D.8/2019   Yargıtay/Ceza No: 73/2018

 (Gazimağusa Ağır Ceza Dava No: 2020/2018)

Yüksek Mahkeme Huzurunda.

Mahkeme Heyeti: Gülden Çiftçioğlu, Bertan Özerdağ, Beril Çağdal

İstinaf eden: KKTC Başsavcısı – Lefkoşa

 (Davayı İkame Eden)

 ile

Aleyhine istinaf edilen: Murat Kasım Panoğlu, Merkezi Cezaevi,

 Lefkoşa.

 (Sanık)

 A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Kıdemli Savcı Mustafa İldeniz

Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat İbrahim Demirtaş.

Gazimağusa Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı Nüvit Gazi Hacı, Kıdemli Yargıç Şerife Katip Kır ve Yargıç Hazal Hacımulla’nın 2020/2018 sayılı davada, 26.11.2018 tarihinde verdikleri karara karşı Savcılık tarafından yapılan istinaftır.

 …………………………………………………

K A R A R

**Gülden Çiftçioğlu:** Huzurumuzdaki meselede iki karar mevcuttur. Kararlar sırası ile okunacaktır:

**Gülden Çiftçioğlu**: Meslektaşım Sayın Bertan Özerdağ’ın az sonra okuyacağı kararı daha önceden okuma fırsatı buldum. Mesele ile ilgili istinaf sebepleri, olgular ve tarafların iddia ve argümanları kararda aktarıldığı gibidir.

Huzurumuzdaki istinafta İddia Makamının ana yakınması, Alt Mahkemenin Sanık ile Müşteki arasındaki cinsel ilişkinin karşılıklı ve gönüllü olduğuna dair bulgu yapıp, Müşteki Tanık No.1’le olan cinsel ilişkinin gönüllü olması bağlamında Müştekinin rızası olduğunu kabul ederek ve cinsel ilişkide zorlama ve baskının olmadığını kabul ederek ve bu hususu suçun işleniş şekli açısından hafifletici sebep olarak değerlendirerek Sanığa ceza takdir etmesidir.

Bilindiği üzere, 2014 yılında Ceza Yasası’nda yapılan değişiklikten önce, cinsel suçlar, Ceza Yasası’nda
Ahlaka Aykırı Suçlar bölüm başlığı altında yer almakta olmasına karşın, 2014 yılında Ceza Yasası’nda yapılan 20/2104 sayılı değişiklikten sonra, cinsel suçlara, Cinsel Nitelikli Suçlar bölümü altında yer verilerek, cinsel suçlarla korunan hukuki yarar, temel insan hakkı ve kişi özgürlüğü bağlamında vücut dokunulmazlığının, fiziksel ve ruhsal bütünlüğün korunmasıyla ilgili bireyin sahip olduğu hak çerçevesinde odaklanmıştır **(Ayrıca bkz: Yargıtay/ Ceza 32/2015-33/2015 D.20/2016 Veli Piri v.Başsavcılık).**

Bu değişikliğe paralel olarak da, değiştirilmiş şekli ile Fasıl 154 Ceza Yasası’nın 153 (1)(A) maddesine aykırı olarak “16 yaşından küçük çocuğa cinsel tecavüz” ağır bir suç kapsamına alınıp, mahkumiyet halinde ömür boyu hapis cezası öngörülmüştür.

 Benzer şekilde değiştirilmiş şekli ile 154 Ceza Yasası’nın 149. maddesine aykırı olarak “16 yaşından küçük çocuğu cinsel dokunulmazlığı ihlal amacı ile alıkoyma” suçu da

ağır bir suç kapsamında düzenlenmiş olup 13 yıla kadar hapis cezası öngörmektedir.

Yine, değiştirilmiş şekli ile Fasıl 154 Ceza Yasası’nın 154 (1) maddesine aykırı olarak “on altı yaşından küçük çocuğun cinsel istismarı” da ağır bir suç kapsamında olup, 6 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

4. davaya konu, değiştirilmiş şekli ile Fasıl 154 Ceza Yasası’nın 152 (1) maddesine aykırı cinsel saldırı suçu ise, 3 yıla kadar hapislik cezası öngörmektedir.

 Yasanın yukarıdaki maddeleri irdelendiğinde, Sanığın suçlu bulunup mahkum olduğu yukarıdaki suçların gerek unsurlarının oluşumu gerekse Sanığa takdir edilecek ceza açısından “16 yaşından küçük kızın cinsel ilişkiye veya alıkoymaya rıza göstermesinin” öneminin olmadığı görülmektedir.

İlgili Yasa maddeleri dikkate alındığında, 16 yaşından küçük bir çocuğun, yaşı itibarıyla bir sanıkla cinsi münasebette bulunmasının gönüllü olabileceğini kabul edip, bu hususu ceza takdir edilirken hafifletici sebep olarak değerlendirmek mümkün değildir.

16 yaşından küçük kızın kanunen cinsi münasebete rıza göstermesi olası değildir. 16 yaşından küçük kıza karşı işlenen suçlarda küçük kızın rızası olmadığı kabul edilir. Bunun nedeni, 16 yaşından küçük bir kızın kendine yönelik cinsel bir davranışın sonucunu algılayabilecek durumda olmamasıdır. 16 yaşından küçük bir kız, cinsel davranışı kavrayabilecek ve rıza verecek olgunlukta kabul edilemez. 16 yaşından küçük bir kızın cinsel davranışı kavrayabilecek durumda olmaması, rızasının hile, vaat, bağış, hediye v.s. gibi vasıtalarla elde edilme olasılığını ortaya çıkarmaktadır.

İlaveten, 16 yaşından küçük her kızın zihnen aynı düzeyde olduğunu veya cinselliğe yönelik algı seviyesinin aynı olduğunu kabul etmek mümkün görünmemektedir.

Nitekim 20/2014 sayılı yasal değişiklikten önceki paralel yasal düzenlemeye bağlı olarak verilen **Yargıtay/Ceza 19/2011 D.12/2012’**de şöyle denmiştir:

**“Suçun işleniş şeklinden ve müştekinin Sanık ile birlikte gitmesinden, Sanık ile müştekinin olaydan önce tanıştıkları açıkça anlaşılmaktadır. Ancak müşteki olay tarihinde 13 yaşından küçüktür. Yaş itibarıyla, müştekinin Sanıkla birlikte gitmesinin ve Sanıkla cinsi münasebette bulunmasının gönüllü olduğunu kabul etmek mümkün değildir. 13 yaşından küçük bir çocuğun, kanunen herhangi bir olaya rıza göstermesi mümkün değildir”.**

İlâveten, aynı kararda, **madde 153** açısından zorlama olmamasının, bu suç açısından hafifletici sebep telakki edilemeyeceği, ancak zorlama olmasının ceza takdirinde cezayı ağırlaştırıcı bir faktör olarak ele alınabilecek bir husus olduğu da vurgulanmıştır.

Belirtilenler bağlamında, Alt Mahkemenin, Sanıkla Müştekinin karşılıklı ve gönüllü olarak ilişkide bulunmalarını ve Sanığın Müşteki üzerinde herhangi bir fiili zorlama veya baskıda bulunmamasını ceza takdirinde Sanık lehine hafifletici faktör olarak değerlendirmesi hatalıdır.

Cinsel suçların ciddiyet ve vahameti, son yıllarda çocuklara/küçüklere karşı işlenen cinsel suçlarda bir artışın söz konusu olması, bu tür suçların toplumu huzursuz ve tedirgin ettiği hususları hep birlikte değerlendirildiğinde, çocuklara/küçüklere yönelik cinsel suçlarda ceza takdir

edilirken kamu yararına ağırlık verilerek, gerek bu tür suçlardan mahkum olan kişileri gerekse potansiyel olarak bu tür cinsel suçları işleme temayül, heves ve düşüncesinde olanları suç işlemekten caydırıcı, ibret verici, etkin bir cezanın verilmesi gerekmektedir.

Pek tabiidir ki, genç bir suçluya ceza takdir edilirken, kamu yararı ile genç suçlunun rehabilitesi ve topluma kazandırılması ve bu bağlamda cezaların kişiselliği ilkesi dikkate alınarak **( Bkz: Yargıtay/Ceza: 19/2011 D. 12/2012 )**

bu ilke ile kamu yararı arasında bir denge kurulmalıdır.

İstinafa ilişkin olgular, konu cinsel suçların ciddiyet ve vahameti, son yıllarda yaygınlaşma eğilimi göstermesi, konu suçların işleniş şekli, ceza takdirinde Sanık aleyhine alınan ağırlaştırıcı faktörler, Sanık lehine alınan hafifletici faktörler, genç bir suçlu olan Sanık lehine düzenlenen Sosyal Tahkikat Raporu ve Sanığın kişisel ve özel durumu,

yukarıdaki cezalandırma ilke ve prensipleri bağlamında değerlendirildiğinde, Alt Mahkemenin Sanığa 1. davadan takdir ettiği (17) ay hapislik cezasının süresinin, 2. davadan takdir ettiği (8) ay hapislik cezası süresinin Yargıtayın müdahalesini gerektirecek surette düşük olduğu ve hapislik cezasının süresinin yükseltilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, yukarıda tüm söylenenler ışığında,

birlikte çekilmek üzere, Sanığa mahkum edildiği 1. dava için verilen (17) aylık hapislik cezasının süresi 5 yıla, 2. dava için verilen (8) aylık hapislik cezasının süresi 2 yıla yükseltilir.

3. ve 4. davaların olguları 1. ve 2. davanın olgularından neşet ettiği cihetle, 3. ve 4. davadan mahkumiyet kaydedilmesi onaylanır. Hapislik cezası ise mahkumiyet tarihinden başlatılacaktır.

**Bertan Özerdağ:** KKTC Başsavcılığı, Gazimağusa Ağır Ceza Mahkemesinin Sanıkla ilgili vermiş olduğu 1.davadan 17 ay, 2.davadan 8 ay hapislik sürelerinin az olduğu ve 3. ve 4.davalardan ise mahkumiyet kaydedilmesinin ve herhangi bir ceza verilmemesinin hatalı olduğu gerekçesi ile huzurumuzdaki istinafı dosyaladı.

OLGULAR

 Huzurumuzdaki istinafa konu meselede olgularla ilgili esaslı bir ihtilaf yoktur. Meseledeki olguları şöyle özetledik:

 Sanık, 23.3.2017 tarihinde KKTC'ye giriş yaparak, annesi ile yaşamaya başladı. Olayın olduğu tarihlerde Gazimağusa'da Dedeoğlu Lastik Servisinde lastik tamircisi olarak çalışmaktaydı. Müşteki ise 3.11.2012 tarihinde KKTC'ye gelerek, annesi ile birlikte ikamet etmektedir.

 Olay tarihi olan 9.2.2018 tarihinde, Müşteki, Tanık No.5 ve Tanık No.19 ile birlikte, Sanığın DV 759 plakalı aracı ile Palm Beach'e gittiler, orada bira içtikten sonra Sanık, Müşteki ve Tanık No.5 oradan ayrıldılar.

 Oradan ayrıldıktan sonra Sanık arkadaşı olan Gökhan Yoldaş'ı arayarak nerede olduğunu sordu ve onun Tuzla'da karting alanında olduğunu öğrendikten sonra, oraya giderek onunla buluştu. Daha sonra arkadaşını da alarak, yoldaki bir

marketten içki, sigara ve çerez almalarını müteakip, Çayırova köyüne gittiler. Çayırova köyünde, Sanık, arkadaşı olan Tanık No.14'ü arayarak yanlarında iki kız olduğunu söyledikten sonra evinde kalıp kalamayacaklarını sorması üzerine, Tanık No.14 buna olumsuz yanıt verdi. Bunun üzerine Gazimağusa'ya döndükleri esnada, Yeni Boğaziçi'ndeki Bedis piknik alanına girip Bedis ormanında araçları ile durdular.

 Bedis ormanında Müşteki, Gökhan Yoldaş ile araçtan inip ormanlık alana yürüdüler ve ormanlık alan içerisinde cinsel ilişkiye girdiler. Daha sonra araç ile hep birlikte Gazimağusa'ya dönerek, Sanık ve Gökhan Yoldaş tarafından Şadan Otel'den 102 ve 108 numaralı odaları kiralamalarını müteakip araçtan inen Müşteki, Gökhan Yoldaş ile 102 numaralı odaya, Sanık ise Tanık No.5 ile 108 numaralı odaya yerleştiler. Müşteki odada Gökhan Yoldaş ile tekrardan cinsel ilişkiye girdi. Akabinde odadan ayrılan Gökhan Yoldaş oda anahtarını Sanığa verdi. Sanık ise saat 03.30 raddelerinde 102 No.lu odaya giderek, Müşteki ile cinsel ilişkiye girdi. Saat 04.00 raddelerinde otele dönen Gökhan Yoldaş, Sanığı da yanına alarak otelden ayrıldı.

 Müştekinin annesi Tanık No.3 tarafından yapılan araştırmada, Müştekinin Şadan Otel'de olduğunu öğrenince konu otele giderek, 102 numaralı odada Müştekiyi tespit etti. Olayın polise aktarılması sonrasında cinsel ilişkiye girdiği tespit edildi ve polis tarafından Müştekinin ifadesi temin edildi. Müşteki doktor kontrolünden de geçirilerek bu hususta rapor temin edildi. Akabinde Sanık ve Gökhan Yoldaş çalışmakta oldukları Dedeoğlu Lastik Servisinde tespit edilerek tutuklandılar. Sanık karakolda gönüllü ifade vererek olayı anlattı.

 Sanık olay tarihinde 19 olup Müşteki ise 14 yaşını ikmal etmişti.

 Sanığın aleyhindeki ithamları kabul etmesi üzerine, Gazimağusa Ağır Ceza Mahkemesi, Sanığa aleyhine getirilen ve mahkum olduğu 1.davadan 17 ay, 2.davadan 8 ay, 3. ve 4.davalardan ise mahkumiyet kaydederek herhangi bir ceza takdir etmedi. Bu cezaların alenen düşük olduğunu iddia eden İddia Makamı huzurumuzdaki istinafı dosyaladı.

İSTİNAF SEBEPLERİ

 İddia Makamı tarafından dosyalan istinaf ihbarnamesinde 6 istinaf sebebi ileri sürülmekle birlikte, istinaf hitap aşamasında tek başlık altında özetlenmiştir. Bu hitaba sadık kalarak, İstinaf Eden/İddia Makamının istinafını tek başlık altında aşağıdaki gibi özetledik:

**Muhterem Alt Mahkeme, Sanığa aleyhine getirilen ve mahkum olduğu 1. ve 2. davalardan alenen düşük ceza takdir etmekle ve 3. ve 4.davalardan herhangi bir ceza takdir etmemekle hata etti.**

TARAFLARIN İDDİA VE ARGÜMANLARI

 İddia Makamı adına istinafta hitapta bulunan Savcının argümanları şöyledir:

 Alt Mahkeme meseleyi ve meseledeki olguları doğru bir şekilde etüt etti ve huzurundaki meselenin hukuki prensiplerini doğru olarak belirledi. Alt Mahkeme meseledeki olguları doğru şekilde etüt etmesine karşın, meseleyi incelemeye başlaması ile birlikte hatalı bulgularda bulundu.

 Alt Mahkeme, Sanık ile Müşteki arasında ilişkinin gönüllü olduğuna bulgu yapmakla hata etti ve bu hatalı bulgusunun devamında Sanık ile Müşteki arasında ilişkinin gönüllü olmasını suçun işleniş tarzı açısından Sanık lehine hatalı olarak değerlendirdi. Halbuki Alt Mahkeme Müştekinin 16 yaşından küçük bir kişi olduğunu yeterince dikkate almış olsaydı, Müştekinin cinsel ilişkide rıza göstermesinin hiçbir önemi olmadığını ve 16 yaşından küçük kişilerle cinsel

ilişkiye girilmesi kapsamındaki suçlarda Yasa tarafından rızanın bulunmadığı kabul edildiğine dayanarak, bu hususu Sanığın lehine bir olgu olarak dikkate almaması gerekirdi.

 Alt Mahkeme yine olay tarihinde, Sanığın 19, Müştekinin ise 14 yaşında olması nedeniyle aralarında büyük bir yaş farkı bulunmadığını belirterek, bu hususu Sanığın lehine almakla hata yapmıştır.

 Bu hatalı bulguları yanında, Sanığın işlemiş olduğu ve Yasa uyarınca ömür boyu hapislik cezası ile cezalandırılabilen bu suça 1. davadan 17 ay gibi alenen az bir ceza takdir etmekle ve keza 2. davadan da yine az bir ceza takdir etmekle, 3. ve 4. davalarla ilgili ise herhangi bir ceza takdir etmemekle hata etmiştir.

 Tüm söylenenler ışığında, Sanık aleyhine getirilen ve mahkum olduğu davalardan verilen hapislik sürelerinin artırılması, mahkumiyet kaydedilen suçlarla ilgili ise hapislik cezası takdir edilmesi talep edilir.

 Sanık Avukatının istinaftaki hitabında ileri sürdüğü argümanları ise şöyle özetledik:

 Sanık genç bir suçlu olup Alt Mahkeme Sanık lehine dikkate alması gereken tüm hafifletici unsurları doğru bir şekilde dikkate almış ve neticede Sanıkla ilgili uygun ve doğru bir ceza takdir etmiştir. Alt Mahkemenin belirlediği cezanın istinafta değiştirilmesini gerektirecek bir hata bulunmadığından, istinafın reddi gereklidir.

İNCELEME

 Dava dosyasındaki tutanakları, mesele ile ilgili olguları, tarafların sunduğu argümanları ve istinaf sebeplerini birlikte inceleyip değerlendirdik.

**Muhterem Alt Mahkeme, Sanığa aleyhine getirilen ve mahkum olduğu 1. ve 2. davalardan alenen düşük ceza takdir etmekle ve 3. ve 4.davalardan herhangi bir ceza takdir etmemekle hata etti.**

 Sanık, Fasıl 154 Ceza Yasası'nın Üçüncü Bölümünde yer alan cinsel nitelikli suçlar kısmındaki 143 (A), 143(A)(B), 152(1), 153(1)(A) ve 154(1) maddelerine konu suçlardan itham edilmiş ve aleyhindeki suçları kabul etmesi üzerine, Fasıl 155 Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın 68(1) maddesi tahtında Alt Mahkeme tarafından mahkum edilmiştir.

 Sanığın mahkum olduğu 1.davada konu edilen ve Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 153(1) maddesinde düzenlenen suçu işleyen bir kişiye Yasanın öngördüğü azami hapislik cezası ömür boyu hapis cezasıdır. Sanığın mahkum olduğu 2. ve 4.davalarda konu edilen ve Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 152(1) maddesinde düzenlenen suçu işleyen bir kişiye Yasanın öngördüğü azami hapislik cezası üç

yıla kadar hapis cezasıdır. Sanığın mahkum olduğu 1.davada konu edilen ve Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 154(1) maddesinde düzenlenen suçu işleyen bir kişiye Yasanın öngördüğü azami hapislik cezası altı yıla kadar hapis cezasıdır.

 İddia Makamı, suçun vahametini ve işlenen suçların ağırlığını bahis konusu ederek, verilen cezaların alenen az olduğunu ve 3. ve 4.davalardan ceza verilmemesinin hatalı olduğunu ileri sürüp, cezaların artırılmasını talep etti.

 Yargıtay olarak birçok kararda belirttiğimiz üzere, sanıklarla ilgili aleyhlerine getirilen ve mahkum oldukları davalarda ceza takdirinin alt mahkemelerin asli görevi olduğu, istinaf mahkemesi olarak oturum yapan Yargıtayın haklı gerekçeler olmadıkça alt mahkemelerin bu ceza takdirlerine müdahale etmekten kaçındıkları, Yargıtay bir istinaf duruşmasında ceza takdirini kendi yapmış olsaydı ne ceza takdir edeceği düşüncesi ile alt mahkemenin yerine kendini koyarak hareket etmemesi ve istinaf aşamasında yapılacak incelemenin verilen cezanın takdirinde hata olup olmadığı hususunda bir inceleme ile sınırlı olduğunu tekrarlarız **(Birleştirilmiş Yargıtay/Ceza 8-9/2015 D.1/2016 KKTC Başsavcılık ile Çiğdem Altınfincan).**

 Yargıtayın prensip olarak, alt mahkemelerin vermiş olduğu ceza kararlarında ceza takdir ederken dikkate almaması gereken bir olguyu dikkate almış olması veya dikkate alması gereken bir olguyu dikkate almaması halinde veya verilen cezanın alenen fahiş veya az olduğu veya mahkemenin kararında ciddi hatalarının mevcut olduğu durumlarda ceza takdirlerine müdahale yetkisini kullandığı bilinen bir kuraldır.

 Huzurumuzdaki istinafta İddia Makamı, Sanık ile Müştekinin arasında ilişkinin gönüllü olduğu olgusunu Sanık lehine dikkate almakla Alt Mahkemenin hatalı bir bulguya vardığını ve bu hatalı bulgusu ışığında ve her halükarda takdir edilen cezanın alenen düşük olduğunu ileri sürdü. Bu esasa istinaden istinafı da bu iddialar muvacehesinde inceleyeceğiz.

 İddia Makamı, Alt Mahkemenin Mavi 36'da Sanık ile Müştekinin birlikte vakit geçirdiği ve Müştekinin Sanık ile gönüllü cinsel ilişkide bulunduğu, Müşteki üzerinde herhangi

bir fiili zorlama veya baskının söz konusu olmadığı hususlarını Sanık lehine dikkate almakla hata yaptığını iddia etmektedir.

 İstinafa konu kararı incelediğimizde, Alt Mahkeme doğru bir tespitle, Müştekinin yaşının küçük olması nedeniyle yasal olarak rıza göstermesinin mümkün olmadığı bulgusuna varmıştır. Mevzuatımızda, İngiltere'deki yasal mevzuatta olduğu gibi, küçüklere karşı işlenen suçlarda rıza, suçun bir unsuru **(ingredient)** değildir. Yasa hükmüne göre, küçüklere karşı işlenen cinsel suçlarda suçun işleniş tarzına bakılmaksızın müştekinin rızası olmadığı kabul edilir. Bu konuda **Yargıtay/Ceza 11/2017 Dağıtım 2/2019** sayılı kararda söylenenlere değiniriz:

**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.**

 Alt Mahkeme, kararında, tarafların buluşarak vakit geçirdiğini, ilişkinin gönüllü olduğunu ve herhangi bir baskı veya zorlama olmadığını belirterek, bu hususu Sanığın lehine dikkate almıştır.

 Fasıl 154 Ceza Yasası'nda, 20/2014 sayılı Tadilat Yasası'ndan önceki Yargıtay/Ceza 19/2011 D.12/2012 sayılı kararda, 13 yaşından küçük bir çocuğun herhangi bir olaya rıza göstermesinin söz konusu olamayacağından, cinsel ilişkinin zorlama olmadan meydana gelmiş olmasını sanık lehine hafifletici unsur olarak dikkate alınamayacağına karar vermiştir.

 Belirtilen içtihatta vurgulandığı üzere, bir ilişkinin gönüllü veya zorlama olmadan gerçekleşmiş olması sanık lehine hafifletici sebep yaratmaz. Bununla birlikte, sanığın yaşı ve müştekinin yaşı ile yaş farkı açısından mukayesesi, sanık ve müştekinin aralarındaki ilişkinin mahiyeti, karakter ve olgunlukları, cinsel birlikteliğin oluş sayısı, cinsel birlikteliğin oluş koşulları, olayın müştekide yarattığı duygusal ve ruhsal sonuçlar, sanığın göstermiş olduğu pişmanlık derecesi ve suçun tekrarlanması, suçun kabul edilmesi gibi faktörler, sair cezalandırma ilke ve prensipleri yanında cezalandırma açısından bu tür suçlarda sanık lehine veya aleyhine dikkate alınması uygundur **(Bakınız** **R v. Coran (2005 EWCA Crim 192).**

Bu kararda belirtilenlerden sanık ve müşteki arasındaki duygusal bir arkadaşlık veya sevgi oluşunu, ilişkinin mahiyeti, sanık ve müştekinin yaşları ve aralarındaki yaş farkı olguları altında dikkate alınabileceğini ifade ederiz.

Yukarıdaki söylenenlerden sonra meselemize döndüğümüzde, Sanık ve Müşteki arasındaki ilişkinin zorlama sonucu olmamasının veya gönüllü bir ilişki olmasının, cezalandırmada sanık lehine hafifletici bir unsur olarak dikkate

alınamayacağını belirtiriz. Bunun sonucu olarak, Alt Mahkeme, kararında, Sanık ile Müşteki arasındaki ilişkinin gönüllü olduğunu veya zorlama veya fiili baskının olmadığını Sanık lehine dikkate almakla hata yapmıştır.

 Bunun yanında, bu meselede Müşteki, Sanık ile cinsel birliktelik yaşamadan önce, Sanığın arkadaşı olan Gökhan Yoldaş ile birlikte olmuş, Gökhan Yoldaş, Müşteki ile birlikte olduktan sonra sabaha yakın odanın anahtarını Sanığa vermiş, Sanık da Müştekinin odasına giderek Müştekiyle birlikte olmuştur.

 Suçun işleniş tarzına bakıldığında, Sanık ile Müşteki arasındaki ilişkinin mahiyeti sevgiye bağlı olmadığı gibi, Sanığın, arkadaşının Müşteki ile birlikte olmasından sonra tamamen cinsel heveslerini tatmin amacıyla Müşteki ile cinsel bir ilişki gerçekleştirmiş olduğu ortaya çıkmaktadır.

 Dolayısıyla Sanık ve Müşteki arasındaki suça konu cinsel birlikteliğin mahiyeti ve cinsel birlikteliğin oluş şekli suçun işleniş tarzındaki vahametini ortaya koymakta olup, bu hususun Sanık aleyhine dikkate alınması gerekirdi. Belirttiklerimizden hareketle Alt Mahkeme, ilişkinin gönüllü olduğunu Sanık lehine dikkate almakla hata etmesinin yanında, Sanık ve Müşteki arasındaki ilişkinin mahiyetini, cinsel birlikteliğin oluş şeklini ve suçun işleniş tarzını Sanık aleyhine de dikkate almamakla hata etmiştir.

 Varmış olduğumuz bu sonuca istinaden, Alt Mahkeme, Sanığa aleyhine getirilen 1.davadan 17 ay süreli hapislik cezası takdir ederken, Sanık aleyhine dikkate alması gereken hususları Sanık aleyhine dikkate almadığı gerçeğinden

hareketle hata yaptığı ve keza, Sanıkla ilgili takdir edilen cezanın alenen düşük olduğu, bu nedenle müdahalemizi gerektirdiği sabittir.

 İstinaf duruşmasında İddia Makamı tarafından serdedilen istatistiki bilgilerden de anlaşılacağı üzere, genelde ülkemizde cinsel suçlarda ciddi artış olmasının ötesinde, son yıllarda çocuklara yönelik işlenen cinsel suçlardaki artış toplumu huzursuz ve tedirgin etmektedir. Bunun sonucu olarak mahkemelerin, küçüklere karşı işlenen suçları işleyen ve mahkum olanlara karşı ibret verici ve kamu menfaatine öncelik veren cezalar takdir etmeleri, cezalandırma ilke ve prensiplerinin gereğidir.

 Alt Mahkemenin kararında yer verdiği Sanık lehine ve aleyhine dikkate aldığı unsurlarla birlikte suçun işleniş tarzını ve bilhassa, Müştekinin Sanığın arkadaşı ile birlikte olduktan hemen sonra Sanığın cinsel hevesini tatmin etmek amacıyla Müşteki ile birlikte olmasını Sanık aleyhine ağırlatıcı unsur olarak göz önüne aldıktan sonra, genç suçlu olan Sanık aleyhine getirilen ve mahkum olduğu 1.davadan 3 yıl süreyle hapislik cezası vermeyi uygun buldum.

 Sanığın itham edilip mahkum olduğu 2.davadan Alt Mahkeme tarafından verilen cezaların müdahalemizi gerektirecek bir hata olmadığından, bu cezaya yönelik dosyalanan istinafın reddi gerekir. Alt Mahkemenin 3. ve 4.davalardan mahkumiyet kaydetmesi ve ayrı bir ceza takdirine gitmemesi yönündeki istinaf gerekçesi ile ilgili ise; Sanığın işlemiş olduğu esas suç olan 1.davadan ceza takdir edilmiş olduğu ve bu suçların da aynı olgulardan neşet ettiği göz önüne alındığında, ayrı bir ceza verilmemiş olması hatalı değildir. Dolayısıyla Alt

Mahkeme tarafından 2.davada takdir edilen ceza ile 3.ve 4.davalarda verilen mahkumiyet kararı ve ayrı bir ceza takdir edilmemekle herhangi bir hata yapılmamıştır.

 Bu sonuca istinaden, İddia Makamı istinafında kısmen başarılı olmuştur.

NETİCE

 İddia Makamı istinafında kısmen başarılı olur ve Alt Mahkemenin ceza kararı aşağıdaki şekilde değiştirilir:

1. Sanığa aleyhine getirilen ve mahkum olduğu 1.davadan verilen hapislik cezası iptal edilir ve Sanığa 3 yıl süre ile hapislik cezası verilir.
2. Sanığın aleyhine getirilen ve mahkum olduğu 2, 3 ve 4. davalardan verilen cezalara veya karara yönelik istinaf reddolunur.
3. Cezalar mahkumiyet tarihinden başlayacaktır.

**Beril Çağdal:** Her iki kararı daha önceden okuma fırsatım oldu. Sayın Bertan Özerdağ’ın okumuş olduğu kararda belirtilen hususlar ve vardığı sonuca katılırım.

**Gülden Çiftçioğlu:** Netice itibarıyla:

1. Başsavcılığın Sanık aleyhindeki 1.davadan ceza takdirine karşı dosyaladığı istinaf oy birliği ile kabul edilir.

 Buna karşın, Sanığa aleyhindeki 1.davadan Alt Mahkeme

 tarafından takdir edilen hapislik cezasının süresi

 oy çokluğu ile 3 yıla yükseltilir.

1. Sanığa aleyhindeki 2.davadan takdir edilen cezaya dair istinaf oy çokluğu ile reddedilir.
2. Sanığa aleyhindeki 3.ve 4.davalardan mahkumiyet kaydedilmesi, ceza verilmemesi hususundaki istinaf oy birliği ile reddedilir.
3. Cezalar, mahkumiyet tarihinden itibaren başlayacaktır.

Gülden Çiftçioğlu Bertan Özerdağ Beril Çağdal

 (Yargıç) (Yargıç) (Yargıç)

31 Mayıs 2019