapılan görüşmede; ...'dan geldiği, lokantada ve elektrik işinde çalıştığı, ... sınıfa geçtiği, olayı "... " şeklinde anlattığı, suçu kabul etmediği, önceden psikiyatrik tedavi gördüğünü, 2015 yılında ... adli ilacı kullandığını söylediği, bu olaydan başka adli dosyasının olmadığı, $10-2,5=7,5$ ve $7,5 \times 2=15$ işlemlerini yapabildiği, çalıştığı işte günlük 50 TL karşılığında 6 gün çalışırsa toplamda 300 TL alacağını söylediği, $300-180=120$ işlemini yapabildiği, bugün 15 yaşında olduğunu, 7 yıl sonra 22 yaşında olacağını söylediği, 'ak akçe kara gün içindir' atasözünü açıklayabildiği, normal zeka kapasitesinde olduğu"

şeklindeki muayene kaydına dayalı olarak,

(SSC'nin) ceza sorumluluğunu müessir ... mahiyet ve derecede herhangi bir zeka geriliği ya da çocukluk dönemi psikopatolojisi saptanmadığı, ... suçun işlenişi esnasında davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkileyecek herhangi bir akli arıza içinde bulunduğunu gösteren psikopatolojik unsura rastlanmadığı, dolayısıyla ...'un 2016 yılı Mayıs ayında işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olduğu

Oniki – Onbeş Yaş Arasındaki Çocukların İsnat Yeteneğinin
Değerlendirilmesine Dair ATK ve Mahkeme Uygulamasına Eleştiri

kanaati belirtilmiştir.

Bu rapora SSÇ müdafii tarafından;

TCK'nın 31. maddesi uyarınca (SSÇ'nin), "fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama, davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediği" sorulmuş olmasına rağmen, ATK raporunda sanki (TCK'nın 32. maddesi kapsamında) zekâ geriliği bulunup bulunmadığı sorulmuş gibi, basit mantık ve matematik sorularına dayalı olarak, herhangi bir zekâ geriliği ya da çocukluk dönemi psikopatolojisi saptanmadığına dair kanaat belirtildiği, Mahkemenin ise (TCK'nın 31. maddesi kapsamında) küçüğün yetkin olup olmadığının cevabını istediği, bu yetkinliğin de raporda yer verilen ve sadece akıl hastalığının ya da akıl zayıflığının olup olmadığını anlamaya yarayan testle anlaşılmasının mümkün olmadığı

gerekçeleriyle itiraz edilmiştir.

Mahkeme de,

özellikle ... Üniversitesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığından alınan raporun Adli Tıp Kanununa göre ihtisas dairesiyle eşdeğer olduğu belirtilip bu nedenle Adli Tıp Genel Kurulu (1. Üst Kurul) tarafından rapor düzenlenmesi istendiği halde İhtisas Kurulunca rapor düzenlendiğinden, Adli Tıp Kurumu Üst Kuruluna müzekkere yazılarak (soruşturma aşamasında) çocuk psikiyatristi tarafından düzenlenen adli psikiyatrik rapor ile ... Üniversitesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığı raporlarının ayrı ayrı incelenmesi, ayrıca dosyada bulunan iki ayrı (SİR)'den özellikle yargılama sırasında alınan (SİR)'in de tetkik edilip (ÇKK'nın 35 maddesi uyarınca) gözönünde bulundurulması, Adli Tıp Kurumu ... İhtisas Kurulunca düzenlenen rapora karşı SSÇ müdafii tarafından yapılan itirazların da gözönüne alınması ve raporlar arasındaki çelişki giderilirken gerekçeleri de tam olarak yazılması suretiyle, suçta sürüklenen çocuğun suç tarihi itibarıyla fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama, davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediği konusunda rapor düzenlenmesini istemiştir.

Adli Tıp Kurumu Üst Kurulu tarafından hazırlanan raporda da, dosyadaki belgeler ve önceki raporlar kronolojik olarak özetlendikten sonra, hiçbir (farklı) gerekçe belirtilmeden, Kurulda yapılan görüşme ve dava dosyasının tetkiki sonucunda;

“...ceza sorumluluğunu müessir ve işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılamasını veya davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkileyecek mahiyet ve derecede herhangi bir zeka geriliği ya da çocukluk dönemi psikopatolojisi saptanmadığı, dava dosyasının tetkikinde suçun işlenişi esnasında davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkileyecek herhangi bir akli arıza içinde bulunduğunu gösteren psikopatolojik unsura rastlanmadığı; bu duruma göre SSC’nin işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olduğu,”

kanaati bildirilmiştir.

Bu rapor sonrasında Mahkemece, (isnat konusu eylemin sabit olduğu kabulüne bağlı olarak), *SSÇ hakkındaki (SİR) ile ATK Üst Kurulunca verilen adli psikiyatrik rapora göre SSC’nin, üzerine atılı suçla ilgili fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama, davranışlarını yönlendirme yeteneğinin geliştiği kanaatine varılarak SSC’nin mahkûmiyetine hükmedilmiştir. Hükme yönelik istinaf istemi de reddedilmiştir.*

III. YARGILAMA SÜRECİNİN VE CEZA HÜKMÜNÜN ANALİZİ

İnceleme konusu dava dosyasında bulunan ve ÇKK’nın 35. maddesi gereğince aldırılmış olan SİR ile TCK’nın 31. maddesi uyarınca düzenlenmiş olan raporlar bağlamında çok ciddi bir tartışma söz konusudur.

Nitekim öncelikle soruşturma aşamasında SSC hakkında düzenlenen uzman hekim raporu ve SİR kabul görmemiştir.

Buna karşılık, müdafî tarafından dosyaya sunulan, (“SSÇ’nin fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını kavrama ve bu eylemle ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmediği” kararlı), uzman mütalaası ile yargılama sırasında alınan ve (“SSÇ’nin riskli akran gruplarına girdiğini, davranışlarını yönlendirmesinde akran etkisinin baskın olduğunu, bu nedenle anılan riskler hakkında bilgilendirilmesini ve yönlendirilmesini teminen”) ‘Danışmanlık tedbiri’ öneren SİR Mahkemece yeterli bulunmuştur.

Gerçekten de Mahkemenin ATK Üst Kuruluna yazdığı müzekkerede, özellikle ... Üniversitesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığından alınan raporun Adli Tıp Kanununa göre ihtisas dairesiyle eşdeğer olduğuna vurgu yapması ve dosyada bulunan iki ayrı (SİR)’den özellikle yargılama sırasında

alınan (SİR)'in de tetkik edilip (ÇKK'nın 35 maddesi uyarınca) göz önünde bulundurulmasını istemiş olması başka bir ihtimali geçersiz kılmaktadır.

Buna ilave olarak, aynı müzekkerede, Adli Tıp Kurumu ... İhtisas Kurulunca düzenlenen rapora karşı SSC müdafî tarafından yapılan itirazların göz önüne alınmasının istenmesi de, müdafînin, *basit mantık ve matematik soruları içeren ve akıl hastalığının ya da akıl zayıflığının olup olmadığını anlamaya yarayan bir teste dayalı olarak, herhangi bir zekâ geriliği ya da çocukluk dönemi psikopatolojisi saptanmadığına dair kanaat belirtilmesinin mümkün olmadığı gibi, TCK'nın 31/2. fıkrasında varlığı aranan (anlama ve isteme) yetkinliğinin bu yöntemle saptanamayacağına dair* itirazlarının (en azından) Mahkemece de ciddi bulunduğunu düşündürmektedir.

Son olarak, anılan müzekkerede, *raporlar arasındaki çelişki giderilirken gerekçelerinin tam olarak yazılmasının istenilmesi de kanaatimce, Mahkemenin önceki deneyimlerinden hareketle (ATK'ya) yaptığı zımni bir uyarı olmuştur. Mahkeme bu taleple, hukuki denetime elverişlilik açısından tatmin edici olan uzman mütalaası ve yargılama SİR'i ile aksi görüşte olabilecek bir raporun, aynı düzeyde tatmin edici ve hukuki denetime elverişli olması gerektiğine vurgu yapmıştır.*

Bütün bunlara karşılık, Adli Tıp Kurumu ... Üst Kurulu tarafından dosya kapsamının kronolojik özetine müteakip hiçbir (farklı) gerekçe belirtilmeden bildirilen, *"atılı suçla ilgili fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama, davranışlarını yönlendirme yeteneğinin geliştiği"* kanaatinin Mahkemece de benimsenerek mahkûmiyet kararı verilmesi üzücü olsa da, bu durum, yanlış işleyen bir yargı sisteminde hiç de şaşırtıcı değildir.

ATK Üst Kuruluna yazılan müzekkerede, uzman mütalaasının Adli Tıp ihtisas dairesiyle eşdeğer olduğuna vurgu yapılmasına, yargılama sırasında alınan (SİR)'in de tetkik edilip (ÇKK'nın 35 maddesi uyarınca) gözönünde bulundurulması ve müdafî tarafından yapılan itirazların dikkate alınması ile raporlar arasındaki çelişki giderilirken gerekçelerinin tam olarak belirtilmesinin istenilmesine rağmen, ATK Üst Kurulunun *"ne diyorsam o!"* üslubuyla verdiği rapora göre hüküm kurulması, bilirkişinin kendisini hâkim yerine koymasının, bağımsız (!) hâkimin de buna çaresizce boyun eğmesinin tipik bir örneği olmuştur.

Yukarıda da vurgulandığı üzere, somut olayda olduğu gibi, yasal zorunluluğa rağmen esaslı hiçbir parametre, değerlendirme ve gerekçe içermeyen

ve dosya kapsamına katkı sunmayan (hatta çelişen) bir raporun, sırf ATK Raporu olduğu için hükme esas alınması Anayasa Mahkemesi tarafından da kabul görmemektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi bu konudaki bireysel başvurulara ilişkin, (aşağıda örnek kabilinden sunulan) kararlarında;

- *ATK raporunda dosyaya daha önce girmiş olan raporlardaki tespitler ve başvurucunun iddialarını destekleyen görüşler ile bu görüşleri doğruladığı iddia edilen tıbbi belgeler gözetilerek değerlendirme yapılmadığı ve bu haliyle eksik olduğu halde raporun hükme esas alınmasını (AYM, 10.02.2021, Bireysel Başvuru No: 2017/17753),*
- *Adli Tıp Kurumu raporunun sonuç kısmına kadar sadece hastane kayıtlarına yer verildiği ve bu kısma kadar, uygulanan tedavilerin tıp kurallarına uygun olup olmadığı hususunda herhangi bir değerlendirme yapılmadığı, sonuç kısmında ise başvurucuların iddialarına makul ölçüde cevap teşkil edecek bir açıklama yapılmadan hastanede uygulanan tedavilerin tıp kurallarına uygun olduğunun belirtildiği, ölenin hastanedeki solunum cihazlarından faydalanamamasından ve bu durumun sonucu olarak yapılan sevk işleminde etkilenip etkilenmediği, söz konusu olayda bir ihmalin bulunup bulunmadığı ve bu süreçte herhangi bir gecikmenin yaşanıp yaşanmadığı hususlarında tatmin edici bir açıklama yapılmadığı halde raporun hükme esas alınmasını. (AYM, 20.04.2016, Bireysel Başvuru No: 2013/4086),*
- *Davanın, icra edilen tıbbi müdahale ve sonrası ile ilgili olmayıp kardeşine geç müdahale edilmesi ile ilgili olduğuna, davanın temelinde saat 22.05'te Hastaneye ulaşan kardeşine uzun bir süre müdahale edilmemesinin bulunduğu dair başvurucu iddiasına rağmen, ATK raporunda, başvurucunun kardeşinin tıbbi kayıtlara göre Devlet Hastanesine saat 22.35'te ulaştığı ifade edilerek, bu saat esas alınıp başvurucunun kardeşine yapılan ilk müdahale yönünden herhangi bir sorun görülmemesinin, hastaneye saat 22.05'te ulaşıldığı ancak hastaya 35-40 dakika hiçbir tıbbi müdahalede bulunulmadığı yönündeki iddialar hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmamasına rağmen raporun hükme esas alınmasını (AYM, 30.10.2018, Bireysel Başvuru No: 2015/3640),*
- *Anneye suni sancı verilmesi sonrasında çekilen ikinci NST ile bebeğin kalp atışlarının zayıflaması, dolayısıyla fetal distrese girmesi nedeniyle annenin sezaryen ameliyatına alınması için anestezi doktorunun beklenmesinin ve*

Oniki – Onbeş Yaş Arasındaki Çocukların İsnat Yeteneğinin
Değerlendirilmesine Dair ATK ve Mahkeme Uygulamasına Eleştiri

bebeğin doğmasına kadar geçen sürenin müdahalede bir gecikme oluşturup oluşturmadığının, bir gecikme varsa bunun zaten boynuna kordon dolandığı için oksijensiz kalan bebeğin ölümünde bir etken olup olmadığının, aynı şekilde İl Sağlık Müdürlüğü tarafından yaptırılan idari soruşturma neticesinde “hastanın ilk NST değerlendirmesinde var olan spontan uterin hiperstimülasyonun [rahmin oksitosine beklenenden daha fazla yanıt vermesi, rahim kasılmalarının hem şiddetinin hem de sıklığının fazla olması] gözden kaçtığı” şeklindeki tespit karşısında normal doğum sancısı olan anneye suni sancı verilmesinin bebeğin kalp atışlarının düşmesine, dolayısıyla fetal distress sonucunun ağırlaşarak bebeğin ölümüne etkisi olup olmadığının yargılama sırasında yapılan inceleme ve değerlendirmelerle açığa kavuşturulması gerekmesine rağmen, ceza ve hukuk yargulamalarında temin edilen ATK raporlarında yukarıda değinilen hususların ölümün meydana gelmesinde etkisi olup olmadığını açık biçimde irdelemeden, “olayda tıp kurallarına aykırılık bulunmadığı” yönünde görüş bildiren ATK raporunun hükme esas alınmasını (AYM, 18.05.2021, Bireysel Başvuru No: 2018/1156),

Hak ihlali saymış ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasına karar vermiştir.

Bilindiği üzere, Anayasa Mahkemesi (6216 sayılı Kanun’un 50. maddesi uyarınca), ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasını temin eden yollardan biri olarak pilot karar usulünü işletilebildiği bu gibi durumlarda öncelikle “ihlalin yapısal bir sorundan kaynaklandığını” tespit etmektedir. Örneğin son olarak 05.07.2022 tarih ve 2021/58970 numaralı bireysel başvuru kararında, bu tip bir tespit “makul sürede yargılanma hakkı bağlamında” yapılmış ve bu yapısal sorunun çözümü için keyfiyetin Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilmesine karar verilmiştir.

Kanaatimce günümüz mahkemelerinin genelde bilirkişi, özelde de ATK raporlarıyla imtihanı bir tür yapısal sorun haline gelmiştir.

SONUÇ

Tolstoy'un "İvan İlyiç'in Ölümü" adlı romanından, belki de mesleki bir algıda seçicilik sonucu benim aldığım mesaj, Emekli Yargıç İvan İlyiç'in, ölüm döşeğinde kendisini muayene eden doktorun sadece hastalıkla ilgilenip hastayı (kendisini) umursamadığını düşünürken, kendisi mahkemede yıllarca herkese nasıl davranmış ise ünlü hekimin de ona öyle davrandığını dehşetle fark etmesidir.^[13]

Kayhan da mevzuat düzeyinde yapılan bazı sözde iyileştirmelerin, tahkik ideolojisiyle yetiştirilmiş hâkim ve savcılarının *yargılama dolanları ve saptırmalarıyla* kısa sürede etkisiz hale getirildiğine ve duruşmaların muhakeme hileleriyle karşılıklı durmaya dönüştürüldüğüne, heyet halinde çalışan mahkemelerin yaptığı müzakerelerin tamamen hukuka aykırı ve toptan mutlak butlanla batıl olduğuna dair saptamayı, Emekli Yargıtay Başkanı ve Ceza Hukuku Profesörü Sami Selçuk'tan naklen aktarmaktadır.^[14]

Ben Sayın Selçuk'un bu beyanını tartışacak yetkinlikte olmadığını düşünüyorum. Fakat anılan sözlerdeki özün, Emekli Yargıç İvan İlyiç'i kendi geçmiş uygulamalarından dehşete düşüren duyguya çok da uzak olmadığını söyleyebilecek deneyime sahibim.

Zira her davanın bir dosyadan ibaret olmadığını, arkasında en az bir insan olduğunu biliyorum ve bir an olsun unutulduğunda da artık çekilmek gerektiğinin düşünülmesini erdem sayıyorum.

Çalışmanın bir yerinde (somut olaydakine benzer kararların) üzücü olsa da yanlış işleyen bir yargı sisteminde hiç şaşırtıcı olmadığını söyledim. Böyle inanıyorum ve bunu söylerken de ironik biçimde hâkimlerden esinleniyorum.

Nasıl mı? "...*yargı işlevi öncelikle devletin içinden değil toplumun içinden doğar. Yargı devletin toplumu sınırlandırma aracı değil, toplumun devleti sınırlandırma aracıdır. Eğer yargı ve yargı faaliyeti esas işlevini devletin dışından, toplumsal talep ve beklentiler üzerinden geliştirmez ise o şeyin adı*

[13] L.N. Tolstoy, *İvan İlyiç'in Ölümü*, (İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, 2019), 34-5.

[14] Fahrettin Kayhan, "Çapraz Sorguda Muhakeme Hileleri", https://www.hukukihaber.net/makale/capraz-sorguda-muhakeme-hileleri-h450088.html#_ednref, (Erişim T.: 19.11.2022).

Oniki – Onbeş Yaş Arasındaki Çocukların İsnat Yeteneğinin
Değerlendirilmesine Dair ATK ve Mahkeme Uygulamasına Eleştiri

‘adliye’ olur. Yani ‘devlet dairesi’dir karşımızda olan.” sözlerini, “Türkiye’de Yargı Yoktur” adlı bir kitapta söyleyenler halen görevde olan hâkimlerdir.^[15]

Hepsi de hukukçu olan bu otoritelerden aktardıklarım sonrasında daha fazla söz söylemenin okuyucuya saygısızlık olduğunu düşünüyorum.

Son söz, muhakeme yetisine ve yetkisine sahip olan hâkimler, her davayı bir dosyadan ibaret görmeye başladıkları an, kürsülerini diğer yargılama süjelerine terk etmektedirler.

Çalışmaya ilham veren olayda olan da budur.

[15] Orhan Gazi Ertekin vd, *Türkiye’de Yargı Yoktur*, (İstanbul: Tekin, 2013), 23.

KAYNAKÇA

- Akil, Cenk. "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Hâkimin Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12.2008 gün ve E. 2008/4-734, K. 2008/766 sayılı kararının tahlili." *AÜHFD* 60, no. 3, (Eylül 2011). https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001641
- Aşçıoğlu, Çetin. "Bilirkişi Sorununa Çözüm Önerileri." https://www.maden.org.tr/resimler/ekler/8f7d96ea21ccae8_ek.pdf.
- Aydoğdu, Halil İlhan, Mehmet Askay, Güven Seçkin Kırıl ve Erdal Özer. "Çocuklarda Ceza Sorumluluğunun Değerlendirilmesi." *Klinik Tıp Aile Hekimliği Dergisi* 9, no. 4, (Temmuz-Ağustos 2017): 18.
- Beyazıt, Utku ve Aynur Bütün Ayhan. "Çocuğa Yönelik Cinsel İstismarın Önlenmesi." *Eleştirel Pedagoji* 8, no. 45, (Mayıs-Haziran 2016).
- Eminağaoğlu, Ömer Faruk. "Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği ve Yaş Küçüklüğü." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 3, no. 2, (Nisan 1991): 238-39.
- Erdener, Eda. "Çocuklarda 'Suçun Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılayabilme' İle Algılamalarına Etki Eden Sosyalkültürel Faktörlerin Ceza Sorumluluğu Bakımından İncelenmesi." Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2011.
- Ertekin, Orhan Gazi, Faruk Özsu, Kemal Şahin, Muzaffer Şakar ve Uğur Yiğit. *Türkiye'de Yargı Yoktur*. İstanbul: Tekin, 2013.
- Kayhan, Fahrettin. "Çapraz Sorguda Muhakeme Hileleri." https://www.hukukihaber.net/makale/capraz-sorguda-muhakeme-hileleri-h450088.html#_ednref (Erişim T.: 19.11.2022).
- Kocar, Yasin. "İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Kaldıran veya Azaltan Nedenler." Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2007.
- Sevük, Handan Yokuş. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik." *İÜHFM* LXIV, no. 1, (2006): 96.
- Tolstoy, L.N. *İvan İlyiç'in Ölümü*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, 2019.
- Turabi, Selami. "Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 25, no. 101, (Temmuz-Ağustos 2012): 279.

Oniki – Onbeş Yaş Arasındaki Çocukların İsnat Yeteneğinin
Değerlendirilmesine Dair ATK ve Mahkeme Uygulamasına Eleştiri

Yaşar, Osman, H. Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç. *Yorumlu-Uygulamalı
Türk Ceza Kanunu*. (Ankara: Adalet, 2014).