

Yasama - Yürütme - Yargı Kıskaçında *Taş Atan Çocuklar*

Ruşen Mahmutoglu*

Türkiye Devleti'nin Kürt çocuklarını cezalandırma yöntemlerini hukuki açıdan irdeleyeceğimiz bu yazıda, giderek büyüyen bir dram olarak taş atan Kürt çocuklarına yönelik sergilenen adaletsizliğe ışık tutmaya çalışacağız. Rejimin Kürt algısına içkin “inkar ve imha” tutumu, son birkaç yıldır artan bir tempo-da Kürt çocuklarını hedef seçmiş izlenimi vermektedir. Medyada terörist olarak yansıtılan Kürt çocukları her türlü insanlık dışı muameleye maruz bırakılmakta, haksız yere tutuklanmakta ve hukuk dışı yargılamalara tabi tutulmaktadır.

24 Mart 2006 tarihinde Muş-Bingöl arasında yaşanan bir çatışmada hayatını yitiren dört gerillanın cenazesi Diyarbakır'a getirilip defnedildi. Cenaze töreni sırasında başlayan olaylar bütün Diyarbakır'a yayıldı. Gösterilerde çocukların ve kadınların ön plana sürüldüğünü iddia eden devlet yetkilileri bu durumun ortaya çıkmasında “yasal boşluklar”ın etkili olduğunu öne sürüyorlardı. Olayın yaşandığı günlerde Diyarbakır'a gelen Recep Tayip Erdoğan da yaptığı açıklamada söz konusu “yasal boşluğa” dikkat çekti ve “kadın da olsa çocuk da olsa güvenlik güçleri gereğini yapacaktır” talimatını verdi. Açıkçası başbakanın tam anlamıyla gerçekleştirdiği ender “vaat”lerinden biri bu olmuştur. Çünkü dört gün süren olaylarda 10 kişi (beşi 18 yaşın altında) hayatını kaybetti. Gözaltına alınan 199 çocuktan 91'i ise tutuklandı.¹

Aynı Fiil Farklı Mahkemeler

Yürütmenin bu “başarısı”ndan sonra yasama ve yargının devreye girmesi kaçınılmaz oldu. AB Uyum Yasaları ve buna göre düzenlenen kanunların “em-

* Avukat

1 http://www.ihd.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=106:28-mart-2006-darbahir-olaylarina-k-celeme-raporu&catid=34:el-raporlar&Itemid=90

niyet ve mahkemelerin elini kolunu bağladığı” iddiası kısmen demokratikleştirilen yasaların tekrar değiştirilmesini gündeme getirdi. Ve bu süreci takiben, Terörle Mücadele Kanunu’nun 9. ve 13. maddelerinde değişiklikler yapılarak, çocukların “terör suçları” kapsamında yargılanmalarının önü açıldı: TMK Madde 9: “Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili davalara, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 250’nci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ağır ceza mahkemelerinde bakılır. Bu suçlardan dolayı on beş yaşın üzerindeki çocuklar hakkında açılan davalar da bu mahkemelerde görülür.” Yapılan bu değişiklikle 15-18 yaş grubundaki çocukların, Devlet Güvenlik Mahkemeleri’nin (DGM) yerini alan Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri’nde yargılanmalarına başlandı.

Bu değişiklik aynı fiilden yargılanan çocukların farklı mahkemelerde yargılanmaları sonucunu doğurdu. Ancak, tüm uluslararası belgelerde 18 yaşın altında olan kişiler “çocuk” olarak tanımlanmıştır. Bu sebeple bu madde esas olarak Anayasanın 90. maddesine aykırıdır: “Anayasanın 90. maddesi gereğince usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmünde kabul edilmektedir. Ayrıca temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin ulusal kanunlardan önce uygulanması gerektiği güvence altına alınmıştır. Türkiye’nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi gereğince de herkes 18 yaşına kadar çocuktur ve ayırım yapılmaksızın her çocuğun kendine özgü makam ve mahkemeler huzurunda, kendilerine özgü kanunlarla yargılanması gerekmektedir” (Atabay, 2009)

Bu madde açısından sıkıntılı olan diğer bir nokta ise suça özgü bir düzenleme olmasıdır. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, “Çocuk Ceza Adalet Sisteminin” esaslarını düzenleyen Birleşmiş Milletler “Çocuk Ceza Adaleti Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgari Standart Kuralları ve Çocuk Koruma Kanunu gereğince; çocuk yargılamasında esas olan fiil değil, faildir yani çocuktur” (2009) Bu doğrultuda çocuk ceza adaleti sistemi kapsamında çocukların yargılanacağı makam, mahkeme fiile göre değil faile göre belirlenmiştir. Türkiye bu anlamda taraf olduğu uluslararası sözleşmeler gereği çocukları suça göre kategorize edip yargılama yapma hakkına sahip değildir.

Bu madde, Anayasa’nın 36. maddesindeki “adil yargılanma hakkına” da aykırı bir düzenlemedir. Çocuk Mahkemeleri’ndeki yargılamalarda temel prensiplerden biri çocuklara diğer suçlular gibi yaklaşılmamasıdır. Ama Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri Kanunun verdiği sorumluluklara tam anlamıyla bağlı olsa bile temel olarak maddi suçu açığa çıkarmakla görevlidir. Özellikle bu tip yargılamalarda çocukların durumunu siyasallaşması kaçınılmaz olmaktadır. Bu bakımdan en iyimser yaklaşımla bile orada yargılanacak olanlar çocuk değil, terör örgütü sempatanları olacaktır. Bu durum kişilerin sahip olduğu hakları gözetmeyen bir yargılama sistemi yaratması bakımından “adil yargılanma hakkına” aykırıdır.

“Çocuk Teröristler”

TMK Madde 13: “Bu kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231. maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez; verilen hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilemez ve ertelenemez. Ancak bu hükümler 15 yaşını tamamlamamış çocuklar hakkında uygulanmaz.”

Yine aynı tarihte 13. maddede yapılan değişiklikle, 15 yaşından büyük kişileri “çocuk” olarak görmeyen bir hüküm oluşturuldu. Böylece cezaların ertelenmesi veya paraya çevrilmesi engellenir hale getirildi. Bu şekilde “çocuk teröristlere” karşı açık kapı bırakılmamış oldu.

Bu madde yine esas olarak Türkiye’nin uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelmektedir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 37-38-39 ve 40. maddeleri hukuk güvenliğine yöneliktir. Konumuz bakımından en kritik madde ise 37. maddenin b fıkrasına göre “bir çocuğun tutuklanması, alıkonulması veya hapsi kanun gereği olacak ve ancak en son başvurulacak bir önlem olarak düşünülüp, uygun olabilecek en kısa süreyle sınırlı tutulacaktır” şeklinde dile getirilen hükümdür.

Ayrıca BM Genel Kurulu’nun kabul ettiği “Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları” (Pekin Kuralları) ile çocuk adaletine ilişkin düzenlemeler getirmiştir. Bu sözleşmedeki 5/1 maddesine göre “Çocuk ceza adaleti sisteminde daima çocuğun iyileştirilmesi ön plana alınmalıdır ve çocuk suçlulara gösterilecek tepki hem suçun hem de suçlunun içinde bulunduğu koşullarla orantılı olmalıdır.” Yine bu sözleşmedeki 18. maddede ise “Yargılayan makamın sadece mevzuata bağlı kalmasını sağlayabilmek ve gerekli esnekliğe sahip kılınabilmesi amacıyla dava sonucunda verilebilecek alternatif yaptırımlar üretilmelidir” hükmü vardır.

Yine Havana Kuralları olarak bilinen “Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları” çocuk yargılamasıyla ilgili prensipler ortaya koymuştur. Temel İlkeler bölümünün 1. maddesi “Çocuk adalet sistemi çocukların haklarının ve güvenliğinin lehinde davranır ve onların fiziksel ve ruhsal sağlıklarına destek olur. Bir çocuğun hapsedilmesi başvurulacak en son tedbirdir” der. Bu anlamda Türkiye çocuklarla ilgili tüm uluslararası anlaşmaların aksine çocukların tutuklanmasını ve hüküm giymesini kolaylaştıracak bu hükümle sözleşmelerdeki yükümlülüklerine ters düşmüştür. İronik bir şekilde uluslararası sözleşmeler çocukların tutuklanmasını asgari düzeye çekmek için zorlaştırmak isterken, Türkiye Devleti’nin çıkardığı yasalar bunu oldukça pratikleştirmeye yöneliktir.

Bu durumun yarattığı diğer bir karmaşa ise artık hukuk sisteminin kendi içinde çelişik bir hale gelmesidir. Yani Türkiye bu yasalarla sadece uluslararası sözleşmeleri değil kendi kanunlarını çiğneyen bir pozisyona düşüyor. “Türkiye’de 3.7.2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu çıkarılmıştır. Bu kanun 3. maddesiyle 18 yaşını doldurmamış kişiyi çocuk kabul etmiştir. 15.

maddeyle çocuk hakkındaki soruşturmayı çocuk bürosunda görevli savcının bizzat yapması, 16. maddeyle çocukların gözaltında yetişkinlerden ayrı tutulması öngörülmüştür. 19. maddede cezasının üst sınırı 3 aydan fazla ve 2 yıla kadar hapis cezasını veya adli para cezasını gerektirir suçlardan belirli koşulların bulunması durumunda kamu davasının açılmasının ertelenmesi imkânı getirilmiştir. 23. maddede hükmedilen 3 yıla kadar hapis cezalarına ilişkin olarak belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması imkânı tanınmıştır” (Kardaş, 2009). Türkiye bu durumda kendi kanunlarının verdiği hakları oluşturduğu diğer bir kanunla geri almaktadır. Hukuki olarak açıklanması zor olan bu durumun izahı ancak, “söz konusu vatansa gerisi teferruattır” söylemi ile mümkündür sanırım.

Yürütme ve yasamanın “vatan seferberliği” için çocuklara karşı geliştirdiği bu mücadele konsepti yargı ayağından daha kapsamlı bir destekle pekiştirilmiştir. Hatta yargı verdiği bazı hükümlerle sorunu daha da güç bir duruma sokarak, içinden çıkılmaz bir hale getirmiştir. Kamuoyunda “Veysi Kaya” ve “Felat Özer” isimle bilinen iki davada Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun verdiği kararlar bunun en vahim örnekleridir. Genel Kurul’un kararları kanun etkisinde olduğu için sonradan gelecek bütün davalara emsal oluşturmaktadır.

Yargıtay’dan Yeni “Örgüt Üyeliği” Formülü

Mart 2006’da Diyarbakır’da yaşanan olaylardan sonra gerçekleşen davada Diyarbakır 4. Ağır Ceza Mahkemesi, bir yıl içinde üç kez izinsiz basın açıklamasına katılarak, slogan atarak ve pankart taşıyarak terör örgütünün propagandasını yaptığı gerekçesiyle 18 yaşından büyük olan Veysi Kaya’yı üç kez 10’ar ay hapis cezasına çarptırdı. Dava dosyası temyiz için Yargıtay’a gitti. Yargıtay 9’uncu Ceza Dairesi, sanığın ‘örgüt propagandası’ yapmanın yanında, ‘örgüt üyeliği’nden yargılanması gerektiğini hükmederek, mahkeme kararını esastan bozdu. Yerel Mahkeme’nin direnmesi üzerine Yargıtay’ın 2007/9-282 Esas ve 2008/44 karar sayılı kararında sonuç olarak şu görüşe yer verildi: “ ... Örgütün genel çağrısı, örgüte ait yayın organlarının yayınları ve çağrıları ile somutlaşmış olup bu çağrıların belirli bir kişiye yapılmış olmasına gerek bulunmuyor. Örgütün bilgisi ve istemi doğrultusunda gerçekleştirilen bu eylemlerin örgüt adına gerçekleştirildiği sabittir. Örgüt adına gerçekleştirilen bu eylemlere katılan sanığın eylemi, diğer suçların yanında 5237 sayılı TCK’nın 314/3 ve 220/6 maddeleri yollamasıyla 314/2 maddesine de aykırılık oluşturur...” Yargıtay’ın karar bozma gerekçesinde, sanığın PKK’nın stratejisi doğrultusunda örgüte ait yayın organları tarafından yapılan eylem çağrıları üzerine üç ayrı tarihte düzenlenen basın açıklamasına katıldığı, slogan attığı, örgütü övücü pankart taşıdığı belirtildi. Sanığın bu şekilde örgütün bilgisi ve istemi doğrultusunda hareket ettiğine, süreklilik arz edecek biçimde gösterilere katılması nedeniyle “örgüt üyesi” olmaktan yargılanması gerektiğine hükmeden Yargıtay, Kaya’nın her suç için 5’er yıldan 15 yıl hapis cezasına çarptırılması gerektiğini vurguladı.

Yine benzer şekilde Recep Tayip Erdoğan’ın Diyarbakır gezisinde tutuklanan

18 yaşından küçük olan Felat Özer hakkında yerel mahkeme “yasa dışı gösteriye katılmaktan” dolayı ceza verdi. Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin bozma kararına rağmen yerel mahkeme kararında direnince Yargıtay Ceza Genel Kurulu toplanarak “terör örgütünün çağrılarına göre yapılan her mitinge katılan kişinin ‘örgüt üyesi’ gibi cezalandırılması gerektiğine” karar verdi. Buna göre artık TV, radyo veya yazılı basın yoluyla ilan edilen yasadışı eyleme katılanlar “terör örgütünün” çağrısı ile katılmış sayılacaktır.

Bu iki karar “örgüt üyeliği”ni ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı şekilde kolaylaştırmıştır. Ceza hukukunun en temel prensibi olan “suç ve cezada kanunilik” ilkesini tartışmalı hale getirmiştir. Ayrıca tek bir eylemle birkaç suçun aynı anda işlendiği ve her birinden ayrı ceza verilmesini gerektiren “gerçek içtima” kuralına yaptığı atıflarla taş atan birinin çatışmaya katılmamış silahlı örgüt üyesinden daha büyük bir ceza almasının yolunu açmıştır. Böylece herhangi bir eyleme katılan biri 15-25 yıla varan hapis cezasıyla yargılanabilecektir. Çünkü tek bir eylemle, terör örgütü üyesi olmaktan, örgüt adına suç işlemekten, slogan attığı için propaganda suçundan, gösteri ve toplantı yürüyüşü kanununa muhalefetten ve eylemin özgün özelliklerine göre artabilecek suçlardan ayrı ayrı yargılanıp ceza almak mümkün olacaktır

Çocuklar İçin Adalet

Mevcut durumun kabul edilemez bir adaletsizlik yarattığına yönelik kamuoyunda ortak bir kanaat oluşturdu ve soruna neden olan kanunların Meclis’ten çıkmasını ve uygulanmasını sağlayan hükümet yetkilileri, çok açık ve istekli bir tutumla olmasa bile, bu konuda yeni düzenlemeler getirme arayışı içerisine girdi. Özellikle TMK’nın çok tartışılan 5. ve 9. maddeleri hakkında yeni düzenlemelerin yapılması ön planda görünmektedir.² TMK’nın veya Ceza Kanunu’nun bu konu ile ilgili yoğun eleştiriye konu olan diğer maddeleri hakkında ise henüz devlet yetkililerinden değişime dair bir mesaj kamuoyuna yansımamıştır. Yine TMK’da verilen cezaların ertelenmesini veya paraya çevrilmesini engelleyen 13. maddede değişiklik yapmaya yönelik herhangi bir işaret bulunmamaktadır. Bu haliyle ceza alan veya alacak olan çocukların alternatif uygulamalardan faydalanamaması anlamına gelmektedir. Yapılması planlanan bu değişiklikler sorunun çözümü konusunda yüzeysel kalacaktır. Hukuki çözüm konusunda Çocuklar İçin Adalet Girişimi’nin birçok uzmandan görüş alarak oluşturduğu değişiklik önerileri konunun hukuki bir zeminde çözümünü kolaylaştıracak önerilerdir. “Sorunun yasal olarak çözümü için TMK’nın 2, 5, 7, 9, 13 ve 17. maddelerinde çocukların yetişkinlerle aynı koşullarda yargılanmasını engelleyecek değişiklikler yapılmalı; TCK’nın 220/6. maddesine de Anayasa’nın 90. maddesi ve Çocuk Koruma Kanunu’na aykırı bir uygulamaya neden olmayacağına dair bir hüküm konulmalıdır”. Konu ile ilgili yapılabilecek önemli değişikliklere dair DTP’li iki milletvekilinin verdiği değişiklik önergesi yeterince gündeme gelememesine rağmen önemli sonuçlar yaratabilecek önerilerdir. Birincisi Şırnak

2 “Taş Atan Çocuklara” Yeni Formül, Radikal Gazetesi, 30 Eylül 2009

Milletvekili Sevahir Bayındır'ın 12-2-2009 tarihinde verdiği ve TMK'nın 9.Maddesinin son cümlesi ve 13.Madde'nin tamamının çıkarılmasına dair önerisidir.³ Diğer öneri ise Hakkari Milletvekili Hamit Geylani'den gelmiştir. Bu önerenin içeriği ise hem 5237 No'lu TCK'da hem de 3713 sayılı TMK'da değişikliklere dairdir. Özellikle yazıda değindiğimiz iki Yargıtay kararının ortaya çıkardığı sonuçlardan hareketle verilen önergede esas olarak gösterilere katılan kişilerin silahlı örgüt üyelerinden daha ağır şekilde ceza almalarının engellenmesini sağlayacak düzenlemeler önerilmiştir. Bu bağlamda TCK'nın 220.Madde'sinin 5,6,7. fıkraları yeniden yapılandırılarak 8. fıkrasının tümüyle çıkarılması önerilmiştir. Böylece “propaganda suçu” kaldırılıp, örgüt üyesi olmadan işlenecek suçlarda eski TCK'daki “yardım yataklığa” benzer bir uygulama tanımlanmıştır. Ayrıca TMK'da 7. Madde'nin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenen “terör örgütü mensuplarına yardım” ve “terörü teşvik edici propaganda” konularına ilişkin her iki fıkranın kaldırılması önerilmiştir. Bu iki önerinin dikkate alınması hem çocukların kendilerine özgü yargı koşullarına kavuşması hem de olası verilecek cezaların sadece işlenen suça göre olmasına katkı sunacaktır.

Sonuç olarak yukarıda söylediğimiz gibi mevcut sorunlu hukuki metinlere rağmen, yürütme ve yargının evrensel değerlere uygun bir tutumla yaklaşması halinde, bugünkü tablodan çok daha farklı, tutuklu çocuklar lehine sonuçlara varmak mümkündür. Özellikle Anayasa'nın 90. maddesinin uluslararası anlaşmalara ilişkin hükmünün uygulanmasını talep eden bir yargı kararı bile olumlu bir emsal olarak süreci iyileştirebilecektir. Elbette ki hukuki metinlerde yapılacak düzenlemeler bazı konularda iyileştirmeler yaratabilecektir. Ancak, her ne kadar tartışmalar daha çok hukuki metinler ve bu metinlerde yapılabilecek değişiklikler üzerinden sürdürülüyor olsa bile son tahlilde sorun hukuki olmaktan çok siyasaldır. Çünkü meşruiyeti tartışmalı Anayasa'dan başlayarak Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda temel değişiklikler yapılmadan sadece Terörle Mücadele Kanun'unda yapılacak birkaç değişiklik çok kısmi bir iyileşmeyi sağlayacaktır. Hukuki öneriler çözüm konusunda mesafe sağlasa da sorunun öz niteliğinden dolayı yeterli olmayacaktır. Çünkü Türkiye'deki hukuk sisteminin bir bütün olarak modern egemenliğin, hukukun iktidardan ve siyasetten bağımsızlaşması ütopyasının gerçekleştirmesini beklersek söz konusu çocukların büyümeden özgürleşmeleri çok güç olacaktır. Bu bakımdan kısa vadeli bir çözüm sağlamak için hukuki düzenlemeleri ısrarla talep etmek kadar stratejik bir çözüm arayışı bakımından devletin çocuklara evrensel haklarının gereği gibi yaklaşmasını sağlamak gerekmektedir. Özellikle Türk siyaset tarihindeki yürütme organlarının insanların evrensel haklarına yönelik “devletin ve milletin bölünmez bütünlüğü” çerçevesinde sınırlama, erteleme, reddetme tutumunun aşılması gerekmektedir. Bu bakımdan esas talep tam anlamıyla “demokratik ve özgürlükçü” bir ülke talebi olmalıdır. Bu gerçekleştiği takdirde çocukların hem

3 www.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0407.pdf+çocuklar+sevahir+bayındır&hl=tr&gl=tr

toplumsal yaşamda hem de hukuk karşısında çocuk olarak ve hak ettikleri şekilde yaşama hakları gerçekleşebilecektir.

Kaynakça

- Atabay, Canan. 19 Eylül, 2009. “Bir Hukuk Şakası: Taşa Atan Çocuklara 23 Yıl”. *Taraf Gazetesi*.
- Kardaş, Ümit. 01 Ağustos, 2009. “Bu Çocuklar Nereye Gider”. *Zaman Gazetesi*.

