D.12/2020 Birleştirilmiş

 Yargıtay/Ceza No:36/2018 ve 37/2018

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti: Gülden Çiftçioğlu,Bertan Özerdağ,Beril Çağdal

 Yargıtay/Ceza No:36/2018

 (Gazimağusa Ceza Dava No:2625/2017)

İstinaf eden: Ümit Tarsus, Merkezi Cezaevi – Lefkoşa.

 (Sanık)

 ile

Aleyhine istinaf edilen: KKTC Başsavcısı – Lefkoşa.

 (Davayı İkame Eden)

 A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Avukat Şakir Karataş

Aleyhine istinaf edilen namına: Savcı Serhan Bundak

 Yargıtay/Ceza No:37/2018

 (Gazimağusa Ceza Dava No:2625/2017)

İstinaf Eden: KKTC Başsavcılığı – Lefkoşa.

 (Davayı İkame Eden)

 ile

Aleyhine istinaf edilen: Ümit Tarsus, Merkezi Cezaevi –

 Lefkoşa.

 (Sanık)

 A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Savcı Serhan Bundak

Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Şakir Karataş

Gazimağusa Kaza Mahkemesi Yargıcı Gökan Asafoğulları'nın, 2625/2017 sayılı davada, 30.4.2018 tarihinde verdiği karara karşı, Sanık ve İddia Makamı tarafından yapılan istinaflardır.

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

**K A R A R**

Gülden Çiftçioğlu: Bu istinafta, Mahkemenin hükmünü, Sayın Yargıç Beril Çağdal okuyacaktır.

Beril Çağdal: Sanık, aleyhine getirilen Fasıl 154 Ceza Yasası-nın 243. maddesine aykırı olarak 3.3.2017 tarihinde Gazimağusa’da kanuna aykırı bir fiil ile, yani elleri ile boğazından tutup yere yatırarak ayakları ile vücudunun muhte-lif yerlerine tekme vurmak suretiyle, Kemal Kaleci’yi ciddi şekilde darp edip hakiki bedensel incinmesine sebep olmakla itham edilmiştir. Sanığın ithamı kabul etmemesi üzerine mese-lenin duruşması yapılmıştır. Sanık yapılan duruşma neticesinde mahkûm olup 1 ay hapis cezasına çarptırılmıştır.

 Sanık tarafından mahkûmiyet ve cezanın türüne karşı dosyalanan 36/2018 sayılı istinafla İddia Makamı tarafından cezanın aşikâr surette az olduğu iddiasıyla ceza aleyhine dosyalanan 37/2018 sayılı istinaf birleştirilerek dinlenmiş-tir.

 Her iki istinaftaki istinaf sebeplerini aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür:

36/2018 sayılı istinaftaki istinaf sebepleri:

 Sanık tarafından dosyalanan istinaf ihbarnamesi 17 istinaf sebebi içermektedir. Sanık Avukatı istinaftaki hitabında ceza-nın türüne dair dosyalanan istinaf sebebini geri çekmiştir. Geriye kalan istinaf sebeplerini tek başlık altında toplamak mümkündür:

 **“Gazimağusa Ağır Ceza Mahkemesi Sanığı mahkûm etmekle hata etmiştir.”**

37/2018 sayılı istinaftaki istinaf sebepleri:

 İddia Makamı tarafından dosyalanan istinaf ihbarnamesinde yer alan 3 istinaf sebebini ise;

**“Davanın tüm olguları ve suçun işleniş tarzı dikkate alın-dığında 1 ay hapislik süresi aşikâr surette azdır.”**

şeklinde tek başlık altında incelemeyi uygun gördük.

Tarafların iddia ve argümanları:

 Sanık Avukatı hitabında, duruşma safhasında Tanıtma A olarak ibraz edilen 4 Mart 2017 tarihli gazeteyi emare olarak kabul etmemekle Alt Mahkemenin hata yaptığını, ilgili gazete-deki fotoğraftan, Müştekideki yaralanmanın göğüste olduğunun, görüldüğünü iddia edildiği şekilde Müştekinin boğazında yaralanma olmadığının anlaşılacağını; Müştekinin polis memuru olan babasının Müştekiye şahadeti esnasında müdahale ettiği ve şahadetini değiştirdiğini, Emare No.1 kamera görüntülerini içeren CD’de Sanığın Müştekiyi düşmemesi için tuttuğu ve yerden kalkması için ayağıyla dürttüğünün görüldüğünü, bunun tekmeleme olmadığını; Alt Mahkemenin, darp suçunda Sanığın niyetinin önemli olmadığı bulgusunun hatalı olduğunu; Alt Mahkemenin, “yaralanma olduğunu müdafaa reddetmedi” şeklindeki bulgusunun da hatalı olduğunu; Alt Mahkemenin, Müdafaa Tanığı No.4 Doğa Dağcılar ve No.5 Halime Kahraman’ın “Evet oraya geldi. Sonra Kemal dengesini kaybetti. Öğretmen düşmesin diye tutarak yavaşça yere indirdi” şeklindeki şahadetine ilişkin hiçbir bulgu yapmadığını; Alt Mahkemenin bu tanıkların şahadetine itibar etmediğine dair bir bulgusu olmadığını, dava konusu olay öncesinde Müştekinin boynuna atlayan bir başka öğrenci olduğunu Müştekinin istintakında kabul etmesine, tahkikat memurunun da bunu, istintakında, CD’den gördüğünü ifade etmesine karşın, Alt Mahkemenin bu olayı sadece bir “çekme” olarak nitelendirmesinin hatalı olduğunu; İddia Makamı Tanığı No.8 Erem Can Koral’ın olay anında bulunduğunu söyle-diği yerden olayı görme imkânı olmadığına dair, Müdafaa Tanığı mühendis Mehmet Kayal’ın şahadetini değerlendirmeyerek Alt Mahkemenin hata yaptığını; Müştekinin tutarsız şahadetine itibar ederek hata yaptığını; Okul Müdürü Orçun Ali Dayı’nın tekrar tanık olarak çağrılması talebini reddetmekle de Alt Mahkemenin hatalı olduğunu, Müşteki ve Tanık No.8 Erem Can Koral’ın 11 yaşında olmaları ve yeminin anlam ve sonuçlarını anlamadıklarını; yeminli şahadet vermemeleri gerektiğini; Müdafaa tanıklarının ise psikiyatri uzmanının kontrolu sonra-sında şahadet verdiklerini; bir an için İddia Makamının küçük tanıklarının yeminli şahadet verdikleri kabul edilse dahi, bu şahadetin teyidinin gerekli olduğunu; İddia Makamı Tanığı No.6 Ödül Kaleli’nin sürekli Müştekiye hareket yaptığını, şahadete müdahale ettiğini; Haksız Fiiller Yasası’nda öğretmen davranı-şının yani, Müştekiyi kalkması için teşvik etmesinin bu suçu oluşturmadığını, yaralama niyetinin suçun unsuru olduğunu; Tüm bu nedenlerle Sanığın mahkûmiyetinin hatalı olduğunu iddia etmiştir. Mukabil istinafa yanıt olarak ise, Sanığın bir aylık hapis cezasını çekmiş olduğunu; ilk etapta görevinden uzaklaştırıldığını; 60-70 bin TL maaş kesintisine uğradığını; cezasını çekip bitirdikten sonra da 8 ay maaş kesintisine uğradığını; toplamda 110.000 TL’lik maaş kesintisine uğradığı-nı; daha fazla bir cezanın yersiz olacağını ifade etmiştir.

 İddia Makamı adına bulunan Savcı ise hitabında, Emare No. 1 CD görüntülerinde Sanığın Müştekiyi yakalayıp boynundan tuttuktan sonra yere atarak yerde üçü net olarak görünen, biri ise tam olarak vurup vurmadığı net olmayacak şekilde 3-4 kez tekmelediğinin görüldüğünü; Tanıtma A olarak sunulan gazete-nin, gazeteyi baskıya hazırlayan kişi tarafından emare yapıl-mak istendiğini; haberi hazırlayan gazeteciye ise tanık celbi çıkarılmış olmasına karşın bu tanığın Mahkemede dinletilmediği nedeniyle tanıtmanın emareye dönüştürülmediğini, daha sonra şahadete gelen İdris Deniz’e de aynı gazetenin büyütülmüş şekliyle emare yaptırılmak istendiğini; ancak, tanıtmanın aynisi olması nedeniyle Alt Mahkemenin onu da Emare olarak almamasının doğru olduğunu; İdris Deniz’in sunmuş olduğu şahadetin büyük bir kısmı Tanıtma A üzerinden olduğu nedeniyle bu şahadetin değer görmemesinde hata olmadığını; 11 yaşında olan Müştekinin şahadetinden önce yemini anlayıp anlamamasına ilişkin İddia Makamı tarafından bir çok soru yöneltildiğini ve Müştekinin bu sorulara cevaplar verdiğini; diğer küçük tanık olan Erem Can Koral ve Müştekiyi dinletmeden önce Sosyal Hizmet Memurunun çocukların yemini anlayıp anlamamalarına ilişkin şahadet sunduğunu; Mahkeme tarafından her iki küçükle ilgili yemini anladıkları bulgusu yapıldıktan sonra küçüklerin şahadet sunduğunu; istintak safhasında bir soruya verilen yanıt sonrasında küçüklerin dinin tüm kurallarını bilmedikleri iddiasını yapan İstinaf Edenin bu iddiasında haklı olmadığını; dini inanca ilişkin sonradan ortaya çıkan bir hususun yeminin geçerliliğini etkilemeyeceğini; Müdafaa Tanığı No.5 Halime Kahraman’ın olay anında topun peşinden olayın olduğu yerin tam ters istikametine doğru koşmakta olduğunun Emare No. 1 CD görüntülerinden görüldüğünü; Tanığın da bu hususu istintakında kabul ettiğini; savunmanın diğer tanığının ise Sanığın ayağı ile bir hamlesi olduğunu, Müştekiyi dürttüğünü söylemesinin ise Sanığın Müştekiyi tekmelediğinin teyidi olduğunu; Müştekinin sol tarafında bir yaralanma olmamasının nedeninin ise Emare No.1 CD görüntülerinden de görülebileceği gibi Müştekinin yerde iken aldığı iki darbe sonrasında üçüncü darbeyi almadan kalkmaya çalışırken tekmelendiği ve yuvarlana-rak kalktığı nedeniyle çocuğun sadece sağına veya soluna vuruldu denemeyeceğini; Alt Mahkemenin Müştekide oluşan küçük çizik ve berelerin dahi Fasıl 154’ün 243. maddesi unsurlarını oluşturduğu bulgusunun doğru olduğunu; bu bulgunun doktor raporunda yer alan boyun ön bölgesinde hiperemi ve 2.5 cm’lik çizik şeklindeki ifadeyle örtüştüğünü; Savunmanın, yaralanma-nın olay anından önce başka bir çocuğun Müştekinin boynuna sarılmasıyla oluştuğu iddiasının doğru olmadığını; görüntüler-de de Müştekinin boynuna sarılma olmadığının görüldüğünü; sadece arkasından çeken bir çocuk olduğunu; İdris Deniz’in diğer çocukla yaşanan arbede sonucu Müştekinin yaralandığı iddiasına itibar edilmemesi gerektiğini ve etmeyerek Alt Mahkemenin doğru yaptığını; çünkü İdris Deniz’in görüntüleri izlemeden ve Tanıtma A’ya bakarak bir rapor düzenlemiş olduğunu; Müştekiyi muayene ederek tıbbi bulgulara varan doktorun bulgularının görüntülerle de uyumlu olduğunu; İddia Makamı Tanığı No.8 Erem Can Koral’ın bulunduğu yerden olay yerini görmesinin mümkün olmadığına dair savunma tanığı mühendis Mehmet Kayal’ın istintakında sabit bir noktadan ölçümlerini yaptığını söylediği ancak Erem Can Koral’ın şahadetinin görüntülerle uyumlu olduğu ve bir yerde sabit bir şekilde durmadığından Alt Mahkemenin mühendis tanığın şahadetine itibar etmemekle hata etmediğini; Sosyal Hizmet Memurunun küçüklerin yanında bulunmasının İddia Makamı tarafından talep edildiği; Alt Mahkemenin bunu uygun gördüğü, her iki çocuğun şahadetinden de herhangi bir müdahalesi olmadığının görüldüğünü; Haksız Fiiller Yasası’nın müştekiyi yere atıp tekmelemeye cevaz vermediğini, Müştekinin yemin tahtındaki şahadetinin teyidinin gerekmediği ancak Emare No. 1 CD görüntüleriyle İddia Makamı’nın diğer tanıklarının Müştekinin şahadetini teyit ettiğini, Alt Mahkemenin Sanık Avukatının talebi doğrultusunda Orçun Ayda isimli tanığı tekrardan tanık olarak çağırmamakla hata etmediğini ifade etmiştir.

 İddia Makamı adına bulunan Savcı, ceza aleyhine istinafına ilişkin olarak bir öğretmenin okulun teneffüs saatinde bir çocuğu diğer çocukların izlediği bir anda darp etmesinin çok ciddi ve vahim bir suç olduğunu; çocuğun emanet edildiği kişi tarafından işlenen suçta kamu yararının diğer ciddi darp suçlarından daha ön planda olması gerektiğini, 1 aylık cezanın ne kamu vicdanını rahatlatacak şekilde ne de benzer suç işlemeye tevessül edecek kişileri caydırır nitelikte olmadığını, ciddi darp davasının meslek hayatını etkileyeceği hususu ve Müştekide kalıcı yaralanma olmaması, hafifletici neden olarak alınsa dahi, bunlara bu derece önem verilmemesi gerektiğini iddia etmektedir.

İnceleme

 Birleştirilerek dinlenen istinaflarda Sanık tarafından yapılan istinafın temelinin, Alt Mahkemenin huzurundaki şaha-detin yanlış değerlendirildiği, şahadet kurallarının hatalı uygulandığı şeklinde olduğu görülmektedir. Sanık Avukatı tara-fından istinafın duruşmasında üzerinde en çok durulan konular-dan biri, Alt Mahkemenin, huzuruna Tanıtma A olarak sunulmuş olan 4.3.2017 tarihli Halkın Sesi Gazetesi’ni emare olarak kaydetmemesi hususudur. Sanık Avukatına göre, gazetede yer alan röportajda yer verilen Müştekinin fotoğrafından, yara-lanmanın iddia edildiği şekilde Müştekinin boğazında değil göğsünde olduğu görülecek ve böylece fotoğrafı içeren gazetenin emare yapılması Sanığın beraatini sağlayacaktı.

 İlgili gazetenin emare yapılmak istenmesine ilişkin Alt Mahkeme huzurundaki süreç incelendiği zaman, gazetenin önce Müdafaa Tanığı No.7 Murat Ağabiğim tarafından emare olarak ibraz edilmek istendiği görülmektedir. İlgili Tanık Halkın Sesi Gazetesi’nde görsel yönetmendir ve şahadetinde 4 Mart 2017 tarihinde gazetenin dijital ve basılı yayınında bir bası yaptığını; bunun Müştekinin yaralanması ile ilgili bir haberi içerdiğini de ifade etmiştir. Gazetenin ilgili haber ve fotoğ-rafı içeren nüshasının emare yapılmak istenmesi üzerine İddia Makamı adına bulunan Savcı, emare yapılmak istenen gazetenin Gamze Pir Baykur isimli gazetecinin Müştekinin annesiyle yaptığı röportajı içerdiği, Tanığın haberin içeriğiyle ilgili bilgi sahibi olmaması ve istintak hakkının elinden alınacağı nedeniyle gazetenin emare yapılmasına itiraz etmiştir. Sanık Avukatı ise o safhada, gazetenin günlük basılan bir gazete olduğu ve “public document” niteliği taşıdığı nedeniyle emare olarak sunulabileceğini iddia etmiştir.

 Alt Mahkeme, yapılan itiraz üzerine gazetenin “public document” niteliği taşımadığı bulgusunu yaptıktan sonra, Müdafaa Tanığı No.7’nin sunulmak istenen gazete sayfasına konu edilen haberin hazırlayıcısı olmadığı nedeniyle ilgili haber dolayısıyla şahsen bilgi sahibi olmadığı; sunulmak istenen gazetenin sürekli tutulan bir kayıt olmayıp ilgili güne özel çıkmış bir haber olduğu gerekçesiyle gazetenin emare olarak kaydının mümkün olmadığı şeklinde bir karar vermiştir. Bu karar üzerine gazete Tanıtma olarak ibraz edilmiş ve o şekilde kaydolunmuştur.

 Müdafaa Tanığı No.8 olarak şahadet veren Adli Tıp Uzmanı İdris Deniz Tanıtma “A” olarak işaretlenmiş olan gazete haberinin internet çıktısını emare olarak sunmak istemiş; bunun üzerine İddia Makamı tarafından yapılan itiraz neticesinde Alt Mahkeme daha önceki yönlendirici emrini (ruling) takip ederek, haberi hazırlayanın hazır olmadığı gerekçesiyle 4 Mart 2017 tarihli Halkın Sesi Gazetesi’nin internet çıktısının Adli Tıp Uzmanı tarafından emare yapılma-sı talebini reddetmiştir. Sanık Avukatının internet çıktısını tanıtma olarak sunma talebini ise Alt Mahkeme Tanıtma A olarak işaretlenen evrakın aynisi olduğu nedeniyle reddetmiştir.

Sanık Avukatının 4.3.2017 tarihli gazetenin emare olarak kabul edilmemesine ilişkin yakınması iki boyutta ele alınma-lıdır; birincisi, gazetenin Müdafaa Tanığı No.7 Murat Ağabiğim tarafından ibrazına ilişkin Alt Mahkemenin ret kararının hatalı olup olmadığı, ikincisi ise gazetenin Tanıtma ‘A’ olarak kaydından sonra Müdafaa Tanığı No.8 Adli Tıp Uzmanı İdris Deniz tarafından emare yapılmak istenmesine ilişkin ret kararının hatalı olup olmadığı.

 Alt Mahkeme, gazetenin Müdafaa Tanığı No.7 Murat Ağabiğim tarafından emare olarak ibrazını reddederken, gazetenin ‘public document’ olarak kabul edilemeyeceği; keza, gazeteyi sunmak isteyen tanığın ibraz edilmek istenen gazete haberine ilişkin şahsen bilgisi olmadığı gerekçelerine dayanmıştır. Alt Mahkemenin bu bulgusu üzerine gazete Tanıtma A olarak kayde-dilmiştir.

 Duruşma zabıtlarından ve Sanık tarafından ileri sürülen istinaf sebeplerinden anlaşılmaktadır ki, gazetenin emare yapılmak istenmesi, gazetede haber yapılan konuyla bağlantılı olarak, yayımlanan fotoğrafta yer alan (veya Sanık Avukatına göre yer almayan) darp izine ilişkindir. İlgili gazetenin fotoğrafı çekenin hazır olmadığı halde emare yapılması halinde İddia Makamının fotoğrafa ilişkin istintak hakkının elinden alınacağı aşikârdır. Bu nedenle, Alt Mahkemenin gazetede yer alan fotoğrafı çeken kişi dışında biri tarafından emare olarak ibraz edilmesine izin vermemesinde hata bulunmamaktadır.

 Sanık Avukatı istinafın duruşmasında haberi yapan gazete-ci Gamze Pir Baykur’a Alt Mahkemede tanık celbi çıkartmış olmalarına karşın Mahkemede tanık olarak dinletmediklerini kabul etmiştir.

 Yukarıya aktarılan süreç incelendiği zaman, Alt Mahkemenin haberi hazırlayan ve fotoğrafı çeken kişinin yokluğunda fotoğrafı içeren gazeteyi ve gazetenin internet çıktısını emare olarak kabul etmemekle hatalı davranmadığı aşikârdır.

Sanık Avukatı hitabında, Müşteki ve İddia Makamı Tanığı No.8 Erem Can Koral’ın yeminin anlam ve sonuçlarını anlamadık-larından yeminli şahadet vermemeleri gerektiği, bir an için yeminli şahadet verdikleri kabul edilse dahi şahadetlerinin teyidinin gerektiğini ifade etmiştir. Sanık Avukatı İddia Makamının küçük tanıklarının yeminin anlam ve sonuçlarını anlamadığı argümanını, istintakı aşamasında küçüklere dinle ilgili sormuş olduğu sorulara doğru yanıt vermedikleri iddia-sına dayandırmaktadır. Sanık Avukatına göre kutsal sayılan değerlerin bilinmemesi neyin üzerine yemin edildiğinin de bilinmediğini göstermektedir.

 Alt Mahkeme, kararında, “yemin veren bir tanığın bir dine mensup olması gerekmediği gibi, bunun için sadece gerçekleri ve doğruları söyleyeceğinin bilincinde olması yemin vermesi için yeterlidir. Yine bir çocuğun dini inancı olmaması veya yetersiz olması sebebi ile verdiği yeminin geçersiz olmaya-cağı, bunun için gerçeği söyleyeceği bilincinde olmasının yeterli olduğu anlaşılmaktadır” (Mavi 397) gerekçesiyle, Sanık Avukatının küçük tanıklarının şahadetlerinin yeminsiz kabul edilmesi gerektiği iddiasına itibar etmemiştir.

Alt Mahkeme zabıtları incelendiği zaman, küçük Müşteki ve küçük Erem Can Koral’ın şahadet vermeleri öncesinde, Mağusa Sosyal Hizmetler Dairesi’nde görevli Sosyal Hizmet Uzmanı’nın, küçüklerin sosyal gelişmeleri açısından kendilerini ifade edebilme becerilerinin gelişmiş olduğu, yeminin ne demek olduğunu ve Mahkemenin nasıl bir yer olduğunu idrak edecek çocuklar oldukları ve yemin tahtında şahadet verebilecekleri şeklinde bir şahadet sunduğu görülmektedir.(Mavi 108)

 Zabıtlardan, her iki tanığın şahadet vermeden önce İddia Makamı tarafından “yemin”in ne demek olduğu konusunda sorgu-landıkları ve esas şahadetlerine geçilmeden önce Mahkemenin her iki tanık için yeminin anlamını kavrayabileceği kanaatini hasıl olduğu nedeniyle yemin tahtında şahadet vermelerini uygun bulduğunu belirttiği görülmektedir.

 Sanık Avukatı ise istintakı esnasında her iki tanığın din bilgisini sorgular mahiyette sorular sormuş ve küçüklerin dini bilgilerinin yetersiz olduğu kanaatine vararak şahadetlerinin yeminsiz addedilmesini talep etmiştir.

 Küçük yaştaki çocuğun Mahkemede vereceği şahadet ve “yemin” mefhumuna ilişkin yasal durumun ne şekilde olduğu incelendiği zaman Fasıl 9 Şahadet Yasası’nın 9.maddesinde öngörülen, “kimse, küçük yaştaki bir çocuğun yeminsiz şahadeti ile herhangi bir suçtan mahkûm edilemez, meğer ki bu gibi yeminsiz şahadet Sanığı suçlu gösterecek esaslı başka bir şahadetle teyit edilmiş olsun” şeklindeki düzenlemenin varlı-ğıyla karşılaşılmaktadır.

 Alt Mahkemenin kararında da temas edilen G.M Pikis’in “Criminal Procedure In Cyprus” isimli eserde sayfa 100’de “Oath-Affirmation başlığı altında şu görüşe yer verilmiştir:

*“At Common Law, every witness who believes in God and in a future state of rewards and punishment and the moral obligation of the oath he is about to take, is eligible to take the oath. He need not be a Christian and will be allowed to take the oath if the above conditions are satisfied.”*

 Yukarıdaki alıntıdan görüleceği üzere, “Common Law’a” göre Tanrıya inanan ve gelecekte vuku bulacak bir vaziyette mükâfatlandırılmak ve cezalandırılmak müesseseleri ile etmek üzere olduğu yeminin ahlâki yükümlülüğüne inanan her tanık yemin etmek için ehildir. Bu hususların varlığı halinde yemin etmesine müsaade edilir; bu kişinin illa ki belirli bir dine mensup olması gerekmemektedir.

 Aynı eserde sayfa 101’de ise şu ifade yer almaktadır:

*“The testimony of a child who does not understand the nature of the oath may be received without the child taking the oath. The fact that a child does not understand the nature of the oath or that a witness objects to taking the oath must be recorded in the minutes of the court. If it is made to appear, in the course of the evidence of a witness who has taken an oath to tell the truth, that he had no religious belief or that the taking of the oath was contrary to his religious belief, such discovery will in no way affect the validity of the oath”*

 *“Yeminin mahiyetini anlamayan bir çocuğun şahadeti, çocuk yemin etmeden de alınabilir. Çocuğun yeminin mahiyetini anlamadığı veya bir tanığın yemin etmeye itirazda bulunduğu Mahkeme tutanaklarına geçirilmelidir. Eğer, gerçeği söylemeye yemin etmiş olan bir tanığın şahadeti sırasında bu tanığın dini bir inancı olmadığı veya yeminin edilmesinin tanığın dini inancına ters olduğu ortaya çıkartılır ise, bu bulgu hiçbir surette yeminin geçerliliğini etkilemez.”*

Tanrıya inanıp, hayattaki davranış ve eylemleri için ile-ride vuku bulacak bir ödüllendirme veya cezalandırma ile kar-şılaşacağının bilincinde olan, yeminin manevi yükümlülüğünü anlayan herkes yemin tahtında şahadet sunabilir. Alt Mahkeme-nin de temas ettiği Pikis Criminal Procedure In Cyprus isimli eserde sayfa 100’de başlayan ve yukarıda temas edilen görüş de bu yöndedir. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, yemin tahtında şahadet vermek için yeminin manevi yükümlülü-ğünü anlamak yeterlidir; tanığın belirli bir dine mensup olması gerekli değildir.

 İddia Makamının küçük tanıklarının Sosyal Hizmetler Uzma-nı’nın şahadeti ve İddia Makamı ile Mahkemenin yeminin anlamı-nı algılayıp algılamadıkları şeklindeki sorgulamaları sonra-sında, Mahkemenin yemin tahtında şahadet sunabileceklerine kanaat getirmesi hatalı değildir. Mahkemenin bu kanaate varması sonrasında sırf küçüklerin din bilgilerinin yeterli olmadığı şeklindeki müdafaa iddiası sonrasında yeminin geçersiz addedilmesinin reddedilmesi de hatalı değildir.

 Sanık Avukatı hitabında, Alt Mahkemenin darp suçunda Sanığın niyetinin önemli olmadığı bulgusunun da hatalı olduğu-nu iddia etmiştir. Alt Mahkeme kararından, Sanık Avukatının Sanık aleyhindeki suçun ispatı için “yaralama niyetinin” ispat edilmesi gerektiğini ileri sürerken Yargıtay/Ceza 45/1984 D.9/1985 sayılı içtihada atıfta bulunduğu anlaşılmaktadır.

 Alt Mahkeme kararında temas edilen ve müdafaa tarafından Alt Mahkemeye referans olarak verildiği anlaşılan Yargıtay/

Ceza 45/1984 D.9/1985 sayılı kararda;

“Yukarıdaki hukuki prensipler çerçevesinde denebilir ki fiilen bir darb işlenme neticesi yaralanma olduğu hallerde sanık, müşteki ile fiziki temasa geldiğine göre sanık bu fiziki darbın neticesinde müştekiyi yaralamayı hafif de olsa göze almış ve fiilin doğal neticesini istemesi halleri dışında niyet etmiştir ve suçlu bulunması gerekir. Darb teknik olarak işlenmişse tüm olgular ve meselenin özelliği dikkate alınarak yaralama niyeti olup olmadığı olgulardan istihraç edilebilir veya edilemeyebilir. Tabiatıyle yaralama niyeti şüpheden ari olarak isbat edilmemişse sanık suçlu bulunmayıp beraat eder.

 Önümüzdeki meselede sanık müştekiyi teknik olarak değil de fiili olarak darb etmiştir. Zor durumda kalan sanık merdiven-ler yerine platformdan atlamak zorunda kalarak yaralanmıştır. Bu durumda yukarıdaki hukuki prensipler çerçevesinde sanığın itham edildiği Fasıl 154 madde 243 altında suçlu bulunması hatalı değildir.”

Şeklindeki görüş incelendiği zaman, Fasıl 154 madde 243 tahtında, fiili bir darp neticesinde yaralanmanın olduğunun İddia Makamınca ispatlanması halinde İddia Makamının 243. madde altında ispat yükümlülüğünü yerine getirdiği kabul edildiği anlaşılmaktadır. Belirtilenler ışığında, Alt Mahkeme-nin bedensel fiili yaralanmaya sebep olan hareketi gösterenin; (başka bir ifadeyle, aleyhine Fasıl 154 madde 243 tahtında dava getirilen bir Sanığın) doğrudan bu hareketinin sonuçla-rından sorumlu olacağı; şeklindeki bulgusunda hata yoktur.

 İstinaf eden Avukatının hitabında dile getirdiği bir diğer iddia, öğretmen Orçun Ayda’nın tekrardan tanık olarak çağrıl-ması talebini reddetmekle Alt Mahkemenin hata ettiği şeklinde-dir.

 Müdafaa Avukatının tekrar tanık çağırma talebinin Alt Mahkeme tarafından reddedilmesine ilişkin süreç incelendiği zaman, bu talebin müdafaa tanıklarının dinlenmesine başlandık-tan sonra yapıldığı ve gerekçesinin ise İddia Makamı Tanığı tahkikat memurunun şahadetinin sorgulanabilmesi maksatlı oldu-ğu görülmektedir. Sanık Avukatı Alt Mahkeme huzurunda öğretmen Orçun Ayda ve Okul Müdürü Kenan Tuncay’ın yeniden dinlenmesini talep etmekle birlikte istinaf aşamasında sadece Orçun Ayda’nın tekrar tanık olarak dinlenmesine ilişkin talebinin üzerinde durmuş ve tahkikat memurunun şahadetinde kamera kayıtlarında görülen çocukları Orçun Ayda’nın tanımadığını söylediğini ancak, tahkikat memurunun Orçun Ayda’dan sonra şahadet verdiği için Orçun Ayda’yı bu konuda sorgulama fırsatı olmadığı nedeniyle tekrar tanık olarak çağırmasına izin verilmemesinin hatalı olduğunu iddia etmektedir.

Alt Mahkeme, Sanık Avukatının tekrar tanık çağırma talebine ilişkin değerlendirmesinde Ceza İstinaf 7/1971 sayılı kararda söylenenlere temas ederek, Mahkemenin tekrar tanık çağırma konusunda geniş takdir yetkisi bulunduğu; bu yetkinin adaletin tecellisi için kullanılması gerektiği hususlarını vurgulamıştır. Alt Mahkeme Fasıl 155 Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası madde 54’de yer alan düzenlemenin ne İddia Makamının davasını kuvvetlendirmek ne de müdafaa tarafının müdafaasını kuvvetlendirmek veya tarafların eksik bıraktığı bir hususu tamamlamak için kullanılmadığını da belirterek adalete ulaşılması için elzem olan ve taraflarca celbedilmeyen veya celbedilmiş ancak ortaya çıkan tahmin edilemeyen mücbir durum neticesinde tekrardan celbedilmesi elzem olan tanıklara ilişkin bir düzenleme olduğunu vurgulamıştır. Alt Mahkeme, bu meselede Fasıl 155 madde 54’ün işletmesine cevaz verecek bir durum olmadığı gerekçesiyle Sanık Avukatının talebini reddet-miştir.

 Alt Mahkeme, Sanık Avukatının talebini reddederken Fasıl 155 madde 54 tahtındaki yetki kullanılırken “adaletin tecelli-sinin” temel alınması gerektiği; henüz müdafaa tarafından müdafaanın kapatılmadığı; tahkikat memuru tarafından şahadeti alınmayan ancak müdafaa iddiasına göre görgü tanığı olduğu ileri sürülen iki tanığın başvurunun yapıldığı gün dinlenmiş olduğu, bunun müdafaanın bu yönde imkânı olduğu ve bunu kullandığını gösterdiği; ilgili maddenin ne İddia Makamı tarafından davanın kuvvetlendirilmesi ne de müdafaanın kuvvet-lendirilmesi ve taraflarca eksik bırakılan hususu tamamlamak için kullanılamayacağını belirtmiştir.

Fasıl 155 madde 54 şöyledir:

 “54. The Court, at any stage of the proceedings, may call

 any person as a witness or re-call and further examine

 or re-call and further examine any such person if his

 evidence appears to the Court to be essential to the

 just determination of the case”

|  |
| --- |
|  “54. Mahkeme, işlemlerin herhangi bir aşamasında herhangi  bir kişiyi tanık olarak veya tekrar tanık olarak çağırabilir  veya sorgulanmış olan herhangi bir kişiyi tekrar çağırarak  yeniden sorguya çekebilir ve Mahkeme ayrıca böyle bir  kişiyi, davanın adil bir karara bağlanabilmesi için  şahadetini almayı zorunlu görmesi halinde sorgulayabilir  veya tekrar çağırarak yeniden sorgulayabilir.” |
|  |

Yukarıya aktarılanlardan da görülebileceği gibi, Sanık Avukatı tarafından Fasıl 155 madde 54 tahtında yapılan talep, tahkikat memuruna konan bir iddia sonucunda tahkikat memuru-nun beyanının teyit ve tekzip edilebilmesi kapsamında, tahkikat memurundan önce dinletilen bir İddia Makamı tanığının tekrar-dan celbedilmesine yöneliktir.

 Fasıl 155 madde 54’de yer alan düzenleme ile bu konuda Ceza/İstinaf 7/1971 sayılı içtihat kararında vurgulananlar incelendiği zaman istinafa konu davada Sanık Avukatının İddia Makamının daha önce şahadet vermiş olan tanığını tekrar tanık olarak çağırma talebinin, tahkikat memurunun şahadetini tekzip etme maksatlı olduğu anlaşılmaktadır. Öğretmen tanığın şaha-deti esnasında Emare No.1 CD’nin izletildiği gerçeği ışığında, savunmanın görüntüde yer alan kişileri tanıyıp tanımadığı noktasında öğretmen tanığa soru sorma fırsatı olduğu açıktır. Savunma Avukatı fırsatı olmasına karşın bunu yapmayarak tanığın tekrar çağrılmasını talep etmiştir. Bu gerçekler ışığında Alt Mahkemenin, tamamen kendi takdirinde olan 54. maddeyi uygulamaya koymamakla hata yaptığını söylemek olası değildir.

Sanık Avukatı hitabı esnasında Sosyal Hizmet Memurunun sürekli olarak Müştekiye “hareket yaparak” bir anlamda şahade-te müdahale ettiğini ifade etmiştir. Alt Mahkeme zabıtları incelendiği zaman Mahkemenin tanığa herhangi bir müdahalesinin olduğu görülmediği gibi tanığın hal ve tavrından da müdahale yapıldığını gösteren bir durum olmadığı şeklinde bir bulgusu olduğu görülmektedir. Bilindiği üzere Yargıtay’a göre tanık-ları gözlemleyip değerlendirmede daha avantajlı durumda olan Alt Mahkemeye, huzurunda gelişen olaylar ve tanıkların kre-dibilitesine ilişkin değerlendirmelerinde açık bir hata olma-dıkça Yargıtay müdahale etmekten kaçınmaktadır. Bu meselede de Alt Mahkemenin Sosyal Hizmet Memurunun küçük müştekinin şahadetine müdahale teşkil edecek bir durum olmadığı yönündeki bulgusunun hatalı olduğuna ikna olmuş değiliz.

 Sanık Avukatının bir diğer iddiası, İddia Makamı Tanığı No.8 Erem Can Koral’ın olay anında bulunduğu çeşmenin yanından olayı görmesinin mümkün olmadığının Müdafaa Tanığı olarak şa-hadet veren mühendis Mehmet Kayar’ın şahadetinden anlaşıldığı ve Alt Mahkemenin İddia Makamı Tanığı No.8 Erem Can Koral’ın şahadetine itibar etmekle hata yaptığı şeklindedir.

 Yukarıda da temas edildiği üzere huzurundaki şahadeti inceleyip değerlendirme konusunda Alt Mahkeme daha avantajlı-dır. Alt Mahkeme zabıtları incelendiği zaman, Küçük Erem Can Koral’ın Sanık Avukatı tarafından çok sıkı bir istintaka tabi tutulmuş olmasına karşın şahadetinde sarsılmadığı; müdafaa tanığı mühendis Mehmet Kayar’ın ise istintakında sadece iki nokta ile ilgili ölçüm yaptığını ifade ettiği görülmektedir.

 Alt Mahkeme huzurunda belirtilen yöndeki şahadet ve Küçük Erem Can Koral’ın mühendis Mehmet Kayar’ın ölçümlerine dayandırdığı iki sabit noktadan başka bir noktaya hareket etmediğine ilişkin şahadet yokluğunda; Alt Mahkemenin küçük Erem Can Koral’ın şahadetine sırf bulunduğu yerden olay yerini göremeyeceği gerekçesiyle itibar etmemiş olmamasında hata bu-lunmamaktadır.

 Sanık Avukatı tarafından yakınma konusu yapılan bir diğer husus, Alt Mahkemenin Müdafaa Tanığı No.8 İdris Deniz’in şahadetine itibar etmemiş olmasıdır. Müdafaa Tanığı İdris Deniz’in şahadetine ilişkin Alt Mahkeme zabıtları incelendiği zaman, Tanığın şahadetini temelde Tanıtma ‘A’ fotoğraf üzerine dayandırmakta olduğu görülmektedir. Tanıtma ‘A’ olarak ibraz edilen fotoğrafın Alt Mahkeme huzurunda emare kaydedilmediğine yukarıda temas edilmişti. Bilindiği üzere, Mahkemede emare olarak kaydedilmemiş, ancak tanıtma olarak sunulan belgelere ilişkin sunulan şahadet, ancak ilgili tanıtmanın emare olması halinde dikkate alınabilir. Bir tanıtmanın emare kaydedilme-mesi halinde ise tanıtmaya ilişkin şahadete bir değer veril-mesi olası değildir. Bu nedenle, Alt Mahkeme tarafından İdris Deniz’in şahadetine itibar edilmemesinde bir hata yoktur.

 Sanık Avukatının hitabı esnasında ileri sürdüğü bir diğer argüman ise bir öğretmen olan Sanığın hareketlerinin Fasıl 148 Haksız Fiiller Yasası tahtında yasal olduğu ve Alt Mahkemenin Sanığın Haksız Fiiller Yasası tahtındaki iddiaları yalnızca bir hukuk davasında ileri sürebileceği yönündeki bulgusunun hatalı olduğu şeklindedir.

 Bir öğretmenin öğrencisine karşı gerçekleştirmiş olduğu eylemin Fasıl 148 madde 27 tahtında ‘terbiye’ maksatlı bir eylem olduğu şeklinde bir müdafaa ancak ilgili Yasa, yani Fasıl 148 Haksız Filler Yasası tahtında aleyhine getirilen bir hukuk davasında ileri sürülebilir. Haksız Fiiller Yasası’nın 27.maddesi tahtında müdafaa sebebi oluşturan bir davranış, Fasıl 154 Ceza Yasası’nın 243. maddesine aykırı davranmakla yargılanan bir sanık için müdafaa teşkil edemez. Alt Mahkeme de bu hususta bulgu yaparak hata etmiş değildir.

 Sanık Avukatının Müdafaa Tanıkları No.4 Doğa Dağcılar ve No.5 Halime Kahraman’ın Sanığın Müştekiyi darp etmediği şeklindeki şahadetlerine ilişkin Alt Mahkemenin bulgusu olmadığı yönlü argümanı değerlendirildiği zaman Alt Mahkemenin bu hususu;

 “Sanığın müştekiye karşı bazı hareketleri olduğu İddia Makamı Tanıkları yanında Müdafaa Tanıkları tarafından da kabul edilmektedir. Sanık ve Tanık Doğa Dağcılar Sanığın Müştekiye ayağıyla kalk işareti yaptığını, Tanık Halime Kahraman ise Sanığın Müştekiyi kalkması için dürttüğünü (kendi tabiri ile) beyan etmiştir. Tüm bu alıntılardan Sanığın Müştekiye ayağı ile hareketleri olduğu anlaşılmaktadır. Emare 1 DVD Kamera No:8’de yer alan görüntüler incelendiğinde Sanığın net bir şekilde 9:35:54’te, 9:36:03’te ve 9:36:11’de sağ ayağı ile Müştekiye 3 hamlesi görünmektedir. 9:36:03’te Sanığın hareketi neticesi müştekinin sallandığı açıklıkla görünmektedir. Bundan dolayı Müştekiye bir temas olduğu anlaşılmaktadır. Bu temasın müdafaa tanıklarının beyan ettiği gibi bir kalk işareti veya dürtme olarak kabul edilmesi mümkün müdür?” (Mavi 406-407)

şeklinde bir ifade ile incelemeye başladığı görülmektedir. Alt Mahkeme kararı irdelenmeye devam edildiğinde, belirtilen müdafaa tanıklarının Sanığın müştekiyi darp etmediği; ayağıyla yerden kalkması için dürttüğü şeklindeki şahadetlerinin etraf-lıca incelediği görülmektedir. Alt Mahkemenin bu husustaki incelemesi kararda Mavi 416’da mahkûmiyet bulgusuyla netice-lenmiştir. Alt Mahkeme kararı incelendiğinde mahkûmiyet bulgusuna varılmasında Emare No.1 CD kayıtlarında yer alan görüntülerin de etken olduğu anlaşılmaktadır. İlaveten, Alt Mahkeme kararı irdelenmeye devam edildiği zaman uzman Tanık Dr.Melek Erhallaç’ın şahadetini ve huzurundaki tüm diğer şahadeti etraflıca değerlendirerek Sanığın hareketlerinin müştekinin yaralanmalarına sebebiyet verdiği bulgusuna vardığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, her ne kadar da Alt Mahkeme müdafaanın küçük tanıkları Doğa Dağcılar ve Halime Kahraman’ın şahadetine itibar etmediğini belirtmemişse de bu ifadeleri diğer tüm şahadet çerçevesinde değerlendirip bir sonuca ulaştığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, bu konuda da Alt Mahkemenin hata yapmadığı kanaatine varırız.

 Belirtilenler ışığında Alt Mahkemenin Sanığı aleyhindeki ithamdan mahkûm etmekle hatalı davranmadığı sonucuna varırız.

 Bu aşamada Başsavcılık tarafından dosyalanan Yargıtay/Ceza 37/2018 sayılı istinafın ele alınması uygun olacaktır:

 **“Sanığa verilen ceza aşikâr surette azdır.”**

 Sanığa verilen cezanın aşikâr surette az olduğuna ilişkin istinaf sebebiyle ilgili olarak İddia Makamı adına bulunan Savcı tarafından yapılan hitapta, meselenin basit bir mesele olmadığı; bir öğretmenin bir öğrenciyi tüm diğer öğrenciler önünde yere atıp tekmelemesinin çok ciddi ve vahim bir suç olduğu; kamu yararı ilkesi düşünülerek verilen 1 aylık cezanın aslında ne kamuyu rahatlatacak ne de benzer suç işlemeye tevessül edecek kişileri caydırıcı nitelikte olmadığı iddia edilmiştir. Savcı, Alt Mahkeme tarafından kalıcı yaralanma olmayışının hafifletici sebep olarak alınmasının, bir ciddi darp davasında doğru bir yaklaşım olmadığını; ciddi yaralanma olmuş olsa idi suçun nevinin değişeceği ve yaralama davasının getirileceğini iddia etmiştir. Savcı hitabında Yargıtay/Ceza 97-104/2012 D.11/2015 sayılı karara da atıfta bulunarak, ilgili meselede Alt Mahkemenin para cezasını 6 ay hapislik cezasına çeviren Yargıtay kararının da 1 ay hapis cezasının az olacağını gösterdiğini ileri sürmüştür.

Sanık Avukatı ise, Savcılık tarafından dosyalanan ceza aleyhine istinafa ilişkin olarak Sanığın verilen 1 aylık hapis cezasını çekerek görevine döndüğünü ancak, görevinden uzaklaş-tırılmış olduğu süreçte 110,000 TL’lik maaş kesintisine uğradığını; sadece adalet için Yargıtay huzurunda olduğunu ifade etmiştir.

 Birçok Yargıtay kararında vurgulandığı üzere, ceza takdiri davayı dinleyen, tanıkları gözlem altında bulundurma fırsatına sahip olan Alt Mahkemelerin asli görevidir. Yargıtay, Alt Mahkemelerin ceza takdir ederken dikkate alması gereken bir olguyu dikkate almaması veya dikkate almaması gereken bir ol-guyu dikkate alması nedeniyle hata yapması veya takdir edilen cezanın meselenin tüm olguları değerlendirildiği zaman alenen düşük veya fahiş olması nedeniyle hatalı bir ceza olması halinde Alt Mahkemelerin ceza takdirine müdahale etmektedir. Bunun yanında, Yargıtay; Alt Mahkemelerin ceza takdirinde bu-lunduğu meseleyi kendi dinleyip ceza takdirinde bulunacak olsaydı ne ceza vereceği düşüncesiyle hareket etmez.

 Alt Mahkemenin ceza kararı bu bakış açısıyla irdelendiği zaman, ceza takdir ederken huzurundaki tüm hafifletici ve ağırlaştırıcı unsurları; öğretmen olan Sanığın küçük yaştaki öğrencisine karşı şiddet kullanmasını ve bunun Küçük Müştekiyi okul arkadaşları önünde küçük düşürmüş olmasını; Sanığın mahkûm olduğu suçun mesleği ve yüklendiği sorumluluk ile bağdaşmadığı hususlarını Sanığa özgürlüğü bağlayıcı bir ceza verirken dikkate aldığı görülmektedir. Hapis cezasının süresi-ni belirlerken ise Alt Mahkemenin Sanığın durumunu, cezalan-dırma ilke ve prensiplerini ve içtihadi prensipleri doğru değerlendirdiğini gözlemlemekteyiz. Daha önce vurguladığımız gibi, bu aşamada davayı dinleyen mahkeme olmuş olsaydık Sanığa verilecek olan hapis cezasının süresinin ne olması gerektiği düşüncesinde olmadığımızı tekrarlayarak Alt Mahkemenin ceza takdirinde hata yapmadığı sonucuna varırız.

 Sonuç olarak;

 Sanık tarafından dosyalanan 36/2018 sayılı istinaf ve Başsavcılık tarafından dosyalanan 37/2018 sayılı istinaf reddolunur.

Gülden Çiftçioğlu Bertan Özerdağ Beril Çağdal

 Yargıç Yargıç Yargıç

21 Ekim, 2020