

CEZA MUHALEMESİNDE CİNSEL SUÇ MAĞDURU KÜÇÜKLERİN KORUNMASI*

*Yazan: Prof.Dr.Heinz SCHÖCH***

*Çeviren: Prof.Dr.Nur CENTEL****

I. Küçüklerin cinsel istismarının önlenmesinde ceza hukukunun rolü

Ceza hukuku, her şey değildir; Ancak, ceza hukuku olmaksızın da, her şey bir hiçtir. Küçüklerin cinsel istismarını önleme konusunda ceza hukukunun payı, kısaca böyle ifade edilebilir. Bu tür eylemlerin önlenmesinde asıl önemli ve etkili biçimde katkıda bulunanlar; potansiyel fail ve mağdurların aileleri, ana okulları, okullar, gençlik kurumları ve eğitim danışma merkezleridir. Ancak, eğitim, aydınlatma ve önleme tedbirlerinin yeterli olmadığı hallerde; küçüğün etkili biçimde korunması için, ceza hukukunun genel ve özel önleme işlevine ihtiyaç duyulmaktadır. Ceza hukuku, potansiyel failleri korkutarak etkilemeli; mağdurun ve yurttaşların, hukukun işleyişine olan güvenini yeniden yaratmalı ve failin suçunu ispatlanmışsa, toplumun korunması için, onu tekrar suç işlemekten alıkoymalıdır.

Ceza hukukunun gelişmeye devam etmesiyle, bu görevlerin gelecekte daha iyi yerine getirilebileceğini umuyoruz. Ancak, cezaların anayasal sınırları nedeniyle, ceza hukukunun koruma etkisi fazla önemsenmemelidir. Hem yürürlükteki ceza hukuku, hem de gelecekteki muhtemel değişiklikler, bir ceza davasında sanığın ve onun müdafininin huzurunda uygulanamıyorsa, etkisiz kalacaktır. Cinsel suç faili için de aleni duruşmada çürütülmesi gereken İHAS m.6/II' deki suçsuzluk karinesi geçerlidir. Ceza hukukunun kendinden beklenen görevleri yerine getirebilmesi, küçüklerin, şüpheli

* Bu makale Politische Studien 48, Sonderheft 2/97, (Nisan 1997)'den çevrilmiştir.

** Münih Ludwig Maximilians Üniversitesi Ceza Hukuku Enstitüsü Kriminoloji, Genç Hukuku ve İnfaz Bölümü Müdürü.

*** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

failleri ihbar etme ve yargılama sırasında tanıklık yapma konularında ikna edilmelerine bağlıdır. Bunun için, Adliyenin korumasına güvenen ve ceza davasında yeniden mağdur olmaktan çekinmeyen, güvenilir tanıklara gereksinim vardır.

II. Ana babaların ceza davasında ikinci kez travmaya uğrama korkusu

Ceza davasından kaynaklanan mağduriyetin boyutları henüz bilimsel olarak kanıtlanamamış, ancak, bir çok münferit olayda belgelenmiştir. Sadece istismara maruz kalan küçüklerin karşılaşılabileceği sorunlar bile bu konuya dikkati çekmeye yeter. Bir çok ana baba bu nedenle ihbardan çekinmektedir. Bunun sonucunda da, fail eylemlerini devam ettirebilmektedir. Hatta, bazı ana babalar, küçüklerin ceza yargılamasının sıkıntılarına nasıl tepki gösterdiğini yaşayınca, cesaretlerini veya Adliyeye olan güvenlerini yitirmektedir.

Birkaç sene önce, şu olay basında yer almıştı: Dortmund Eyalet Mahkemesindeki bir ceza davasında, 39 yaşındaki bir fail, küçüklere cinsel tacizde bulunmakla suçlanıyordu. Tacize uğrayıp o sırada 12 yaşında olan bir kız çocuğu, annesiyle birlikte duruşmaya davet edilmiş, ancak anne yalnız gelmiş ve sorulması üzerine, çocuğa bu davetten söz etmediklerini ve çocuğun mahkemede tanıklık yapmasını istemediklerini bildirmişti. Bu kararı ana baba olarak, eşiyile birlikte almışlardı ve nedeni, çocuğun, tanıklık dolayısıyla, ruhsal zarara uğrayacağından korkmalarıydı. Söz konusu çocuk, dört yıl önce karşılaştığı eylemden dolayı korkuya kapılmış ve uyku bozukluğu çekmişti, mahkemede tanıklık yaparsa bunlar tekrarlayabilirdi. Mahkeme başkanı, anneye, çocuğun dinlenmesinden vazgeçilemeyeceğini, tekrar çağırıldığında gelmezse çocuğun zorla getirilmesinin söz konusu olacağını söylemişti.(bak. Meier 1991, 631; Niewerth 1994, 3762 vd.).

Ancak, ana baba çocuğun tanık olarak dinlenme ehliyeti bulunmadığına ilişkin doktor raporu getirince, duruşmaya zorla getirme söz konusu olmadı. Aslında, yürürlükteki hukuka göre, kural olarak, zorla getirilebilirdi. Çünkü, Alman CMUK m.51/bent 2'ye göre, usulüne uygun olarak davet edilen her tanık, yaşına veya kusur ehliyeti olup olmadığına bakılmaksızın, zorla getirilebilir. Sadece, gelmeme dolayısıyla yol açılan masrafların ödenmesine mahkumiyet, idari para cezasına mahkumiyet veya zor hapsi gibi ifade vermeye zorlayıcı araçlar, 14 yaşından küçük olanlara karşı uygulanamaz; çünkü, bu zorlayıcı araçlar kusur ehliyeti bulunmasını gerektirir. Ancak, bu olayda fail, basit cinsel taciz suçunu işlediğini itiraf ettiğinden, küçüğü zorla

getirmek, duruma da uygun düşmezdi.(bak.Meier 1991, 638: Kleinknecht/Meyer-Gossner, m.51 k.no.20).

Dortmund'daki davaya benzeyen olaylara uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Ana babalar, sık sık yargıçlardan, olanları yeni yeni unutmaya başladığı için, çocuğun dinlenmesinden vazgeçmelerini rica etmektedirler. Bu çabalar, genellikle terapistler veya gençlik kurumu görevlileri tarafından da desteklenmektedir.

Yargıçlar ve savcılar da sık sık ana babalarla aynı duyguları paylaşmakla birlikte, genellikle mükerrir olan failin haksız yere beraat etmesini göze alamadıkları için birçok davada çocuğun dinlenmesinden vazgeçmemektedirler. Bir kez ihbarda bulunmaya karar veren ana baba ya da gençlik kurumu, failin suçunu ispatlamak için artık yargılamanın sonuna kadar dayanmakla yükünlüdür. Bu aşamada maalesef terapiden geçici olarak vazgeçmek gerekir. Çünkü, terapi çok erken,muhtemelen hatta duruşmadan önce yapılırsa, küçük artık tanık olarak bir işe yaramaz (Niewerth, 1994, 372) ve tanıklık dolayısıyla ruhsal gelişmesi yeniden tehlikeye düşer.

III.Mağdur küçüğün ceza yargılamasında karşılaştığı olağandışı sıkıntılar

Ceza yargılamasında, özellikle duruşmada karşılaşılan sıkıntıların bazen dayanma sınırını aştığını,buna katılan hukukçular bilmektedir. Gençleri korumaya yönelik davalar, en çok korkulan davalardır. Alman Yargıçlar Birliğinin bu sorunlarla uğraşan bir komisyonunda deneyimli yargıçlar ve savcılar bu sıkıntılı durumlarda küçüklerin duruşmaya nasıl tepki gösterdiklerini şöyle anlatmaktadırlar: "Bu türdeki bazı davalarda, birçok küçük, duruşmada hazır bulunanların yüzüne karşı tek kelime söyleyemedi. Bazı küçüklerin ise, duruşma salonundan dışarıya kucakta taşınmaları gerekti, çünkü yürüyecek durumda değillerdi. Diğer bazıları da, tüm bu sıkıntılı durum dolayısıyla öylesine şaşırılmışlardı ki, sorular karşısında sayısız cinsel tacizden, failerin çokluğundan söz ettikten sonra, hatta savcıların bile cinsel tacizde bulunduğunu iddia ettiler" (Ceza Hukuku Büyük Komisyonu 1995, 11; Bu konuda: Kintzi 1996, 184 vd.).

Böyle durumlarda kuşkusuz, tacizin tüm ayrıntılarını açıklamaktansa, mağdurun korunmasına daha fazla ağırlık vermek yerinde olur. Uygulamada bu nedenle, çocuğu duruşmada tanıklık yapmaktan kurtarabilmek için, giderek daha sık yargıç, savcı ve müdafî arasında samîî ikrara teşvik amacıyla, cezayı hafifletme anlaşması söz konusu olmaktadır. Bu meşrudur,

ancak, sanığın esaslı ikrarı gerekir. Böylece belki Dortmund'daki davada fail cebir kullanmadan cinsel tacizde bulunduğunu ikrar ettikten sonra, artık cinsel eylemde cebirin söz konusu olduğunu ispattan vazgeçilebilirdi.

Ancak, birçok davada fail, hiçbir şey ikrar etmemekte ve böylece, rahatsızlık verici tanık olarak dinlenme durumu kaçınılmaz olmaktadır. Özellikle, çocuğun babasının veya üvey babasının sanık olduğu davalar, çok nazik ve tüm katılanlar için katlanılamaz olmaktadır. Bunu kamu yararı amaçlı mağdura yardım kuruluşu olan "Beyaz Halka" örgütündeki çalışmalarımda karşılaştığım bir örnekle somutlaştırmak isterim.

12 Yaşındaki A, gençlik kurumu eğitim danışmanlığı görevlisine, son iki yılda hemen her hafta üvey babası tarafından, normal, ters ve oral cinsel ilişkiye zorlandığını söyler. Görevli bunu savcılığa ihbar etmeye karar verir. Anne, polisteki ifadesinde, çocuğun birkaç kez bu durumu ima ettiğini, ancak, kendisinin buna inanmadığını ve A'yı gençlik kurumu eğitim danışmanlığına gönderdiğini söyler, üvey baba tutuklanır. Beş kişilik aile, tek para kazanan üyesini yitirir. Kısa sürede, zaruret öylesine büyür ki, anne için artık, ceza soruşturması değil, geçim sıkıntısı önemlidir. Bu nedenle anne, yargıcın tutuklamanın devamını denetleme işleminde tanıklıktan çekinme hakkını kullanır. Baba, tutukevinden salıverilir; küçük yurda yerleştirilir. A nefret, umutsuzluk ve suçluluk duyguları arasında bocalar. Ancak, tekrar tanık olarak dinlenme ve güvenilirlik raporu alınması kaçınılmazdır. Sonraki ifadeler sırasında varlığı gerekli olan görevlinin, vesayet mahkemesince atanması için haftalarca beklenir. Küçük tekrar ifade verip vermeme konusunda tereddüte düşer, ancak görevli kişi tarafından cesaretlendirilir.

Görevli kişi, A'ya duruşmada refakat eder. Hiç değilse başkan küçüğü, birçok diğer küçük gibi, duruşma salonu önünde üvey babası, annesi ve diğer tanıklarla birlikte beklemek zorunda kalmayacak biçimde davet etmiştir. A, çağrıldığında ağlar ve duruşma salonuna girmek istemez. Ancak başkan, üvey baba duruşma salonunda kalırsa, küçük için gerçekten Alman CMUK m.247 anlamında önemli bir zararın söz konusu olup olmayacağını anlamak istemektedir. Bunun için, sanığın duruşma salonundan çıkartılmasına karar verilmeye kadar, küçük ağlayıp bağırır ve kendi kendine vururken duruşma salonundan içeriye taşınır. Sonra A'nın beşinci kez, tüm ayrıntılara ilişkin sorulara katlanması gerekir. Yargıcın sorgusundan sonra, müdafinin kuşkuya düşürücü, giderek saldırganlaşan sorularına sıra gelir. Bu soruları, Alman CMUK m.241a/1'e göre başkanın yöneltmesi de durumu pek değiştirmez.

Sonuçta üvey baba, beş yıl özgürlüğü bağlayıcı cezaya çarptırılır. Ama küçük için neler pahasına. Küçüğün yargılama dolayısıyla psikolojik olarak daha fazla zarar görmesi ve ayrıca tüm ailenin mahvolması hukukçuların suçu mudur? Ceza hukukunun böyle zorluklara teslim olmayacağı inancındayım. Ancak, ceza hukukunun koruma görevi, küçüğün mümkün olduğu kadar az zarar görmesini sağlayacak ceza muhakemesi çerçeve koşulları yaratılmasını gerektirir. Sadece basit cinsel taciz halleri için de olsa, ceza hukukundan vazgeçmek, yanlış yöne sinyal vermek anlamını taşır.

IV. Sanığın meşru savunma hakları göz önünde bulundurularak ceza muhakemesinin küçüğe uygun biçimde oluşturulması

Belirtilen nedenlerle geçtiğimiz yıllarda, ceza muhakemesi yasasına, ceza yargılamasının çocuğa kötü etkilerini mümkün olduğu kadar azaltmaya yarayan şu özel hükümler eklendi: aleniliğin sınırlandırılması (Alman Mahkeme Teşkilatı Yasası m.172/Nr.4), duruşmada sanığın hazır bulunma hakkının sınırlandırılması (Alman CMUK m. 247/cümle 2), sadece başkanın soru sorabilmesi (Alman CMUK m. 241a), küçüğün istismarı ve cinsel tacize uğramasında davaya müdahale hakkı (Alman CMUK m.395/I no.1), güvenilir bir kişinin birlikte gelebilmesi (Alman CMUK m. 406f/III).

“Savcıların Görev ve Yetkileri Konusundaki Yönetmelik”te yer alan çok sayıdaki hüküm de, yargılamanın küçüğe uygun ve duyarlı biçimde yapılmasına yarayacaktır. Örneğin, birden fazla sorgudan kaçınma (m.19), kısa bekleme süresi ve sanıkla karşılaştırmadan kaçınma (m.135/II), küçüklere yönelik cinsel suçlarda yargılamanın hızlandırılması ve tutuklu sanık ailesinin yanına geri döndüğünde gençlik kurumuna bilgi verilmesi (m.221), küçüklerin istismarında savcılığın isim belirtmeden ve rumuzla yazı yazma yükümlülüğü (m.235/I) ve kural olarak, şahsi dava uyarısı yerine, ceza soruşturmasında kamu çıkarı bulunduğunu onaylama (m.235/II).

Tüm bu olanaklar ve mahkemenin aydınlatma ve tedbir alma yükümlülükleri, Alman hukukunda dava nedeniyle ikinci kez mağdur olma tehlikesini, çelişmeli Anglo Amerikan ceza yargılamasına oranla daha da azaltmaktadır. Bundan başka birçok yerde yargıçlar ve savcılar, “mahkemeye hazırlık programı” denilen programda küçüklere mahkeme salonunu göstererek ve yargılamanın nasıl yapıldığını, yargılamaya katılanların rollerini anlatarak, onların korkularını yok etmeye çaba göstermektedirler. Sanığın avukatı hazır değilse; bu program, bazen tarafsızlık sorunu açısından kuşku uyandırmaktadır (Ceza Hukuku Büyük Komisyonu 1995, 19 vd.). Bu nedenle, bir gençlik kurumu temsilcisinin

veya mağdurun danışmanının bu girişimi üstlenmesi, daha uygun olacaktır. “Beyaz Halka” gibi mağdura yardım örgütleri de bunu desteklemektedir.

Küçüğün korunmasına yarayan, ancak ender uygulanan bir olanağa da, Alman Yargıçlar Birliği Ceza Hukuku Büyük Komisyonu işaret etmektedir: Özellikle tehlikeli bir failin suçunu ispatın söz konusu olmadığı hallerde, küçüğü yetiştirme hak ve yükümlülüğü bulunanlar, onu duruşmaya getirmeyi reddederler ve küçük de gelmek istemezse, artık onu getirmek uygun olmaz (Kleinknecht, T./Meyer-Gossner, L. 1995, m.51 k.no.20). Küçük, ona uygun bir atmosferde naip yargıç ya da istinabe yargıç tarafından dinlenebilir. Bu şekilde kural olarak küçüğün sanıkla, özellikle sorun doğuran karşılaşması da engellenmiş olur (Alman CMUK m.224/II, 247/I-2. Bu konuda Karş.Kintzi 1996, 187).

Buna karşılık, konusu küçüğü istismar olan ve Worms davası diye adlandırılan davada bugüne kadar bir kez Mainz Eyalet Mahkemesi tarafından uygulanan canlı video yayını ise, tartışmalıdır. Bu davada küçük, yanında güvendiği bir kişi olduğu halde Adliyenin ona uygun olarak düzenlenen bir odasında başkan tarafından dinlenmiş ve bu, duruşma salonundaki 2x2 büyüklüğündeki perdeye video projektörleriyle yansıtılmıştı. Küçüğün dinlendiği oda ile duruşma salonu arasında telefon bağlantısı kurulmuştu. Başkanın duruşma salonundaki görevlerini vekili üstlenmiş ve ayrıca duruşmaya katılanların sorularını ve usuli açıklamaları, talepleri telefonla başkana iletmişti. Telefonlaşma duruşmaya katılanların tümü tarafından dinlenebiliyordu (Karş.Kintzi 1996, 191)*.

Böyle bir düzenleme tek yargıçlı mahkemelerde ve jürili mahkemelerde yapılamaz. Ayrıca, baskın görüşe göre bu, yürürlükteki hukukla da bağdaşmaz. Çünkü, Alman CMUK m.266’da, duruşmanın, ara verilmeksizin, hüküm kurmakla görevli kişilerin varlığında yapılacağı öngörülmektedir ve CMUK m.261’de, mahkemenin, duruşmadan edindiği özgür kanaatine göre karar vermesi gerektiği dile getirilmektedir. Bununla ifade edilen “doğrudan doğruya olmaklık ilkesi”, Mainz örneğinde yeteri kadar göz önünde tutulmamıştır; çünkü, normal duruşmanın önemli unsurları, ortadan kalkmıştır. Böylece, örneğin başkan, küçüğün ifadesine karşı sanığın sözsüz tepkisini izleyememektedir. Oysa, bu tür bilgiler, maddi gerçeğin bulunmasında önemli olabilir. Yargıçlar kurulunun başkana kendi izlenimlerini aktarmaları yeterli olmaz (Meier 1996, 455).

* *Çevirenin notu:* Alman hukukunda belli koşullarla bu uygulamaya olanak tanıyan CMUK m.247a, 1.12.1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bunun dışında, modern video teknik olanaklarının bu “anında nakil” de yarar sağlayıp sağlamadığı da kuşkuludur. Çünkü, video, daha çok küçüğün otantik açıklamalarının, gerçeğe yakın ifadelerinin veya canlandırma sahnelerinin tekrar verilmesinde yararlı olur, ancak burada sadece normal dinleme işleminden mekan olarak ayrılma söz konusu olmuştur. Buna tekrar değineceğim.

Öğretide, özellikle küçükler için daha az sıkıntı verici olduğundan, Mainz örneğinin olumlu deneyimlerine yer verilirken, örneğin İngiltere ve İskoçya’da bu usule başvurulabileceğinin yasada açıkça düzenlendiği göz önüne alınmalıdır. Çünkü, orada bizdeki anlamda olmayan çapraz sorgunun getireceği ek sıkıntılar küçük için katlanılmazdır.

Duruşmada ayrı bir odadan naklen video yayını yararlı kabul etmek, Adalet Bakanlığının görüşünde de olduğu gibi, yasa değişikliğini gerektirir. Buna göre mahkeme, tanığın, tanıklık yaparken duruşma salonundan başka bir odada durmasına ve söylediklerinin aynı anda görüntü ve ses olarak duruşma salonuna nakledilmesine karar verebilir. Yani Mainz örneğinden farklı olarak başkan, korunması gereken tanığın dinlenmesi sırasında duruşma salonunda kalmalı, soruları telefon, kulaklık veya monitör ile küçüğün tanıklık yaptığı odaya iletilmelidir. Bu model İngiltere ve Galler’de uygulanmakta, küçük yan odada güvenilir bir kişiyle beraber bulunmaktadır (karş.Köhnken 1995, 378; Meier 1996, 455).

Çok masraflı da olan bu teknik düzenlemelerin, sanığın duruşma salonundan uzaklaştırılmasına oranla daha yararlı olduğundan kuşku duymaktayım. En azından bu olanak, küçüğün tanık olarak dinlenme sayısını en aza indirme sorununu çözememektedir. Zira şimdiye kadarki istismar davalarında küçüğün, ortalama, inanılırlık raporu dahil, dört kez tanık olarak dinlenmesi kural olmuştur. İstinaf veya duruşmanın tekrarı söz konusu olursa, bu sayı daha da yükselmekte, altıya yediye çıkmaktadır. Tam unutmaya, kafasından uzaklaştırmaya çalışırken, sürekli yeniden olayla karşı karşıya gelmek kuşkusuz küçük için en büyük sıkıntıdır. Bu olaylarda yargılama genellikle bir yıldan daha uzun sürdüğünden küçük bir türlü iç huzuruna kavuşmamaktadır⁴.

V. Önemli hedef: delil gücü olan erken ilk dinleme yoluyla tekrar tekrar tanıklık yaptırmaktan kaçınma

İstismar edilen küçüğün tanıklık sayısını bire ya da nihayet ikiye indirmeli ve bunu mümkün olduğu kadar olaya yakın bir zaman diliminde gerçekleştirmelidir.

Yürürlükteki hukuk çerçevesinde bir çok yerde, ilgili makam ve örgütlerin tutumlarını mümkün olduğu kadar erken aşamada birbirleriyle uyumlu hale getirmek çabası gösterilmektedir. Özellikle savcılık, polis, gençlik kurumu, sorgu yargıcı, vesayet yargıcı ve mağdur danışmanı ve keza mümkün olduğu kadar erken aşamada müdafî planlama kapsamına alınmalıdır. Hazırlık soruşturmasında bu konudaki girişimin savcılıkça yapılması gerektiği akla yakındır. Savcılıklarda “küçüklerin cinsel istismarı ve cinsel cebir” konularında özel yetkili daireler kurulması uygun olur (Kintzi 1996, 186).

İdeal olarak yargılama şöyle yürümelidir (Ceza Hukuku Büyük Komisyonu 1995, 13): Anne, muhtemelen gençlik kurumu ile görüştüğünden sonra ihbarda bulunma konusunda kararını vermeli ve küçükle birlikte savcılığın özel dairesine başvurmalıdır. Kadın savcı, ilk randevuya inanılabilirlik bilirkişisini de çağırmalıdır. Küçüğe uygun olarak dekore edilmiş bir odada küçük dinlenmeli, aynı anda bilirkişi de sorularını sorabilmelidir. Tutulan tanıklık tutanağına dayanarak savcılık, kuvvetli suç şüphesi varsa, sanığın tutuklanmasını isteyebilir. Aynı anda, bu ilk tanıklığa göre, geçici bir inanılabilirlik raporu hazırlanır. Böylece hazırlık soruşturmasında artık küçüğün tekrar dinlenmesine gerek kalmaz.

Ancak, sanık bu ciddi ilk dinlemeye rağmen suçu inkar ederse, tutuklama için yeterli suç şüphesinin aydınlatılması amacıyla, tutuklamaya karar verecek yargıcın huzurunda yeniden bir tanıklık söz konusu olur. Genellikle bunu inanılabilirlik incelemesinde daha ayrıntılı bir ifade ve nihayet daha sonraki duruşmada nihai tanıklık takip eder. Ceza muhakemesi hukukumuzda, tanıkların şahsen dinlenmesi ilkesi geçerlidir. Çok sınırlı hallerde, daha önceki tanıklık beyanı tutanağının okunmasıyla yetinilebilir. Ancak, tüm katılanların onayıyla, yani kural olarak sadece sanığın ikrar etmesi durumunda bu daha kolaydır (Alman CMUK m.251/I no.4). Ancak, muhakeme hukuku da, zaten tartışmalı hallerde liyakatını göstermelidir. Bu nedenle, mağdur küçük tanıkların daha iyi korunması için, değişiklikler öngörülmelidir.

VI. Hazırlık soruşturmasında yetkili hakim önündeki tanıklığın videoya kaydı

Yürürlükteki hukuka göre, kural olarak küçüğün ve yasal temsilcisinin onayıyla, yargıç, savcı veya polis önündeki beyanların videoya kaydı mümkündür (Kintzi 1996, 188). Ancak, bu kayıtlar, küçüğün tanıklığının yerine geçemez, sadece onu tamamlar (Meier 1996, 457). Keşif delili olarak, sadece küçüğün daha önce ne söylediğine açıklık getirir ve sadece istisnai

hallerde geçerli olan duruşmada tanıklık yerine önceki tanıklık beyanı tutanağının okunması anlamına gelmez.

Öğretide bazı yazarlarca ileri sürüldüğü gibi, belge okunmasına dair hükümlerin kıyasen uygulanması kabul edilse de (Alman CMUK m.251/II 1), video kaydının değerlendirilmesi ancak savcılığın, müdafinin ve sanığın onayıyla, yani kural olarak tartışmalı olmayan davalarda caizdir. Bu nedenle, yasaya açıklık getirilmesi gerekir.

Bu konuda olumlu bir adım, 19.06.1996 tarihli Federal Konsey Tasarısıdır (BT Drs.13/4983). Tasarıya göre, ses ve görüntü kayıtlarını geniş ölçüde kullanılabilir hale getirme amacına, ancak kayıtların hazırlık soruşturmasında yargıcın dinlemesi ile sınırlandırılmasıyla ulaşılabilir. Bununla, isabetli olarak, bu düzenlemenin istisnailik niteliği vurgulanmaktadır. Ayrıca, CMUK m.250/II'nin yeni düzenlemesiyle küçük tanığın duruşmada şahsen tanıklığı yerine video kaydının gösterilmesine izin verilmesi de olanaklı hale getirilmelidir*.

Delil ikamesine başlarken video kaydının gösterilmesinin, bir çok davada faili kısmen veya tamamen ikrarda bulunmaya yönelteceği ve dolayısıyla küçüğün duruşmada yeniden tanıklık yapmasına gerek kalmayacağı umulabilir. Ancak, mahkemenin gerçeği araştırma yükümlülüğü açısından ve sanığın hukuk devletinden kaynaklanan yargılama güvenceleri nedeniyle ve özellikle o anda sanığın yeni itirazlar ileri sürmüş veya olaya ilişkin açıklamalar yapmış olması durumunda ise yeni bir tanıklık gerekebilir.

Ancak, mümkünse tek kalması ve polisteki, savcılıktaki veya bilirkişi önündeki ifadelerin önüne geçmemesi gereken, yargıç önündeki video kayıtlı bir erken tanıklığı sağlama sorunu, Federal Konsey Tasarısında henüz açıkça çözümlenmiş değildir.

-
- *Çevirenin notu:* Alman hukukunda tanığın dinlenmesinin videoya çekilmesi konusunda yasal düzenleme 1.12.1998'de yürürlüğe giren CMUK m.58a ile yapılmıştır. Madde şöyledir: (1) Tanığın dinlenmesi videoya çekilebilir. Aşağıdaki hallerde ise çekilmelidir: 1.Suçtan mağdur olan kişi 16 yaşından küçük ise veya 2.Tanığın duruşmada dinlenemeyeceğinden korkuluyor ve kayıt gerçeğin araştırılması için zaruri görülüyor ise. (2)Video kaydı ancak ceza soruşturması amacıyla ve gerçeğin araştırılması için zaruri olduğu ölçüde kullanılabilir. m.100b/6, 147 ve 406e kıyasen uygulanır.

Bu esas, hazırlanmasına Münihli meslektaşların Roxin ve Schüler-Springorum ile benim de katıldığım yeni bir alternatif tasarıda daha açık olarak yer almaktadır. Buna göre, doğrudan gençlik kurumu, polis veya savcılığa ilk ihbarla birlikte başlayabilecek olan, ancak bugüne kadar sadece savcılık düzeyinde ender olarak gerçekleştirilmiş bulunan , bu bir araya toplama, teke indirgeme çabaları, baştan itibaren delil gücü bulunan yargıç önünde erken tanıklığa yönelik olmalıdır. Buna, küçüğün yanında yargıç, savcı, bilirkişi, hatta sanığın tüm itirazları ve karşı açıklamaları göz önüne alınabilir diye, sanığın müdafii de katılabilir. Çünkü, bu konuda, gerekli bilgi ve deneyime çok az sayıda yargıç veya savcı sahiptir (bu konuda kuşkulu: Volbert/Pieters 1993, 50). Yargıcın sorumluluğu ve denetimi altında yapılan bu dinleme, video kaydıyla tespit edilmelidir. Sanık bu aşamada yargıç işlemlerinde hazır bulunma hakkını kullanırsa (karş.CMUK m.168/I), soruşturmanın amacını veya tanığın konuşma yeteneğini tehlikeye düşürmesi ihtimali bulunan hallerde salondan çıkartılabilir ve bir yan odada ses ve görüntü nakli yoluyla küçüğün tanıklığını izleyebilir ve sorularını yöneltebilir (AE-ZVR m.162a).

Önerilen bu yol, bir çok halde söz konusu küçükle ilgili eylemin daha çabuk incelenmesine olanak tanımakla kalmaz, aynı zamanda mahkumiyet kararı verilmesine yetmeyecek kuşkulu ifadelerin de ortaya çıkmasına yarar. Çünkü, böyle durumlarda, davanın uzun duruşma aşamasından sonra beraatla sonuçlandırılmasındansa, davanın erken bir yargılama aşamasında sona erdirilmesi tüm ilgililer için en iyi çözümdür.

VII. Mağdur avukatı ve küçüğün avukatı

Cinsel özgürlüğe yönelik suçların mağdurları için davaya müdahale yetkisinin yanı sıra, CMUK m.406g'ye göre mağdura uzman danışman sağlama olanağı getirilmesi, 1986 tarihli mağdurun korunması yasasının en önemli kazanımlarından biridir. Bu yolla, baştan itibaren küçükler açısından CMUK m.406f/III'e göre güvenilir kişi bulundurulması yanında, bir avukat da hazırlık soruşturmasında mağdurun çıkarlarını koruyabilir. Mahkeme masrafları yardımı talebi için mahkemenin avukat tayini (Alman CMUK m.297a, HUMK m.114 vd.), uygulamada yetişkinlerdense küçükler söz konusu olduğunda, çok daha iyi işlemektedir. Bu nedenle, Bavyera Eyaletinin Federal Konseyde sunduğu mağdur avukatı talebini içeren yasa talebi küçükler için özellikle önemlidir. Ayrıca, Bavyera Eyaletinin önerdiği, CMUK m.142'deki ölçüye göre avukat tayini, bu hallerde mağdura avukat yardımının sanığa müdafii mecburiyeti öngörülmesi kadar önemli olduğunu ifade etmektedir.

Bu gibi durumlarda uygulamada asıl sorun, mağdur tanıkların hakları konusunda bilgilendirilmeleri (karş. Alman CMUK m.406h) ve ender olmayan, ana babanın çıkarlarının çatışması durumudur. Örneğin, anne şikayet dilekçesi vermek ya da çocuğun babası, üvey babası veya birlikte yaşadığı kişi aleyhine tanıklık yapmak cesaretini gösteremiyorsa, hukuki durumu hakkındaki bilgiler, aile hukukuna ilişkin sonuçlarla birlikte küçüğe verilmelidir.

Bu hallerde “Beyaz Halka” gibi ben de, gençlik kurumunun veya savcılığın talebi üzerine vesayet mahkemesinin veya ceza mahkemesinin atadığı yetiştirme görevlilerinin onayı aranmaksızın mağdur müşaviri olarak CMUK m.406g’ye göre atanacak “küçük avukatı” kurumunun ihdasını zaruri görüyorum. Alman Yargıçlar Birliğinin Ceza Hukuku Büyük Komisyonu (1995, 66 vd.), küçük avukatı kurumunu gereksiz buluyor. Çünkü, küçük açısından, psikolojik ve pedagojik eğitimi olan güvenilir kişinin yardımını, avukatla himayeden daha önemli görüyor. Kuşkusuz bu genel olarak doğrudur. Ancak, aile içi istismar olaylarında, güvenilir kişiye de ancak hukuk müşaviri aracılığıyla ulaşılabilir ve güvenilir kişi genellikle hukuki bilgiye sahip değildir, ceza muhakemesindeki ve aile hukukundaki himaye olanaklarını harekete geçiremez*.

VIII. Psikolojik rahatsızlıkları aşma fırsatı olarak ceza yargılaması

Yukarıdaki açıklamalarımın, küçüklerin cinsel istismarında ceza davasının her ne pahasına olursa olsun yürütülmesi gerektiği anlamı çıkarılmamalıdır. Burada ihbar yükümlülüğü yoktur ve eğitim görevlilerinin mümkün olduğunca küçükle birlikte, suçtan kaynaklanan sorunların üstesinden en iyi nasıl gelebileceklerine karar verebilmesi için öyle de kalmalıdır.

Ancak, şikayet dilekçesi vermenin getireceği yarar ve zararları değerlendirirken, şunun bilincinde olunmalıdır: Ceza yargılamasında küçüğün korunması için tüm olanaklar kullanılmaktadır ve sonuna kadar dayanılan bir ceza yargılaması, birçok olayda cinsel istismardan kaynaklanan psikolojik rahatsızlıkların aşılmasına katkıda bulunmaktadır.

* *Çevirenin notu:* Alman hukukunda 1.12.1998’de yürürlüğe giren Tanığın Korunması Hakkında Yasa ile, tanığa avukat atanmasını düzenleyen CMUK m.68b getirilmiş, CMUK m.397a’da, mağdura avukat atanması konusunda değişiklik yapılmıştır.

Kaynakça

- AE-ZVR: Alternativ Entwurf Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmefreiheit. Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, München 1996.
- Grosse Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes (1995): Die Stellung des Kindes im Strafverfahren I. Das Kind als Opfer im Strafverfahren. Unveröffentlichtes Manuskript 1995.
- Kintzi, H. (1996): Stellung des Kindes im Strafverfahren. Deutsche Richterzeitung 1996, 184-193.
- Kleinknecht, T./Meyer-Gossner, L.: Strafprozessordnung Kommentar, 42. Aufl. München 1995.
- Meier, B.-D. (1991): Zwischen Opferschutz und Wahrheitssuche, Juristenzeitung 1991, 638-645.
- Meier, B.-D. (1996): Kinder als Zeugen im Strafverfahren. –Überlegungen zum Einsatz der Videotechnologie und Vorschläge zur gesetzlichen Umsetzung. Recht der Jugend und des Bildungswesens (RDJB) 1996, 451-462.
- Köhnken, G.: Video im Gericht-Modelle und Erfahrungen aus Grossbritannien. Strafverteidiger 1995, 376-380.
- Niewerth, L.: Umgang mit Kindern und Jugendlichen als Opfer sexueller Gewalt- Möglichkeiten und Grenzen des geltenden Rechts. Zentralblatt für Jugendrecht 1994, 372-375.
- Volbert, R., Pieters, V.: Zur Situation kindlicher Zeugen vor Gericht, Bonn 1993.