D. 5/2018 Yargıtay/Hukuk No: 186/2016

 (Lefkoşa Genel İstida No: 85/2016)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti: Ahmet Kalkan, Bertan Özerdağ, Peri Hakkı

İstinaf eden: Mehmet Ay, Lefkoşa (Müstedi)

 ile

Aleyhine istinaf edilen: No.1- KKTC Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığı, KKTC Polis Genel Müdürlüğü vasıtasıyla KKTC Başsavcılığı, Lefkoşa

 No.2- KKTC İçişleri Bakanlığı vasıtasıyla KKTC Başsavcılığı, Lefkoşa

 (Müstedialeyhler)

 A r a s ı n d a

İstinaf eden namına: Avukat Recep Sağlam

Aleyhine istinaf edilenler namına: Savcı Doğa Kutay

Lefkoşa Kaza Mahkemesi Kıdemli Yargıcı Çiğdem Güzeler'in, 85/2016 sayılı Genel İstidada, 30.11.2016 tarihinde verdiği karara karşı, Müstedi tarafından yapılan istinaftır.

------------

**K A R A R**

Ahmet Kalkan: Bu istinafta, Mahkemenin kararını, Sayın Yargıç Bertan Özerdağ okuyacaktır.

Bertan Özerdağ: Bu istinafta Müstedi/İstinaf Eden bundan böyle sadece Müstedi, Müstedialeyh/Aleyhine İstinaf Edilenler ise sadece Müstedialeyhler olarak anılacaktır. Alt Mahkeme Müstedinin istidasını 30.11.2016 tarihinde ret ve iptal etmiş, istinaf bu karardan dosyalanmıştır.

OLGULAR

 Müstedi, 1.7.2016 tarihinde dosyaladığı istida ile istidanın A, B ve C paragraflarında belirtilen ve Müstedinin sabıka kaydında yer alan sabıkaların silinmesini talep etti.

 Müstedi, istidaya ekli yemin varakasında, KKTC vatandaşlığı için başvurmuş olduğunu, sabıka kaydında yer alan suçlardan dolayı vatandaşlığa kabul edilmediğini, taksicilik mesleği ile iştigal ettiğini ve sabıka kaydının işini de etkilediğini, sabıka kaydında belirtilen suçların üzerinden 5 yıldan fazla bir süre geçtiğini, sabıka kaydına konu suçların tümünde para cezası verildiğini ileri sürmüştür.

 Müstedinin emare olarak sunduğu sabıka kaydında bulunan suçların ve verilen cezaların tafsilatı şöyledir:

**Suç tarihi Suç Tanımı Alınan Ceza**

**5.2.1993 13 ile 16 yaşları arasındaki 1.000.000 TL**

 **kızlarla cinsi münasebet veya 1 ay hapis**

**17.8.1994 rahatsızlık 500.000 TL**

**17.8.1994 kavga 500.000 TL**

**1.8.2000 kavga 40.000.000 TL**

**1.8.2000 rahatsızlık 20.000.000 TL**

 Müstedialeyhler istidaya itiraz dosyalamışlar ve ekli yemin varakasında 13 ile 16 yaşları arasındaki kızlarla cinsi münasebet suçuna konu 5.2.1993 tarihli sabıkasının silinemeyeceğini, zira bunun yüz kızartıcı bir suç olduğunu, Müstedinin bu suçtan mahkumiyet tarihinin 25.5.1993 olduğunu, Müstedinin bu mahkumiyetinden sonra, Yasanın öngördüğü 5 yıllık süre dolmadan, 18.1.1996 tarihinde kavga ve rahatsızlık suçlarından mahkum olduğunu ve dolayısıyla hem Yasada 5 yıllık süre içerisinde suç işlenmeyeceği koşulunun yerine getirilmediğini hem de yüz kızartıcı suç olduğundan 13 ile 16 yaşları arasındaki kızlarla cinsi münasebet suçuna ilişkin sabıkanın silinemeyeceğini ileri sürdüler. Aynı şekilde 18.1.1996 tarihli sabıkadan 5 yıllık süre dolmadan, 1.8.2000 tarihinde suç işlendiği cihetle 1996 yılında işlenen sabıkaların da silinemeyeceğini ileri sürdüler.

 Müstedialeyhler 2001 yılındaki sabıkanın silinmesine itirazlarının olmadığını bildirdiler.

 Taraflar, duruşmaya geçmeden önce Alt Mahkemede ihtilafsız olguları kaydetmişlerdir. Bu olgular şunlardır:

* Müstedinin T.C. vatandaşı olduğu,
* Müstedinini ikamet adresinin Lefkoşa olduğu ve Muhterem Mahkemenin yetki alanı içerisinde olduğu,
* Müstedinin KKTC'de çalışma izni ile bulunduğu ve çalışma izin süresinin 1/7/2018 tarihine kadar geçerli olduğu,
* Müstedinin 30/2016 sayılı Yasa ile tadil edilmiş 26/2012 sayılı Yasa kapsamında mahkemeye müracaat hakkı olduğu,
* Müstedinin 3 dosya 5 kalemden oluşan sabıkasının olduğu,
* Müstedinin sabıka kayıt fişinde görülen 12/1/2001 mahkumiyet tarihli kavga ve rahatsızlık suçlarının silinmesi hususunda hemfikir olunduğu,
* Müstedinin sabıka kayıt fişinde görülen 25/5/1993 mahkumiyet tarihli 13 ile 16 yaş arasındaki kızlarla cinsi münasebet suçunun işlendiği tarih olan 5/2/1993 tarihinde, ilgili suçun Ceza Yasası tahtında ağır ceza kapsamında olmadığı ve mezkur suçun 26/2012 sayılı Yasadan sonra Ceza Yasası'nda yapılan tadilat ile 7/2/2014 tarihinde ağır ceza kapsamına alınan bir suç olduğu.

 Tarafların mutabakatı neticesinde Sanık Avukatı ve Savcının beyanı ile Mahkemeye, Müstedinin Çalışma İzni Emare No.1, İkametgah Belgesi Emare No.2, Sabıka Kayıt Belgesi Emare No. 3, 1863/1993 Sayılı Ceza Davası Hükmü Emare No.4, Adli Sabıka Bildirim Fişi Emare No.5 ve Yasa ile ilgili KKTC Meclisinde 11.4.2012 tarihinde gerçekleşen Toplantı Tutanakları Emare No.6 olarak sunulmuştur.

 İhtilafsız olguların kaydı ve emarelerin sunulmasından sonra, taraflar tanık çağırmadan mahkemeye hitap etmekle yetinmişlerdir.

 Duruşma neticesinde kararını açıklayan Alt Mahkeme, Müstedinin (A) paragrafında belirtilen sabıkasının yüz kızartıcı suç olduğundan silinemeyeceğine, (B) ve (C) paragraflarına konu sabıkalarının ise silinebileceğine bulgu yapmış olmakla birlikte, herhangi bir şahadet sunulmadığından kişinin iyi halli olduğuna kanaat getirilemeyeceğine de bulgu yaparak, istidayı ret ve iptal etmiş ve masrafların Müstedi tarafından ödenmesine emir vermiştir.

 İstinaf bu karardan dosyalanmıştır.

İSTİNAF SEBEPLERİ

 Müstedi istinafında 7 istinaf sebebi ileri sürmekle birlikte, Müstedinin istinafını üç başlık altında toplamak mümkündür:

1. **Muhterem Alt Mahkeme, Müstedinin iyi halli olmadığına bulgu yapmak, istida uyarınca emir vermemek ve istidayı reddetmekle hata etti.**
2. **Muhterem Alt Mahkeme, 13 yaş ile 16 yaş arasında kızlarla cinsi münasebette bulunma suçundan mahkumiyete dayanan sabıka kaydını yüz kızartıcı bir suç olarak kabul etmek ve istida uyarınca emir vermemekle ve/veya istidayı reddetmekle hata etti.**
3. **Muhterem Alt Mahkeme, Müstedinin 2000 yılından bu yana suç işlemediğini veya başvuru tarihinden 5 yıl öncesine kadar suç işlemediğini veya sabıkası olmadığını dikkate almamakla ve/veya istida uyarınca emir vermemekle ve istidayı reddetmekle hata etti.**

İddia Makamı tarafından dosyalanan 4 başlık altındaki mukabil istinafı ise aşağıdaki başlıklar altında özetledik:

1. **Muhterem Alt Mahkeme, sabıka kaydından bulunan iki mahkumiyet arasında 5 yıllık sürenin geçmiş olması koşulunu aramamakla hata etti.**

1. **Muhterem Alt Mahkeme, yasa koyucunun amacını veya niyetini nazara almadan ve/veya bu hususta varsayıma dayanarak karar vermekle hata etti.**
2. **Muhterem Alt Mahkeme, 13 ile 16 yaşları arasında kızlarla cinsi münasebet suçunun işlendiği tarihi esas alıp bu suçun bu başvuruyu yaptığı tarihte ağır ceza kapsamında bir suç olduğu bulgusuna varmamakla hata etti.**

TARAFLARIN İDDİA VE ARGÜMANLARI

Davacı Avukatı hitabında özetle şu iddialarda bulunmuştur:

 Müstedinin mahkum olduğu 13 ile 16 yaş arasında kızlarla cinsi münasebette bulunma suçuna konu sabıkasından başvuru tarihine kadar Yasanın öngördüğü 5 yıllık süre geçmiştir. Bu suç herhangi bir yasada yüz kızartıcı suç olarak tanımlanmamıştır. Bu nedenle Alt Mahkemenin bu suçu yüz kızartıcı bir suç olarak kabul eden bulgusu hatalıdır.

 Alt Mahkemede Müstedinin hayatını iyi halli sürdürdüğü olgusu taraflarca ihtilafsız olgu olarak kaydedilmiş olduğundan, bu hususun ispat edilemediği bulgusu hatalıdır.

 Belirtilenlerle, Müstedinin istinafının kabul edilerek talep edilen şekilde sabıka kaydının silinmesine emir verilmesi gerekir.

 Davalılar adına istinafta hitapta bulunan Savcı ise, hitabında şu iddialarda bulunmuştur:

 Taraflar, Müstedinin hayatını iyi halli sürdürdüğünü ihtilafsız olgu olarak kaydetmemişlerdir. Kaldı ki, bu hususu ihtilafsız olgu olarak kaydetseler dahi, Alt Mahkemenin bu hususta bir bulgu yapabilmesi ve kanaat getirebilmesi için Müstedinin iyi halli bir hayat sürdürdüğüne dair olguların mahkemeye sunulması veya ispat edilmesi gerekmektedir.

 Müstedinin sabıkasının kaydından itibaren 5 yıllık bir süre geçmeden başka bir suç işlendiğinden, bu sabıkanın silinebilir olduğuna bulgu yapan Alt Mahkeme hatalı bir bulguya varmıştır.

 Yargıtayın bu konuda verdiği son karar dikkate alındığında, Alt Mahkemenin B ve C paragraflarına konu sabıkaların silinebileceği bulgusu hatalıdır.

 Neticede istinafın reddi ve mukabil istinafın kabulü gerekmektedir.

İNCELEME

 Müstedinin istinaf sebepleri 3 başlık altında özetlenmiş olmakla birlikte, bunları tek başlık altında incelememiz mümkündür. Mukabil istinaf sebeplerinin de, yine aynı şekilde Sanığın istinafı altında incelenmesi daha uygun olacaktır.

1. **Müstedinin başvurusuna konu sabıkalar 26/2012 sayılı Yasa kuralları uyarınca silinebilir mi?**

İstinafa konu edilmiş Alt Mahkemenin üç bulgusu bulunmaktadır. Bunların ilki, Sanığın istidaya konu sabıkalarının üzerinden 5 yıl geçmiş olduğudur.

**26/2012 sayılı Sabıka Kaydının Silinmesi Yasası'nın** 4.maddesinde öngörülen sabıka kaydından itibaren 5 yıllık sürenin geçmesi halinde sabıka kaydının silinebileceği kuralı ile ilgili **Yargıtay/Hukuk 92/2013 Dağıtım 29/2017** kararında şu ifadeler kullanılmıştır:

**“Bir mahkumiyet tarihinden itibaren başvuru tarihine kadar 5 yıl geçmemiş olan bir kaydın silinemeyeceği açık bir kuraldır.”**

Yer verdiğimiz kararda belirtilen prensip uyarınca, bir sabıkanın kaydından itibaren başvurunun yapılacağı tarihe kadar 5 yıllık sürenin geçmesi gerekmekle birlikte, yine aynı maddenin 4.fıkrası altında bu süre dolmadan bir suç işlendiğinde bu sabıka kaydının silinmesi söz konusu olamaz. Bununla birlikte, sabıka kaydında yer alan sabıkalara konu mahkumiyetlerde para cezalarının ödenmesinden itibaren, sabıkaların herhangi birinin üzerinden 5 yıllık sürenin geçmiş olması durumunda ise, o sabıkanın silinebilmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Bu kuraldan hareketle, Sanığın istidasında belirttiği ve sabıka kaydında yer alan suçlarla ilgili verilen para cezalarının ödenmesinden 5 yıllık bir süre geçmemiş olduğundan, istidada A ve B paragraflarında yer alan sabıkaları silinemez. Bu yönde bulgu yapan Alt Mahkeme hatalı bir karar vermiştir. İddia Makamı, bu konuda dosyaladığı mukabil istinafında haklıdır.

Sabıka kaydında yer alan ve istidanın C paragrafında belirtilen son iki sabıkaya konu suçların para cezalarının ödenmesinden itibaren 5 yıllık süre dolmuş olduğundan ve bu süre zarfında herhangi bir suç işlenmediğinden, bu sabıkaların bu kural açısından silinebilmesine engel yoktur.

Belirtilenlerle, ikinci başlık altında incelenecek 13 yaş ile 16 yaş arasında kızlarla cinsi münasebet suçuna bağlı kaydedilen sabıkaya konu para cezasının ödenmesinden itibaren 5 yıllık süre dolmadan başka bir suç işlendiğinden bu sabıka silinemeyeceğinden, bu suçun ağır ceza kapsamında ve/veya yüz kızartıcı bir suç olduğu ile ilgili dosyalanan ikinci istinaf sebebinin incelenmesine gerek kalmamıştır.

Sanığın diğer bir istinaf sebebi, Alt Mahkemenin Sanığın iyi halli olduğuna bulgu yapmamakla hata yapmış olduğudur. Alt Mahkemenin bu bulgusunu üçüncü başlık olarak inceleyeceğiz.

 Alt Mahkeme, Mavi 58'de Yasanın 5.maddesinin 2.fıkrasına atıf yaparak, sabıka kaydının silinebilmesi için Yasanın 4.maddesinde belirtilen koşulların gerçekleşmesi ve mahkemenin kişinin iyi halli olarak hayat sürdüğüne kanaat getirmiş olması gerektiğini belirterek, meseleye doğru kuralları uygulamıştır. Bu husus Yasanın 5.maddesinde düzenlenmektedir:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| "Mahkemeye Başvuru ve Sabıka Kaydının Silinmesi | 5. | (1) | ........... |
|  |  | (2) | Bu Yasanın 4’üncü maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmesi ve kişinin hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması halinde mahkeme, sabıka kayıtlarının silinmesine karar verebilir. |
|  |  | (3) | ............" |

 Mahkemenin sabıka kaydının silinmesine emir verebilmesi için; kişinin iyi halli olduğuna kanaat getirmesi, mahkemenin de bu kanaata varabilmesi için ise ya yemin varakasında ya da sunulan şahadetle bunun mahkemeye gösterilmesi gerekmektedir.

Alt Mahkeme, Müstedinin istidasına ekli yemin varakasında böyle bir iddia yapılmadığı gibi bu hususta herhangi bir şahadet de sunulmadığını tespit ederek, istidanın reddine emir vermiştir. Alt Mahkeme, kararında, bu bulgusuna varmamış olsa idi, istidanın (B) ve (C) paragrafları altında emir vereceğini belirtmiştir.

Mahkeme istidayı bu açıdan reddederken, bu kanaatin oluşabilmesi için ilgili olguların istidaya ekli yemin belgesinde gösterilmesi veya en azından bu konuda şahadet sunulması gerektiği bulgusuna varmış, bununla birlikte yemin belgesinde bu kanaatin oluşabileceği olguların ileri sürülmediği ve herhangi bir şahadet ibraz edilmediği cihetle istidanın reddine karar vermiştir.

İyi hal, Yasanın aradığı bir unsur olduğundan, istidaya ekli yemin belgesinde iyi hal ile ilgili olguların açıkça yer alması, bu olguların reddedilmesi halinde şahadetle ispatı gerekmektedir.

Müstedi, ihtilafsız olarak kaydedilen olgularda bu hususun mevcut olduğu nedeniyle ispatının gerekmediği iddiasını yapmıştır. OLGULAR kısmında yer verdiğimiz ve ihtilafsız olarak kaydedilen olgularda, özellikle Müstedinin hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü konusunda ihtilafsız bir olgu kaydı yoktur. Dolayısıyla Müstedi Avukatının bu hususu Alt Mahkemede taraflar nezdinde ihtilafsız olgu olarak kaydedildiği iddiasının bir mesnedi bulunmamaktadır. Kaldı ki, istinafa konu mesele açısından, "iyi hal" tarafların mutabakatla belirleyebilecekleri bir unsur veya olgu değildir. Mahkemenin, iyi halli bir hayat sürdürmekte olduğuna ilişkin kanaati, tarafların uzlaşısı ile oluşamaz. Müstedinin bu konuda mahkemeyi ikna edebilecek nitelikteki şahadeti ibraz etmesi gerekir. Dolayısıyla, ihtilafsız olgu iddiasının bu anlamda bir önemi yoktur.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, bir sabıka kaydının silinmesi talep ediliyorsa, Yasada öngörülen koşulların mevcudiyeti yanında mahkemenin Yasa tarafından verilen takdir hakkını kullanabilmesi için başvuranın hayatını iyi halli olarak devam ettirdiğini gösteren beyanın yemin varakasında yer alması ve bu konuda şahadet sunulması gereklidir.

Müstedi yemin varakasında çalışma izni ile taksicilik yaptığını ileri sürmüş ve bu olgu ihtilafsız olgu olarak kaydedilmiştir. Bunun haricinde, Müstedinin hayatını ne şekilde sürdürdüğü veya iyi halli olup olmadığı hususunda bir iddia ileri sürülmediği gibi, Müstedi mahkemede şahadet de vermiş değildir.

İstinafa konu meselede, Alt Mahkeme, yemin varakasında bu yönde olgu olmadığı yanında şahadet de sunulmadığına vurgu yaparak, mahkemede bu kanaatin oluşamadığına bulgu yapmıştır. Alt Mahkemenin bu bulguya ulaşarak istidanın reddine karar verirken doğru prensipler üzerinden kararını gerekçelendirdiğinden, huzurunda bulunmayan bir olgu hususunda kanaat oluşmadığı sonucuna varmasında bir hata yoktur.

Belirtilen gerekçelerle Müstedinin istinafının reddedilmesi gerekir.

İddia Makamı ise mukabil istinafında kısmen başarılı olmuştur. Bununla birlikte Alt Mahkemenin nihai olarak verdiği sonuçta hata olmadığından, mukabil istinafın da reddine emir verilir.

SONUÇ

İstinafın ve mukabil istinafın reddine emir verilir. İstinaf masrafları ile ilgili emir verilmez.

Ahmet Kalkan Bertan Özerdağ Peri Hakkı

 Yargıç Yargıç Yargıç

20 Şubat 2018