D.13/2020 Birleştirilmiş

 Yargıtay/Ceza No: 38/2017 ve 39/2017

 (Girne Ceza No: 1066/2016)

Yüksek Mahkeme Huzurunda.

Mahkeme Heyeti: Gülden Çiftçioğlu, Bertan Özerdağ, Beril Çağdal

 Yargıtay/Ceza 38/2017

 (Girne Ceza No: 1066/2016)

İstinaf Eden: Şaziye Çinko , No.24, Atatürk Caddesi, Küçük

 Kaymaklı – Lefkoşa

 (Sanık)

 İle

Aleyhine istinaf edilen: KKTC Başsavcısı – Lefkoşa.

 (Davayı ikame eden)

 A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Avukat Yusuf Tekinay

Aleyhine istinaf edilen namına: Savcı Behrat Mavioğlu.

 Yargıtay Ceza No: 39/2017

 (Girne Ceza No: 1066/2016)

İstinaf Eden: KKTC Başsavcısı – Lefkoşa

 (Davayı ikame eden)

 İle

Aleyhine istinaf edilen: Şaziye Çinko, No.24, Atatürk Caddesi,

 Küçükkaymaklı – Lefkoşa

 (Sanık)

 A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Savcı Behrat Mavioğlu

Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Yusuf Tekinay.

 A r a s ı n d a.

Girne Kaza Mahkemesinde 28.03.2017 tarihinde Yargıç Mesut Mesutoğlu’nun verdiği mahkûmiyete dair Sanık tarafından ve ceza takdirine karşı Başsavcılık tarafından yapılan istinaflardır.

**K A R A R**

**Gülden Çiftçioğlu:** Huzurumuzdaki Yargıtay/Ceza 38/2017 ve 39/2017 sayılı istinaflar birleştirilerek dinlenmiştir.

Yargıtay/Ceza 38/2017 sayılı istinaf, İstinaf Eden/Sanık tarafından Girne Kaza Mahkemesinin 28.3.2017 tarihli kararına karşı mahkûmiyet aleyhine yapılmıştır.

Yargıtay/Ceza 39/2017 sayılı istinaf ise İstinaf Eden Başsavcılık tarafından ceza takdiri aleyhine yapılmıştır.

İddia Makamı tarafından Sanık aleyhine aşağıdaki tafsilatı verilen dava getirilmiştir:

**“ İTHAM OLUNDUĞU SUÇ**

**1. Dava**

22/89 sayılı yasa ile tadil olunan Fasıl 154 Ceza Yasasının 242. maddesine aykırı darp.

 **SUÇUN TAFSİLATI**

Sanık, 11/6/2015 tarihinde Girne’de, eşi Ali Kayıkçı’yı kanuna aykırı olarak sol kolunu tırmalamak suretiyle darp etti.”

Sanık aleyhine getirilen davadan itham edildiğinde, aleyhindeki davayı kabul etmemesi üzerine meselenin duruşması yapılmıştır.

Yargılama sonucunda Alt Mahkeme, kararında, yapmış olduğu bulguların akabinde ithamnamedeki suçun işleniş şekli ile yapmış olduğu bulgular arasında farklılık olduğunu beyanla,

Fasıl 155 madde 83 tahtında Sanığın itham edildiği davadaki suçun tafsilat kısmının aşağıdaki şekilde tadiline emir vererek, Sanığın aleyhindeki davanın makul şüpheden ari ispatlandığı hususunda bulgu yaparak Sanığı mahkûm etmiştir.

**SUÇUN TAFSİLATI**

**Sanık aleyhindeki ithamnamedeki dava ile Fasıl 154 Ceza Yasasının 242. maddesine aykırı olarak; 11/06/2015 tarihinde Girne’de Özyalçın 61 Apartmanı Daire 4 adresinde kain dairedeki tuvalet içerisinde, eşi Ali Kayıkçı’yı kanuna aykırı olarak, sağ eliyle sol kolunu sert bir şekilde tutmak ve de kolunun iç kısmındaki derisinin yüzülmesine sebep olmak suretiyle darp etmek.”**

Sonuçta Alt Mahkeme, Sanığın suçlu bulunup mahkûm edildiği dava ile ilgili olarak 2 yıl boyunca sulh ve sükunu koruyup iyi ahlak sahibi olacağına ve suç işlemeyeceğine dair 10.000 TL’lik kefalet senedi imza etmesine emir vermiştir.

**İSTİNAF SEBEPLERİ**

Yargıtay/Ceza 38/2017 sayılı istinaf açısından Sanığın istinaf sebepleri aşağıdaki üç başlık altında toplanabilir:

**1-Muhterem Bidayet Mahkemesi, huzurunda Sanığın müştekinin oluru/icazeti olmaksızın sağ eliyle müştekinin sol kolunu sert bir şekilde tuttuğu ve bunun sonucunda elinin tutuş şekli nedeniyle başparmağı ile müştekinin sol kolunun iç kısmını tırnağının etkisiyle yüzeysel bir şekilde yüzdüğü yönünde bulguya varmakla hata etmiştir.**

**2. Alt Mahkeme yukarıdaki bulgunun akabinde ithamnamenin tafsilatı ile yaptığı bulgu arasında farklılık olmasına istinaden ithamnamenin tafsilatında Fasıl 155 madde 83’ü harekete geçirerek ithamnamede tadilat yapmakla ve tadilat yaptıktan sonra Fasıl 155 madde 84’ü uygulamamakla hata etmiştir.**

**3. Alt Mahkeme Sanığı mahkûm etmekle hata etmiştir.**

Yargıtay/Ceza 39/2017 sayılı istinaf açısından Başsavcılığın istinaf sebepleri tek başlık altında toplanabilir:

**1**-**Muhterem Bidayet Mahkemesinin Sanığı suçlu bulup mahkûm        ettiği davadan takdir ettiği ceza aşikâr surette azdır.**

**TARAFLARIN İDDİA VE ARGÜMANLARI**

Sanık Avukatının istinaf ihbarnamesindeki ve hitabındaki öncelikli iddiası, Alt Mahkeme huzurunda, Sanığın Müştekinin oluru/icazeti olmaksızın sağ eliyle Müştekinin sol kolunu sert bir şekilde tuttuğu ve bunun sonucunda elinin tutuş şekli nedeniyle başparmağı ile Müştekinin sol kolunun iç kısmını tırnağının etkisiyle yüzeysel bir şekilde yüzdüğü yönünde Müştekinin şahadeti olmamasına karşın bu yönde bulguya varmakta hata ettiğidir.

Sanık Avukatının diğer bir iddiası, Alt Mahkemenin ithamnamenin tafsilatında, Fasıl 155 madde 83 tahtında bir tadilatın yapılması gerektiği hususunda bulguya varıp, resen ithamnamenin tafsilatında tadilat yapıp, suçun tafsilatında, tırmalama kelimesini çıkarıp, “sağ eliyle sol kolunu sert bir şekilde tutmak ve kolunun iç kısmındaki derisinin yüzülmesine sebep olmak suretiyle darp etmekle” şeklinde ithamnameyi tadil etmekle ve ardından da Fasıl 155 madde 84’te öngörülen usulü uygulamayarak, Sanığa gereken fırsatları/söz hakkını vermemekle hata ettiği yönündedir.

Sanık Avukatının diğer bir iddiası, Alt Mahkemenin ispat külfeti ile ilgili prensipleri huzurundaki meseleye doğru bir şekilde uygulamamakla ve bu bağlamda huzurundaki şahadet, emare ve olgular ışığında İddia Makamının Sanık aleyhindeki davayı makul şüpheden ari bir şekilde ispat ettiği hususunda bulguya varıp Sanığı mahkûm etmekle hata ettiği yönündedir.

 İddia Makamı adına hazır bulunan Savcı ise hitabında Alt Mahkemenin Fasıl 155 madde 83’ü uygulamasının bu safhada gereksiz olduğunu, Alt Mahkemenin Fasıl 155 madde 82 tahtında herhangi bir tadilat yapmaksızın Sanığı mahkûm edebileceğini ve sonuçta Alt Mahkemenin mahkûmiyet kararının hatalı olmadığını iddia etmiştir.

 İddia Makamı adına hazır bulunan Savcı ilaveten hitabında, Alt Mahkemenin bulgularının hatalı olmadığını ileri sürmenin yanı sıra, Alt Mahkemenin ceza takdirinde, olayı tahrik edenin Sanık olduğunu Sanık aleyhine ağırlaştırıcı faktör olarak almamakla hata ettiğini iddia edip, takdir edilen cezanın aşikâr surette az olduğunu ileri sürmüştür.

**İNCELEME**

Alt Mahkeme huzurundaki meselede Sanık ve Müşteki olay tarihinde karı koca idiler. Sanık ile Müşteki olay tarihi olan 11.6.2015 tarihinde Girne’de ikamet ettikleri hane içerisinde tartışmış ve akabinde birbirleri aleyhine polise şikayette bulunmuşturlar.

Alt Mahkeme kararında, huzurundaki ihtilafsız olguları aşağıdaki şekilde özetlemiştir **(mavi 235-237):**

**“Mahkemeye aktarılan tüm şahadet ve hitapları teker teker özetleyip, sırasıyla kararıma aktardıktan sonra aşağıdaki hususların meselemizin ihtilafsız ve de tekzip edilmemiş olguları olduğu hususunda ayrı ayrı bulgu yaparım.**

**Şöyle ki;**

* **Sanık ile Müştekinin karı koca olup, tarafların işbu evlilikten ise Nade isimli tek bir kız çocukları olduğu,**
* **Sanığın ilgili dönemde ev hanımı olduğu, Müştekinin ise telefon dairesinde memur olarak çalışmakta olduğu,**
* **Yine ilgili dönemde Sanığın annesinin “by-pass” ameliyatı olması hasebiyle Sanığın haftanın belli günleri bazen arabayla bazen de otobüs ile Lefkoşa’ya gidip annesine baktığı,**
* **Tarafların evlenmeleriyle birlikte ve de ilgili güne değin Özyalçın 61 Apartmanı, Daire 4, Girne adresinde kain 3 yatak odalı, 2 tuvaletli bir apartman dairesinde birlikte kalıp ikamet ettikleri ve de tek bir tane arabaları olduğu,**
* **Sanık ile Müştekinin evliliklerindeki birtakım problemler nedeniyle taraflar arasında süre gelmekte olan bir gerginlik olduğu,**
* **Müşteki saat 21.30-22.00 arasında ise aile yuvasını kurdukları ikametgahlarındaki tuvalette iken Sanığın söz konusu tuvalete kapıyı çalıp Müştekiden izin almadan girdiği ve açılan kapının Müştekiye çarpmasıyla birlikte Müştekinin Sanığa “yavaş be hayvan” dediği, bunun akabinde de taraflar arasında bir gerginlik yaşandığı,**
* **Gerginlik sırasında taraflar arasında fiziksel temasa varacak derecede birtakım hareketler yaşandığı,**
* **Müştekinin o esnada yaz günü olması hasebiyle üzerinden herhangi bir şey giymediği,**
* **Müştekinin sol kolunun iç yüzünde o saate kadar herhangi bir yara izi vs. iz olmadığı,**
* **Tartışmanın bitmesi üzerinde Sanığın küçük Nade ile birlikte ayrı odada, Müştekinin ise ayrı odada kalıp uyudukları,**
* **Yaşananlar ile ilgili olarak Sanık ile Müşteki dışında bir görgü tanığı olmadığı,**
* **Müştekinin sağ ayağının ameliyatlı ve protez olduğu,**
* **Sanık ile Müştekinin, -ne olay sırasında- ne de ertesi gün birlikte evden ayrılıncaya kadar telefoniyen kimseyi aramadıkları,**
* **Ertesi gün sabah saat 09.30-10.00 raddelerinde Müştekinin küçük Nade’yi arabaya koyup kendi annesine gittiği,**
* **Bilahare ayni gün içerisinde Sanığın abisinin Girne’ye gelip Sanığı alması üzerine birlikte polise gidip müştekiden şikayetçi olduğu,**
* **Sanığa yazılı dava tebliğini PM. Mahmut Borucu’nun yaptığı, ifadesini ise PÇ. Namık Kemal Baz’in aldığı,**
* **Sanığın şikayeti üzerine polis tarafından kendisine ulaşılan Müştekinin ise “o da beni cırmaladı bende şikayetçiyim” dediği ve akabinde de Sanıktan şikayetçi olduğu,**
* **Sanığın doktor kontrolü sırasında müşteki tarafından ayaklarına tekme atıldığı şikayetinde bulunmadığı, bilahare aleyhindeki şikayet ile ilgili karakola gittiği zaman ise tırnaklarını polise göstermediği ve/veya tırnaklarını yediği yönünde herhangi bir beyanda bulunmadığı,**
* **Sanığın dava tebliğine ise sadece “kabul etmiyorum” yazıp imza ettiği ve de başka bir izahatta bulunmadığı,**
* **Bilahare Temmuz ayının başında tarafların tekrardan bir araya gelip ayni evde yaşamaya başladıkları,**
* **10.09.2015 tarihinde Sanığın Müştekiye boşanma davası ikame ettiği,**
* **11.09.2015 tarihinde ise evden çocuğu da almak suretiyle ayrıldığı ve işbu boşanma davasının halen sürdüğü,**
* **Sanığın hamile olmasından önceki 1.5 yıllık periyotta Çatalköy’de faaliyet gösteren güzellik salonunu ve/veya tırnakçıya gidip tırnaklarını ayda bir yaptırdığı,**
* **Bu süre zarfında Sanığın tırnaklarını yemediği,**
* **Hamile kalmasıyla birlikte söz konusu yere (tırnaklarını yaptırmak maksadıyla) gitmeyi bıraktığı,**
* **Sanığın abisi olan Müdafaanın 2’nci Tanığı ile Müşteki arasında Lefkoşa’da bu olaydan sonraki süreçte birtakım olayların yaşandığı, bundan ötürü taraflar arasında husumet bulunduğu,**
* **Sanık ile polis memurları arasında ise herhangi bir husumet bulunmadığı hususlarında bulgu yaparım.”**

İhtilafsız olguların akabinde, Alt Mahkeme kararında

**“Özellikle de herhangi bir görgü tanığı olmayan bir meselede çevre şahadet bize ışık tutup yol gösterecektir.”(mavi 237)** dedikten sonra**,** Müştekiyi Girne acil serviste suça konu tarihten bir gün sonra 12 Haziran tarihinde muayene eden Dr. Pınar Özgüven'in, hastane kayıt defteri ile teyit edilen şahadetini itibar edilir bularak, 12 Haziran tarihli muayenede Müştekinin sol kolunun iç kısmında 5 cm boyunca bir yara olduğu hususunda bulgu yapmıştır **(mavi 238).**

Akabinde Alt Mahkeme kararında şöyle demiştir:

**“Esas sıkıntı yaratan husus ise Müştekinin sol kolundaki bahse bu yaranın;**

1. **Ne zaman,**
2. **Kim tarafından,**
3. **Nasıl yapıldığıdır?” (mavi 238)**

**……………………………………….**

**“Tekrardan “yara” konusuna gelince, açıkçası bu husus ile ilgili Müdafaanın iddiası net değildir. Çünkü müdafaa tarafından bu konu ile ilgili elle tutulur herhangi bir iddia yapılması/yöneltilmesi gereken (özellikle de) müştekiye yapılmamıştır.**

**Örneğin Müştekiye:**

1. **“bu yara kendi kendinize yaptığınız bir yaradır” veya,**
2. **“bu yara bir başkası tarafından size yapıldı” veya,**
3. **“siz tuvalet içerisinde iken kapının Sanık tarafından açılması üzerine kapının size vurmasından mütevellit bu yara oluştu-yani kazara oldu” yönünde iddialar konmamıştır.**

**Sadece meselenin tahkikat memuruna “ söz konusu yaranın bir başkası tarafından yapılmış olabileceği yönünde muteber şahadet ile desteklenmeyen bir iddia yöneltilmiştir. Fakat Sanık ne aleyhindeki itham kendisine polis tarafından ilk duyurulduğu zaman ne de yazılı dava tebliğinde bu yönde bir izahatta ve/veya açıklamada bulunmamıştır. Dolayısıyla da ilk nazarda gerek müştekinin bu yarayı kendi kendine yaptığı gerekse de bir başkası tarafından kendisine yapılmış olabileceği tamamen spekülatif, şahadetle desteklenmeyen kuru bir iddia olarak karşımıza çıkmaktadır.” (mavi 240)**

Belirtilenlerin akabinde Alt Mahkeme kararında, huzurundaki, ihtilaflı şahadeti değerlendirmeye tabi tutmuş ve Müşteki koca Ali Kayıkçı’nın şahadetine itibar edip etmediğini açık olarak belirtmemiş; Sanık karının şahadetini ise ayrıntılı bir şekilde değerlendirmeye alıp itibar edilir bulmamış ve sonrasında yukarıda ifade ettiği yaranın kim tarafından ve ne şekilde yapıldığı hususunda rasyonel bir çıkarım yapabileceği kanaatinde olduğunu belirterek aşağıdaki bulguları yapmıştır **(mavi 244-245).**

“………………………

***Kararımın bu safhasına kadar yapmış olduğum tüm bulgularım gereğince söz konusu yaranın kim tarafından ve ne şekilde yapıldığı hususunda aşağıdaki şekilde rasyonel bir çıkarım yapabileceğim kanaatindeyim.***

 **“ Şöyle ki, huzurdaki Sanık, 11.06.2015 tarihinde eşinin tuvalette olduğu bir esnada tuvalete girmesiyle birlikte tuvaletin kapısı Müştekinin vücudunun bel bölümüne çarpmıştır. Bunun üzerine ise Müşteki Sanığa yavaş be hayvan demiştir.**

 **Hali hazırda araları evliliklerini yürütememenin vermiş olduğu duygulardan ötürü son derece gergin ve kötü olan taraflar, gerek tuvalete izin alınmaksızın girilmesi, akabinde kapının çarpması ve buna müteakip söylenen bu söz üzerinde tartışmaya başlamış ve de bu tartışma tuvalet içerisinde başlamıştır. Zaten tüm bu hususlar ile ilgili kararımın önceki bölümünde ayrı ayrı bulgularım mevcuttur.**

* **Bunun neticesinde ise gerek evlilikte yaşanan problemler gerekse de kendisine söylenen sözler nedeniyle daha da gerginleşen Sanık, Müşteki tuvaletten çıkarken ve/veya çıkmak için hamle yaptığı sırada yaşananlara bir tepki olarak ve/veya ahar surette bir zorunluluk hali mevcut olmamasına rağmen Müştekinin olur/icazeti olmaksızın sağ eliyle Müştekinin sol kolunu sert bir şekilde tutması sonucu Emare No.1’den de görüleceği üzere elinin tutuş şekli nedeniyle başparmağı ile Müştekinin (sol) kolunun iç kısmını tırnağının da etkisiyle takriben 5 cm boyunca yüzeysel bir şekilde yüzmüş,**
* **Bunun üzerine hali hazırda gergin ve sinirli olan ve de yaşanan bu olay neticesinde acı duyan Müşteki ise Sanığa yine herhangi bir zorunluluk hali bulunmaksızın kendince bir nevi tepki olarak fiziksel bir tepki göstermiş olup, bu hususlarda ayrı ayrı bulgu yaparım.**

**İşbu bulgularımdan da görüleceği üzere ithamnamedeki suçun işleniş şekli ile bulgu yapmış olduğum işleniş şekli arasında farklılıklar bulunmaktadır.**

 **Peki böyle bir durum ne yapılması gerekmektedir? İlgili mevzuat olan Fasıl 155, madde 83’e (ilgili maddeye) göre tadilat yapmamız gerekmektedir.”**

İstinaf İhbarnamesindeki istinaf sebebi bağlamında Sanık Avukatının öncelikli iddiası, İddia Makamı tanıklarından hiç birinin ve özellikle Müştekinin, Sanığın “baş parmağı” ile müştekinin sol kolunu tırnağının da etkisiyle yüzdüğü şeklinde iddia ve şahadeti olmamış olmasına karşın Alt Mahkemenin bu hususta bulgu yapmak suretiyle hata ettiğidir.

Müştekinin Alt Mahkeme huzurundaki şahadeti şu şekilde idi **( mavi 7-8 ):**

**“ C- Kapıdan çıkmaya çalışırken eşim sağ eli ile sol kolumu**

**Mahkeme: evet**

**C.Tutup tırnakladı böyle, o esnada diğer elide gelirdi, yani,bana böyle tutup tırnakladıktan sonra diğer elide bana doğru gelirken o can havliyle itekledim bu şekilde ve “ Bırak” dedim.**

**Mahkeme: Sizde onu iteklediniz?**

**C-** **Yani bu eliyle beni cırmalarken o can havliyle bırak dedim.**

**………………………………**

**C..... tuttu beni buradan ve tırnakladı.**

…………………………………”

Görüleceği üzere, Müşteki Alt Mahkeme huzurundaki şahadetinde, eşinin sağ eli ile sol kolunu tutup tırnakladığını iddia etmiştir.

Alt Mahkeme kararı irdelendiğinde, Alt Mahkemenin, Müştekinin Sanığın kendisini tırnakladığı hususundaki şahadetini hiç bir şekilde değerlendirmeye tabi tutup, itibar edip etmediği hususunda bulguda bulunduğu görülmemektedir.

**Alt Mahkemenin tek değerlendirmesi Müştekinin şahadeti dışında, Müştekinin tavır ve hareketi ile ilgili olup şöyledir:**

**“Gerek Müşteki gerekse de Sanığı Mahkeme huzurunda şahadetleri sırasında çok yakından gözlemleme fırsatı buldum. Özellikle de Müştekinin Mahkeme huzurunda bulunmaktan son derece rahatsız olduğu, sorulan sorulara detaya girmeden çok kısa cevaplar vermeyi tercih ettiğini**, Sanığın ise aksine şaşırtıcı derece güleç ve rahat olduğunu..................”**(mavi 238-239)**

Alt Mahkeme huzurunda, Sanığın Müştekiyi kolundan tutup tırnakladığı hususunda Müştekinin doğrudan/direkt şahadeti mevcuttu. Alt Mahkeme Müştekinin doğrudan/direkt şahadetini değerlendirip bu şahadete itibar edip etmediği hususunda bulguda bulunmalı idi.

Birçok içtihat kararında belirtildiği üzere, bir tanığı ve şahadetini değerlendirmek, tanığın huzurunda şahadet verdiği mahkemeye düşen ciddi bir görevdir. Mahkeme, önünde şahadet

veren tanığı dinler, izler ve bunlar ışığında o tanığı ve şahadetini değerlendirir **( Bkz: Ceza/İstinaf : 23/1972;** **Yargıtay/Ceza 28 ve 35/2002 D. 2/2006; Yargıtay/Ceza: 83/2005 D.7/2006).**

Alt Mahkeme, Müştekinin doğrudan / direkt şahadetini değerlendirmeye tabi tutup, mantık ve tecrübeye dayanarak çeşitli faktörleri, örneğin, Müştekinin şahadetinin diğer şahadetle desteklenip desteklenmediğini, ilk verdiği şahadet ile istintak esnasında verdiği şahadetin uyumlu olup olmadığını, Müştekinin şahadet verme esnasındaki hal ve tavrını dikkate alarak itibar edilir bir şahadet olup olmadığına dair açıkça bulgu yapmalı idi.

Alt Mahkeme Müştekinin şahadetine itibar edip etmediği hususunda açıkça bulguda bulunmamakla hata etmiştir.

Alt Mahkeme huzurunda İddia Makamı Tanığı No.4 Dr. Pınar Özgüven ise şahadetinde, Girne Akçiçek hastanesi acil serviste görev yaptığını belirtmiş, olay tarihi olan 11 Haziran tarihinden 1 gün sonra 12 Haziran tarihinde acil servisteki muayenesinde Müştekinin sol kol iç kısmında 5 cm’lik yüzeysel sıyrık tespit ettiği hususunda şahadet vermiştir.

İddia Makamı Tanığı No.4 Dr.Pınar Özgüven ilk sorgusu ve istintakında şöyle demiştir:

**“C. Evet** **sol kol iç kısmında 5 cmlik yüzeysel sıyrık tespit edilmiştir.**

**…………………………………………………………………………………….**

**C.** **keskin olmayan sivri bir cisimle bu bir metal parçası olabilir, keskin olmayan bir cam parçası olabilir, tırnak olabilir. Yani, çok keskin olmaz değil fakat sivri olan bir şeyle yapılmış gibi.(mavi 72)**

**……………………………………………………………………………………..**

**C. tırnak yiyen birisi bunu yapamaz tabi ki.**

**……………………………………………………………………………………………**

**C. kısa tırnak bunu yapamaz.”(mavi 80)**

Diğer yandan, Sanık ise Alt Mahkeme huzurundaki şahadet ve istintakında tırnaklama iddialarını reddedip, polisin kendisine okuduğu davayı kabul etmeyerek, polise, “yalan söyler” şeklinde beyanda bulunduğunu iddia etmiştir.

Meselenin tahkikat memuru İddia Makamı Tanığı No.3 p/m Mahmut Borucu’da Sanığın kendisine okunan davayı kabul etmeyip “yalan söyler” şeklinde beyanda bulunduğunu ifade etmiştir

**( mavi 49- 50).**

İlaveten, Meselenin tahkikat memuru İddia Makamı Tanığı No.3 p/m Mahmut Borucu Sanığın hangi eliyle Müştekinin hangi kolunu cırmaladığı veya Sanığın tırnaklarının olup olmadığını bilmediğini, bu konuda bir araştırma yapmadığını ifade etmiştir.

İddia Makamı Tanığı No.3 p/m Mahmut Borucu istintakında şöyle demiştir:

**“S. Hatırlamazsınız. Şimdi tahkikat yaparken tespit ettiniz mi ki Müştekinin iddiasına göre sanık hangi eliyle tırmaladı müştekiyi?**

**C. Şimdi Ali Kayıkçı ifadesine göre….**

**S.** **Tahkikatınızda diyorum yani bir araştırma yaptınız, biri öyle der biri böyle der, siz tahkikatın neticesinde hangi eliyle Şaziye iddiaya göre Ali Bey’in sol kolunu cırmaladı?.**

**C. Herhangi bir tespitte bulunmadım burada.**

**S. Bulunmadınız Mahmut Bey bu Sanığın tahkikatınızda yaptıysanız diye sorarım sağ eliyle mi yazar, sol eliyle mi yazar, sağlak mı, solak mı bir tahkikatınız oldu mu?.**

**C. Yok bu konuyla ilgili bir tahkikat yapmadım.**

**S. Ellerinde tırnaklar var mı, yok mu, tırnakları uzun mu, kısa mı bir tahkikat yaptınız mı?.**

**C. Yok bakmadım ona ben.”(mavi 64)**

Sanık ise şahadetinde ve istintakında sorulara şu şekilde cevap vermiştir **( mavi 96 vd ):**

**“S.** **Bu sırada Ali Kayıkçının sol kolunun içini yaralamak niyetiyle herhangi bir fiiliniz oldu mu?**

**C. Hayır.**

**……**

**S. Siz Ali Kayıkçının herhangi bir tarafına, koluna, eline, içine vurdunuz mu?**

**C.Hayır vurmadım.**

**S. Herhangi bir şekilde Ali Kayıkçı’nın eline, koluna, elinin içine cırmak attınız mı?**

**C. Hayır.**

**S.Size herhangi bir şikayette beni cırmakladın, beni dövdün diye bir şikayette bulundu mu?**

**C.Hayır.”**

Alt Mahkeme, huzurundaki Müştekinin doğrudan şahadetini değerlendirerek itibar edilip edilmediği hususunda açıkça bulguda bulunup, huzurundaki yukarıdaki tüm şahadeti de dikkate alarak, olayın oluş tarzı ile ilgili bulgu yapması gerekirken, şahadeti eksik veya yanlış değerlendirmek sureti ile çıkarım / istihraç yolu ile “ Müştekinin oluru/icazeti olmaksızın sağ eliyle, müştekinin sol kolunu sert bir şekilde tutması sonucu elinin tutuş şekli nedeniyle başparmağı ile müştekinin ( sol ) kolunun iç kısmını tırnağının da etkisiyle takriben 5 cm boyunca yüzeysel bir şekilde yüzdüğü” yönünde bulguya varmakla etmiştir.

Belirtilenler ışığında Sanık, 1. istinaf sebebinde başarılı olmuştur.

2. istinaf sebebinin irdelenmesine gelince***;***

Alt Mahkeme kararı irdelendiğinde, Alt Mahkemenin yukarıdaki bulguya vardıktan sonra Sanık aleyhindeki orijinal ithamların tafsilatının Mahkeme huzurundaki şahadet ile uyumlu olmadığından hareket ederek, ithamnameyi kusurlu **(defective*)*** addettiği ve akabinde **Fasıl 155 madde 83**’ü resen harekete geçirdiği görülmektedir.

Bu aşamada vurgulanması gereken, Alt Mahkemenin huzurundaki meselede yargılamanın sona erdiği ve bu bağlamda Mahkemenin İddia Makamı ve Müdafaa tarafından sunulan şahadeti değerlendirmeye alıp bulgularını yapabileceği bu safhada harekete geçirebileceği maddenin, Fasıl 155 madde 83 ve 84 mü yoksa, Fasıl 155 madde 85 (4)mü olduğunu incelemeye tabi tutmadan, bu aşamada karar verilmesi gereken Alt Mahkemenin ithamın/charge kusurlu olduğu bulgusuna varmasında hata olup olmadığıdır.

Bir ithamın **(charge)** kusurlu olup olmadığının tespiti için uygulanabilecek faydalı bir rehber olarak alabileceğimiz, **The Attorney General of the Republic v.Kyriacos Christodoulou Kyprianou, 1988 2 CLR, s.215 ; Georghios Chr.Leonidou v.The Police, 1987 2 CLR 103,104** kararlarında atıfta bulunulan **Arcbold’s Criminal Pleading Evidence and Practice, 40 ed, p.52 para 53’**de şöyle denmiştir:

**“ a) An indictment is defective not only when it is bad on the      face of it, but also:**

**(i)When it does not accord with the evidence before the**

 **committing magistrates either because of inaccuracies**

 **or deficiencies in the indictment or because indictment         charges offences not disclosed in that evidence or         fails to charge an offence which is disclosed therein,**

 **(ii)When for such reasons it does not accord with the         evidence given at the trial R.v. Hall [1968] 52         Cr.App.R.528; R.v.Johal and Ram [1972] 56 Cr.App. R.         348”.**

Yukarıdan görüleceği üzere, bir ithamnamenin kusurlu **(defective)** addedilmesi için, ithamnamenin şeklinde bir hatanın mevcut olması ya da ithamnamenin özünde bir hata olması gerekir. Bu bağlamda, mahkeme huzurundaki şahadet ile davanın tafsilatı arasında çelişki olması veya ithamnamenin içerdiği suçun şahadetle ortaya konamaması veya şahadetin ortaya koyduğu suçu ithamnamenin içermemesi gerekir***.***

Sanık aleyhindeki ithamname incelendiğinde, ithamnamenin şeklinde veya özünde bir hatanın mevcut olmadığı, bu bağlamda mahkeme huzurundaki şahadet ile davanın tafsilatının uyumlu olmadığı görülmemektedir.

Neticede; Alt Mahkeme, huzurundaki şahadet ile davanın tafsilatı arasında çelişki olduğu kanaatine varmakla ve ithamnameyi kusurlu **(defective)** addedip, akabinde, Fasıl 155 madde 83’ü resen harekete geçirmekle ve huzurundaki şahadet, emare ve olgular ışığında İddia Makamının Sanık aleyhindeki orijinal davayı makul şüpheden ari bir şekilde ispat edip etmediğini incelememekle hata etmiştir.

Fasıl 155 madde 83’ü harekete geçirmekle hata ettiği sonucuna vardıktan sonra, Alt Mahkemenin Fasıl l55 made 84’ü uygulamamakla hata edip etmediğini incelemek gerekmemektedir.

 Belirtilenler ışığında Sanık 2. istinaf sebebindebaşarılı olmuştur.

Bu aşamada irdelenmesi gereken, 3. istinaf sebebi bağlamında, Alt Mahkemenin Sanığı aleyhindeki davadan suçlu bulup mahkûm etmekle hata edip etmediğidir.

Bilindiği üzere 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası madde 37(3) ve Fasıl 155 madde 145’e göre, Yargıtay, ilk mahkemenin olgularla ilgili yapmış olduğu bulgu ve kararı ile bağlı değildir. Yargıtay huzurundaki tanıklığı gözden geçirmeye ve kendi bulgularını yapmaya yetkilidir. Yargıtay gerek görmesi halinde kendi hüküm verebilir veya davayı dinlemek üzere Alt Mahkemeye gönderebilir. Bu bağlamda, ilk mahkemenin huzurundaki şahadet ve delillerin yeterince değerlendirilmediği hallerde, taraflardan herhangi birine karşı adaletsizliğe neden olmadıkça, bu gibi şahadet hususunda kendi bulgusunu yapması ve davayı tekrar dinlenmek üzere Alt Mahkemeye göndermemesi gerekir **(Bkz: Yargıtay/Ceza 45/2004 D.6/2005 ).**

Huzurumuzdaki meselede, herhangi birisine karşı adaletsizliğe neden olmayacağı kanaatine varılarak, şahadetin değerlendirilmesi yapılarak bu gibi şahadet hakkında Yargıtayın kendi bulgusunu yapması uygun görülmektedir.

Müşteki Alt Mahkemede, Sanığın sağ eli ile Müştekinin sol kolunu tutup tırnakladığı yönünde şahadet vermiştir. Yukarıdan da görüleceği üzere*,* Alt Mahkeme bu şahadeti değerlendirmeye tabi tutup itibar edilip edilmediği hususunda bulguda bulunmamıştır.

İddia Makamı Tanığı Dr. Pınar Özgüven’in şahadetine göre, şikayete konu günden 1 gün sonraki muayenede, Müştekinin kolu üzerinde yüzeysel yara tespit edilmiştir. Dr. Pınar Özgüven’e göre bu yara, tırnak yanında, keskin olmayan sivri bir cisimle veya bir metal parçası veya keskin olmayan bir cam parçası ile oluşabilmektedir.

Yine Dr. Pınar Özgüven’in şahadetine göre, tırnak yiyen birisi müştekinin kolundaki izi yapamamaktadır.

Sanık ise şahadet ve istintakında yukarıdan görüleceği üzere, Müştekinin iddialarını reddetmiş; suçun işlenmediği yönünde izahat vermiştir.

Sanığın yeminli şahadetindeki ve istintakındaki izahatına göre; Sanığın tırnak yeme hastalığı mevcuttu. Sanığın tırnakları, tırnak etinin içine gömülü idi ve tırnaklaması mümkün değildi. Sanık Mart 2014 tarihinde hamile kalmıştı. Müdafaa Tanığı Sinem Serkut Mart 2014 tarihine değin Sanığa protez tırnak yapmasına karşın, Sanığın hamile olduğu Mart 2014 tarihinden sonra Sanığa herhangi bir protez tırnak yapmamıştı**.**

Nitekim, Sanığın yeminli şahadeti ile ortaya koyduğu bu izahat, Müdafaa Tanığı Sinem Serkut’un şahadeti ve Dr. Pınar Özgüven’in şahadetinin aşağıdaki kısmı ile desteklenmekte idi.

Güzellik Salonunda eğitim veren Müdafaa Tanığı Sinem Serkut’un yeminli şahadet ve istintakına göre de ; Sanığın tırnak yeme hastalığı mevcuttu ve Sanığın tırnakları, tırnak etinin içine gömülü idi. Dolayısıyla da tırnaklama mümkün değildi. Müdafaa Tanığı Sinem Serkut Mart 2014 tarihine değin Sanığa protez tırnak yapmasına karşın, Sanığın hamile olduğunu öğrendiğini söylediği Mart 2014 tarihinden sonra Sanığa herhangi bir protez tırnak yapmamıştı.

Dr. Pınar Özgüven de şahadet ve istintakında tırnak yiyen birisinin müştekinin kolundaki izi yapamayacağını ifade etmişti **( mavi 80 ).**

 Müşteki ve diğer İddia Makamı tarafından sunulan tüm şahadeti, Sanık ve Müdafaa tanıkları tarafından sunulan şahadetle hep birlikte değerlendirmeye alıp, suçun makul şüpheden ari bir şekilde işlendiğine dair ispat külfetini

İddia Makamının yerine getirip getirmediğini incelediğimizde**,** Sanığın kendi içinde tutarlı ve makul olan yeminli şahadetinin ve istintakının, Müdafaa Tanığı Sinem Serkut’un kendi içinde tutarlı ve makul yeminli şahadeti ve İddia Makamı Tanığı No.4 Dr. Pınar Özgüven’in şahadetinin ve istintakının yukarıdaki kısmı ile teyit edildiği dikkate alındığında, Sanığın yeminli şahadeti ve istintakındaki izahatının suçun işlenmediği yönünde makul şüphe yaratıcı mahiyette veya doğru olma olasılığı olduğu kabul edilerek, bu hususta bulgu yapılır.

 Sanığın yeminli şahadeti ve istintakındaki izahatının suçun işlenmediği yönünde makul şüphe yaratıcı mahiyette veya doğru olma olasılığı olduğu kabul edildikten sonra, Sanığın itham olduğu suçun unsurlarının İddia Makamı tarafından makul şüpheden ari bir şekilde ispat edilmediği hususunda bulguya varılarak, Sanık aleyhindeki mahkûmiyet ve ceza takdiri kararı iptal edilir ve Sanık aleyhindeki davadan Beraat ettirilir.

Belirtilenler ışığında, **Yargıtay Ceza 38/2017 sayılı** istinaf kabul edilerek, Sanık aleyhindeki mahkûmiyet ve ceza takdiri kararı iptal edilerek, Sanık aleyhindeki davadan Beraat ettirilir.

**Yargıtay /Ceza 38/2017 sayılı** istinaf kabul edildiği ve Sanık aleyhindeki mahkûmiyet ve ceza takdiri kararı iptal edilerek Sanık Beraat ettirildiği cihetle, Başsavcılığın cezaya dair **Yargıtay/Ceza 39/2017** sayılı istinafının da reddi gereklidir.

**Netice itibarı ile**; Yukarıda tüm belirtilenler ışığında, **Yargıtay Ceza: 38/2017** sayılı istinaf kabul edilerek, Sanık aleyhindeki mahkûmiyet ve ceza takdiri iptal edilerek, Sanık aleyhindeki davadan beraat ettirilir.

**Yargıtay/Ceza 39/2017** sayılı Başsavcılığın cezaya dair istinafı ise reddedilir.

Gülden Çiftçioğlu Bertan Özerdağ Beril Çağdal      Yargıç         Yargıç Yargıç

22 Ekim 2020