D. 2/2019 Yargıtay/Ceza No: 11/2017

 (Gazimağusa Ağır Ceza No: 627/2016)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti:Gülden Çiftçioğlu, Bertan Özerdağ, Beril Çağdal

İstinaf eden: İmam Kazğan, 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 Salih Can Doratlı

Aleyhine istinaf edilen namına: Savcı Ergin Atıcı

Gazimağusa Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı Melek Esendağlı, Kıdemli Yargıç Murat Soytaç ve Yargıç Seran Bensen’in, 627/2016 sayılı davada, 24.2.2017 tarihinde verdiği karara karşı, Sanık tarafından yapılan istinaftır.

-----------

**K A R A R**

**Gülden Çiftçioğlu:** Bu istinafta, Mahkemenin kararını, Sayın Yargıç Bertan Özerdağ okuyacaktır.

**Bertan Özerdağ:** Bu istinafta İstinaf Eden/Sanık bundan böyle sadece Sanık, Aleyhine İstinaf Edilen/İddia Makamı ise İddia Makamı olarak anılacaktır.

 Sanık, aleyhine getirilen ve mahkum olduğu 1.davadan 10 yıl süre ile hapislik cezasının alenen fahiş olduğunu iddia ederek, huzurumuzdaki istinafı dosyaladı.

**OLGULAR**

 Meselede sunulan olguları aşağıda özetledik.

 Sanık aşağıdaki davalardan itham edildi:

"İTHAM OLUNDUĞU SUÇ

Birinci Dava

Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 153(1)(A) maddesine aykırı 16 yaşından küçük çocuğa cinsel tecavüz.

SUÇUN TAFSİLATI

Sanık, 19.08.2014 tarihinde, Gazimağusa'da ikametgahı içerisinde, kendisinden para istemek için gelen 05.11.1999 doğumlu yani 16 yaşından küçük olan Melisa Şen'in ağzına cinsel organı olan penisini sokmak suretiyle 16 yaşından küçük çocuğa cinsel tecavüzde bulundu.

İTHAM OLUNDUĞU SUÇ

İkinci Dava

20/2014 sayılı Yasa ile tadil edilen Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 148. ve 149.maddelerine aykırı 16 yaşından küçük çocuğun cinsel dokunulmazlığını ihlal amacı ile alıkoyma.

SUÇUN TAFSİLATI

Sanık, birinci davada belirtilen aynı tarih ve yerde, 16 yaşından küçük bir çocuk olan yani 05.11.1999 doğumlu Melisa Şen'i 1.suçun tafsilatında verilen cinsel tecavüzde bulunmak amacı ile alıkoydu.

İTHAM OLUNDUĞU SUÇ

Üçüncü Dava

20/2014 sayılı Yasa ile tadil edilen Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 154(1) maddesine aykırı çocuğun cinsel istismarı.

SUÇUN TAFSİLATI

Sanık, birinci davada belirtilen aynı tarih ve yerde, cinsel davranışla 16 yaşından küçük olan Melisa Şen'in ağzına cinsel organı olan penisini koymak suretiyle kasten fiziksel temas kurarak çocuğa karşı cinsel istismarda bulundu."

Suçun oluşumu ile ilgili olgular ise şöyledir:

Sanık ve Müşteki olaydan önce tanışmaktaydılar ve Sanık ile Müştekinin babası arkadaştılar.

19.8.2014 tarihinde, Müşteki, ikametgahından kimseye bilgi vermeden ayrılarak, Sanığın 28.Tümen Caddesi No.27 adresinde bulunan ikametgahına gitti. Müşteki Sanığa para ihtiyacı olduğunu söyleyip, kendisine 20 TL vermesini istedi. Sanık cevaben Müştekiye “bana sakso çekersen sana para vereceğim" diye teklifte bulundu. Bu teklifi kabul eden Müşteki, Sanığın giymekte olduğu şortunu dizlerine doğru aşağa sıyırmasını müteakip, Sanığın penisini ağzına alarak 3-4 dakika yaladı. Sanığın penisi sertleşmedi, Müşteki ise daha sonra oradan ayrıldı. Akabinde, Müşteki, bu olayı arkadaşı olan Tanık No.6'ya anlattı.

Aynı gün Müştekinin annesi, polise, kızının evden kaçtığı yönünde şikayette bulundu. Polis tarafından başlatılan tahkikat neticesinde Müşteki tespit edildi. Müştekinin sosyal hizmetler görevlisi ile yapılan sorgulamasında Müşteki olayı anlattı.

Bunun üzerine, Sanık tespit edilip suçu izah edildiğinde, kanuni ihtara cevaben "Öyle bir şey yok" diye cevap verdi. Sanık yazılı dava tebliğine ise, "Kabul etmiyorum" diye yanıt verdi.

Sanık, aleyhine dosyalanan istinafa konu davadaki ithamları ise kabul ederek, mahkemeye hafifletici olguları beyan etmiştir.

Sanığın beyan etmiş olduğu ve ceza takdirinde dikkate alınmasını talep ettiği hafifletici faktörler, Alt Mahkemede, Sanık Avukatı tarafından şöyle sıralanmıştır:

Sanık pişman ve nadimdir. 45 yıldır KKTC'de yaşadığını, eşinden boşandığını, arkadaşının evinin yanındaki bir eklentide ikamet ettiğini, emeklilik hakkı da elde edemediği için sosyal yardım maaşı ile hayatını idame ettirdiğini, ciddi sağlık sorunları bulunduğunu, kalbinde 3 damarın tıkalı olduğunu ve by-pass ameliyatı olması gerektiğini, sağ kalçasının kırıldığını ve tam olarak iyileşmediğini, Müştekinin aile ilgi ve sorumluluğu görmemiş, birçok kez evden kaçmış, halen uyuşturucudan ötürü cezaevinde bulunan biri olduğunu, kendisine para ve sair istekler için gönderildiğini, bu olayın bir anlık cahillik nedeniyle meydana geldiğini, insan içine çıkamaz olduğunu, adeta evine hapsolduğunu ve benzer sabıkası olmadığını ifade etti.

 Sunulan olguları değerlendiren Mahkeme, Sanığı aleyhine getirilen ve mahkum olduğu 1.davadan 10 yıl hapis cezasına çarptırmış, 2. ve 3.davalardan ise mahkumiyet kaydetmiştir.

Sanık bu karardan cezanın fahiş olduğu gerekçesi ile huzurumuzdaki istinafı dosyalamıştır.

**İSTİNAF SEBEPLERİ**

 Sanığın istinaf ihbarnamesindeki istinaf başlığı şöyledir:

**Muhterem Alt Mahkemenin Sanığın aleyhine getirilen ve mahkum olduğu davalardan takdir etmiş olduğu hapislik cezası alenen fahiştir.**

**TARAFLARIN İDDİA VE ARGÜMANLARI**

 Sanık Avukatı, istinaftaki hitabında Sanığın yaşlı ve kalp hastası bir kişi olduğunu, ciddi sağlık sorunlarından muzdarip olduğunu, Alt Mahkemenin bu olguyu Sanık lehine gereği kadar dikkate almayarak fahiş bir ceza verdiğini, Sanığın daha önce hiçbir sabıkası bulunmayan, yaşlı bir insan olduğunu ve daha önce sabıkası olmayan bir kişiye kamu menfaati amacıyla ibret verici bir ceza verilmesinin gerekme-diğini ileri sürerek, Sanığın istinafının kabul edilerek daha mülayim bir hapislik cezası ile cezalandırılmasını talep etti.

 İddia Makamı adına Mahkemeye hitapta bulunan Savcı ise, bu tür suçların yaygınlaştığını, yasa koyucunun yakın zamanda cezaları artırma yönüne giderek bu tür suçları işleyenlerin ömür boyu hapis cezası ile cezalandırılabilmesi için yasayı tadil ettiğini, yaygınlaşan bu tür suçlara kamu menfaati gereği ibret verici cezaların verilmesinin gerektiğini, bilhassa küçük yaştaki çocuklara yönelik işlenen suçlarda suçun ağırlaştığını ve ağır cezaların verilmesinin doğru olduğunu, Sanığın yaşı ve sağlık durumunun dikkate alınarak bir ceza takdir edildiğini, Sanıkların sağlık sorunlarının hafifletici unsur olarak dikkate alınabilmekle birlikte verilecek cezalara etkilerinin kısıtlı olduğunu belirterek, Sanığın işlemiş olduğu ve ömür boyu hapis cezası ile cezalandırılabilen bilhassa 1.davaya konu suça öngörülen cezanın ve keza diğer cezaların fahiş olmadığını ileri sürdü.

**İNCELEME**

 İstinaf sebeplerini, tarafların iddia ve argümanlarını, Alt Mahkeme huzuruna sunulan şahadeti ve emareleri inceleyip değerlendirdik.

**Muhterem Alt Mahkemenin Sanığın aleyhine getirilen ve mahkum olduğu davalardan takdir etmiş olduğu hapislik cezası alenen fahiştir.**

Yukarıda belirttiğimiz istinaf sebebi, verilen cezanın fahiş olduğuna yöneliktir. Mahkeme, Sanık aleyhindeki 1.davadan 10 yıl hapis cezası verip, Sanık aleyhindeki 2. ve 3.davalardan mahkumiyet kaydedilmesine emir vermiştir.

Fasıl 154 Ceza Yasası'nda 2014 yılında yapılan köklü değişiklikle, cinsel nitelikli suçlarla ilgili yeni düzenlemeler yapılmış, yeni suçlar ihdas edilmiş ve genel olarak suçlara öngörülen hapislik süreleri artırılmıştır.

Cinsel nitelikli suçlar kişinin cinselliğinin ve vücut dokunulmazlığının kendi rızası olmaksızın; çocuklarda ise rıza unsuru aranmaksızın ihlal edilmesiyle işlenen suçlardır. Cinsel suçlar 16 yaşından küçük çocuklara karşı işlenmesi halinde rıza suçun unsuru olmaz. Bu düzenlemeler çağdaş ülkelerdeki düzenlemelerle paralel olup bilhassa çocukların cinsel suçlardan mağdur olmasının önüne geçilmesi amaçlanmak-tadır. Yasalarda yapılan bu çağdaş düzenlemelere rağmen, tüm dünyada ve ülkemizde bu tür suçların artış trendinde olduğunu üzülerek gözlemlemekteyiz.

Bu gerçekler ışığında, birçok içtihatımızda vurgulandığı üzere, bu tür suçlarda mahkemelerin kamu menfaatini ön planda tutarak bu tür suçları işleyenlere ibret verici cezalar vermesi veya işlemeye tevessül edeceklerin ders çıkarmalarının sağlanması suretiyle suçların yaygınlaşmasının önüne geçme zarureti bulunmaktadır.

Bununla birlikte her mesele kendi olguları kapsamında değerlendirilmeli, sanığın kişisel durumu, suçun işleniş tarzı, hafifletici ve ağırlatıcı faktörler ve benzeri cezalandırma prensipleri dikkate alınarak, sanığa en uygun ceza takdir edilmelidir.

Takdir edilen cezanın aşikar surette fahiş olması veya suça öngörülen cezanın aşikar suretle düşük olması veya ceza takdir edilirken dikkate alınması gereken bir unsurun dikkate alınmaması veya dikkate alınmaması gereken bir unsurun dikkate alınması nedeniyle bir hata yapılması hallerinde Yargıtayın istinaf yetkilerini kullanarak cezaya müdahale etmesi söz konusu olabilir.

Böyle bir durumda, Yargıtay, istinaf mahkemesi olarak yetkilerini kullanırken, kendisi yargılamayı yapmış olsa idi ne ceza vereceğini düşünerek bir ceza takdir etmez. Yargıtay, alt mahkeme tarafından ceza takdir edilirken bir hata yapılıp yapılmadığını ve takdir edilen cezaya müdahaleyi gerektirecek bir durumun olup olmadığını göz önünde bulundurarak, karara müdahale edilmesinin gerekip gerekmediği hususunda bir neticeye varır.

Huzurumuzdaki cezaya yönelik istinafta, Sanık Avukatının iddiası, Sanığın sağlık durumunu Mahkemenin yeteri kadar dikkate almamakla ve 10 yıl süreli hapis cezası vermekle hata ettiğidir.

Bu olgulara göre Sanığa verilen cezanın fahiş olduğundan bahsedebilmek için kararda, Alt Mahkemenin ceza takdir ederken, Sanığın kişisel durumunu, bilhassa ciddi sağlık sorunu yaşamakta olduğunu hiç veya yeteri kadar dikkate almadığı sonucuna varılmasını sağlayacak olguların veya hatanın mevcudiyeti gereklidir.

Sanığın işlemiş ve mahkum olduğu 1.davaya konu suç için Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 153(1)(A) bendi uyarınca öngörülen azami ceza ömür boyu hapislik cezasıdır ve dolayısıyla mezkur suç ömür boyu hapislikle cezalandırılabilecek kadar ciddi bir suçtur. Yasada öngörülen azami hapislik cezasının ömür boyu hapislik olduğu bu tür suçlarda, meselenin olgularına uygun ve adil bir ceza takdir etmek mahkemelerin asli görevidir.

Alt Mahkemenin kararı bu açıdan irdelendiğinde, Alt Mahkeme Mavi 22'de, "**Sanığın ekonomik durumunun kötü olduğu gibi ciddi ve ileri düzeyde sağlık sorunları olduğu da kişisel durumu bakımından lehe değerlendirilir"** bulgusuna vararak, bu olguyu Sanık lehine hafifletici faktör olarak dikkate aldığını görmekteyiz.

Birçok kararımızda bu tür suçlara etkin, ibret verici, caydırıcı ve uzun süreli hapislik cezaları takdir edilmesi gerçeği vurgulanmıştır **(Bkz. Birleştirilmiş Yargıtay/Ceza 44-49/2017 D. 6/2018, Birleştirilmiş Yargıtay/Ceza 32-33/2015 D.20/2016 Yargıtay/Ceza 7/2017 D.9/2018).**

 Bununla birlikte, sanık ile müşteki arasında ciddi yaş farkı olduğu hallerde, müşteki ve sanık arasında baba – çocuk veya hatta neredeyse dede – torun arasındaki yaş farkı oldu-ğunda, bu ilişkinin gerçekleşmesi için paranın da kullanıldığı durumlarda ceza takdirinde ve cezanın belirlenmesinde, bu tür olguların ciddi ağırlatıcı faktörler olması gerekmektedir.

Kamu vicdanının rahatlaması ve kamu yararının sağlanabil-mesi için, çocuk yaştaki müştekilerle aralarındaki ciddi yaş farkına rağmen, onların akıllarını çelmek için para teklifinde bulunarak veya para veya hediye vererek cinsel suçlar işleyen-lere karşı ibret verici, uzun süreli hapislik cezalarının verilmesi adaletin gereğidir.

Olayın meydana geldiği tarihte 1948 doğumlu yani 65 yaşında bir kişi olan Sanık, kendisinden 51 yaş küçük, 1999 yılı doğumlu 16 yaşından küçük bir çocuk olan Müşteki ile, kendisine para vermesi karşılığında cinsel organını Müştekinin ağzına sokmak suretiyle cinsel tecavüz suçunu işlemiş oldu-ğundan ve Müştekinin bu olay nedeniyle ruh sağlığı bozuldu-ğundan, bu olgulara dayanarak Sanığa uzun süreli bir hapislik cezası takdir eden Alt Mahkemenin kararında hata bulunmamak-tadır.

Alt Mahkeme yukarıda belirttiğimiz suçun vahametine ilişkin ağırlatıcı faktörlere nazaran, Sanığın kişisel ve sağlık durumunu ceza takdirinde Sanığın lehine önemli bir hafifletici faktör olarak dikkate almamakla ve Sanığa ceza takdir ederken kişisel durumu ile ilgili hafifletici faktörün takdir edilecek cezaya ciddi bir etkisi olmadığı sonucuna varmakla hata yapmış değildir.

Tüm belirttiklerimiz ışığında, Alt Mahkemenin Sanığa takdir ettiği 10 yıl süreli hapislik cezası müdahalemizi gerektirecek oranda, alenen fahiş olmadığından, istinafın reddi gerekir.

**SONUÇ**

 İstinaf reddolunur. Ceza mahkumiyet tarihinden başlayacaktır.

Gülden Çiftçioğlu Bertan Özerdağ Beril Çağdal

 Yargıç Yargıç Yargıç

23 Ocak 2019