

KÜÇÜK MAĞDUR İLE ZORUNLU VEKİLİNİN İRADESİNİN ÇELİŞMESİ

YARGITAY - CEZA GENEL KURULU

E. 2008/5-56 - K. 2008/156T. 3.6.2008

DAVA : Sanık C.Ç.'nin, cinsel istismar suçundan 5237 sayılı TCY.nın 103/2, 43/1 ve 62/1. maddeleri uyarınca 8 yıl 4 ay hapis cezasıyla; özgürlüğü kısıtlama suçundan ise, 5237 sayılı TCY.nın 109/1, 109/3-f, 109/5, 43/1 ve 62/1. maddeleri uyarınca 3 yıl 1 ay 15 gün hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin Balıkesir Ağır Ceza Mahkemesince 31.05.2006 gün ve 124-330 sayı ile verilen kararın, mağdur vekili ve sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 5. Ceza Dairesince 13.02.2007 gün ve 12163-966 sayı ile;

“...14 yaşında olup şikayetten vazgeçmeye ehil bulunmayan mağdurenin duruşmadaki şikayetçi olmadığına ilişkin beyanına dayanılarak CMK.nun 234/2. maddesi gereğince kendisine istemi aranmaksızın atanan vekilinin katılma isteğinin reddine karar verilmesi,

5271 sayılı CMK.nun 236/3. maddesi açık hükmüne rağmen mağdurenin dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulmaması,

Kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkum edilen sanık hakkında 5237 sayılı Yasanın 53. maddesinin uygulanmaması...” isabetsizliğinden hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel Mahkeme ise 21.05.2007 gün ve 162-245 sayı ile;

“1-Dosya içeriğinden de anlaşılacağı üzere, mağdure suç tarihinde 14 yaşında olup, soruşturma ve kovuşturma sırasında; kendi isteği doğrultusunda sanık ile kaçtıklarını, hatta sanığı kendisinin bu yönde zorladığını, rızasıyla cinsel ilişkide bulduklarını beyan ederek sanıktan şikayetçi olmadığını ifade etmiştir.

Balıkesir Adli Tıp Şube Müdürlüğünün raporuna göre mağdurede herhangi bir akıl hastalığı ve zeka geriliğinin tespit edilemediği, dolayısıyla yaşına uygun bedensel ve ruhsal gelişmeyi göstermiş olduğu anlaşılmaktadır

Mağdurenin anne ve babası kendi adlarına davaya müdahale talebinde bulunmuşlar ve davaya katılmalarına karar verilmiştir.

5237 sayılı TCK. sisteminde; Cinsel saldırı suçları TCK.nun 2.kitap, 6.bölümünde vücut dokunulmazlığına yönelik fiiller içinde yer almıştır. 765 sayılı TCK.da ise genel ahlak ve aile düzeni aleyhine işlenen fiiller içinde

yer almakta idi. Bu suçlarda korunan hukuki yarar yeni yasamızdaki sisteme göre kişinin vücut dokunulmazlığı olup şüphesiz ki vücut dokunulmazlığının ihlali kişiye sıkı surette bağlı haklardandır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 16.maddesi gereğince “ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmadan ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.”

Yüksek Yargıtay içtihadı birleştirme kurulunun 15.04.1992 gün ve 14/9 sayılı kararında; “Sezgin Küçükler, doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı dava ve şikayet hakkına sahiptirler” görüşü kabul edilmiştir.

Yeni TCK. sisteminde cinsel saldırı suçlarında rıza yaşı 15 yaş olarak belirlenmiştir. 15 yaşını bitirmemiş küçüklerin elbetteki suçun oluşması açısından rızaları etkili değildir. Ancak şikayeti kullanma açısından ayırt etme gücüne sahip bulunan küçüklerin, kişiye sıkı surette bağlı bulunan bu hakkı kullanmasına da, Medeni Kanun ve yukarıda açıklanan içtihadı birleştirme kararına göre bir engel söz konusu değildir.

Şüphesiz ki küçüklerin haklarını Medeni Kanununun 339 ve müteakip maddeleri gereğince anne ve babanın koruma ve kollama görevleri bulunmaktadır. Bu doğrultuda anne ve baba kendi adlarına davaya katılarak, kendilerine de vekil görevlendirmesi yapılarak çocuğun haklarını korumuşlardır.

CMK.nun 238/2 maddesi gereğince şikayeti bulunan ve suçtan zarar gören kişiye davaya katılmak isteyip istemediğinin sorulacağı, davaya katılma talebi var ise bir karar verileceği hükmü karşısında, mağdurun şikayetten vazgeçme ehliyeti yok ise şikayetçi olma ehliyeti de bulunmaz. Sezgin olan mağdurun şikayetçi olmadığı gibi, yasal temsilcilerinin mağdur lehine katılma taleplerinin olmaması nedeniyle, yasa gereğince atanan vekilinin davaya katılma hakkı olmadığından önceki hükmün usul ve yasaya uygun olduğu kanaatine varılmıştır.

2-Cinsel saldırı suçuna muhatap olan küçük mağdurenin dinlenilmesi sırasında CMK.nun 236/3 maddesi gereğince psikoloji, psikiyatri, tıp ve eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulması zorunluluğu emredici bir hükümdür.

Yasa koyucunun amacı, cinsel saldırı sonucu yaşaması muhtemel travma nedeniyle ruh sağlığı bozulan veya bozulma tehlikesi yaşayan mağdurlara psikolojik destek sağlamak, mağdurenin anlatımlarını bir uzman aracılığıyla da denetlemek, bu şekilde mahkemeye yardımcı olmanın yanında mağduru da korumak amaçlanmıştır.

Özellikle cinsel saldırı suçlarıyla psikolojileri bozulan mağdurların da bir kez dinlenmesi benimsenerek, zorunlu olmadıkça aynı olayı tekrar tekrar anlatırılarak saldırının olumsuz etkileri bellekten silinmek istenmiştir.

Soruşturma evrakı kapsamı, Adli Tıp raporu ve mahkememizin izlenimine göre, mağdurenin ruh sağlığının bozulmadığı, kendisini rahatlıkla ifade edebildiği müşahede edilmektedir.

Bu gerekçelere rağmen Yargıtay bozma ilamı yerinde ise de; aynı olay ile ilgili mağdurenin psikolog veya diğer uzmanlar huzurunda dinlenmesi yarar sağlamayacağı, yapılan usuli eksikliğin telafisinin de mümkün olmaması nedeniyle bu gerekçeye dayalı olarak ısrar kararı vermek gerekmiştir.

3-Hapis cezasına mahkumiyete bağlı olarak bazı hakları kullanmaktan yasaklama 765 sayılı TCK.da fer'i ceza olarak yer almış iken, 5237 sayılı TCK.da güvenlik tedbiri olarak yer almıştır. Bu hükümler infaza ilişkin olup uygulanması kanunun emredici hükmüdür. Hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak verilmekte olup, hükümde gösterilmesi zorunlu değildir.

CMK.nun 223/6. maddesinde bahsedilen güvenlik tedbirleri hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olan güvenlik tedbirleri değil, diğer güvenlik tedbirlerinin yanında mahkemenin takdir yetkisine giren TCK.nun 53/5-6 fıkralardaki güvenlik tedbirleridir.

Nitekim 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun 4. maddesinde de adli sicile kaydedilecek bilgiler arasında TCK.nun 53/1.maddedeki güvenlik tedbirlerinin gösterilmesi zorunlu kılınmamıştır. Doktrinde Prof.Dr.Bahri Öztürk, Doç.Dr.Mustafa Ruhan Erdem “Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku” kitabının 9.baskısının 323.sayfasında “hak yoksunluğu hapis cezasına mahkumiyetin yasal bir sonucu olarak kendiliğinden ortaya çıkar, ayrıca kararda gösterilmesi gerekmez, bu nedenle de kararda gösterilmemiş olması hükümlü açısından kazanılmış bir hak oluşturmaz” Prof.Dr.İzzet Özgenç, Gazi Şehri isimli kitabında da güvenlik tedbirlerinin hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olup hükümde gösterilmesinde zorunluluk bulunmadığını açıklamıştır.

Bu açıklamalar doğrultusunda TCK.nun 53/1 maddedeki güvenlik tedbirlerinin hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olup hükümde gösterilmesi zorunlu olmadığı kanaatine varıldığından, önceki kararımızda ısrar etme gerekliliği sonucuna varılmıştır.” gerekçesiyle önceki hükümde direnmiştir.

Bu hükmün de mağdur vekili ile sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının “bozma” istekli,

29.02.2008 gün ve 211273 sayılı tebliğnamesi ile Birinci Başkanlığa gönderilmekle, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır:

KARAR : Sanığın cinsel istismar ve özgürlüğü kısıtlama suçlarından cezalandırılmasına karar verilen olayda, sanığın açık ikrarı, mağdurenin ikrarı doğrulayan beyanı, doktor raporları ve nüfus kayıt örneklerine göre, sanığa yüklenen eylemlerin sabit olduğu hususunda bir kuşku bulunmamaktadır. Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasında çözümlenmesi gereken hukuki uyumsuzluklar;

1- Mağdurenin şikayetçi olmadığına ilişkin beyanı karşısında, mağdure için atanan zorunlu vekilin katılma isteminin kabulüne karar verilmesine olanak bulunup bulunmadığı,

2- Mağdurenin dinlenmesi sırasında CYY.nın 236/3. maddesi uyarınca uzman bir kişinin bulundurulmasının zorunlu olup olmadığı,

3- Sanığın kasıtlı bir suçtan özgürlüğü bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasına karar verilmesi karşısında, TCY.nın 53. maddesinde öngörülen güvenlik tedbirlerine de hükmedilmesinin gerekip gerekmediğinin belirlenmesi, hususlarına ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğine göre;

Mağdure C.E., dosyadaki nüfus kayıt örneğine göre 05.07.1991 doğumludur ve getirilen doğum raporu örneğine göre hastanede doğmuş olup, suç tarihinde ve şikayetçi olmadığına ilişkin beyanının alındığı 03.04.2006 günlü oturumda onbeş yaşından küçük olduğu konusunda herhangi bir kuşku bulunmamaktadır.

Yerel Mahkemece, 03.03.2006 tarihinde, tensip ara kararının 7. bendinde, yaşı küçük olan mağdureye CYY.nın 239/2. maddesi uyarınca zorunlu vekil atanması için Balıkesir Barosuna yazı yazılması kararlaştırılmış, 03.04.2006 tarihinde yapılan ilk oturumda mağdurenin ifadesi baro tarafından atanan vekil hazır bulunduğu halde alınmış ve mağdure C., sanıktan şikayetçi olmadığını, davaya da katılmak istemediğini bildirmiştir. Ancak, mağdurenin dinlenmesi sırasında CYY.nın 236/3. maddesinde öngörüldüğü şekilde bir uzman bulundurulmamıştır. Mağdure için atanan vekil ise, aynı oturumda sunduğu dilekçe ile mağdure adına davaya katılma isteminde bulunmuştur.

Yerel Mahkeme ise, mağdurenin şikayetçi olmadığı ve davaya katılmak istemediğine ilişkin beyanını esas alarak, mağdure vekilinin katılma isteminin reddine karar vermiştir.

Bu açıklamalar ışığında hukuki uyuşmazlık nedenleri sırasıyla ele alındığında;

1- Mağdurenin şikayetçi olmadığına ilişkin beyanı karşısında, mağdure için atanan zorunlu vekilin katılma isteminin kabulüne karar verilmesine olanak bulunup bulunmadığına ilişkin uyuşmazlık nedeninin değerlendirilmesinde;

5237 sayılı TCY.nın 6/1-a maddesinde, “henüz 18 yaşını doldurmamış kişi” olarak tanımlanan çocuk kavramının, yasakoyucu tarafından cinsel dokunulmazlığa karşı suçların düzenlendiği bölümde, “onbeş yaşını bitirmiş”, “onbeş yaşını tamamlamamış” şeklinde iki ayrı dönem olarak ele alınmıştır. Buna göre bu bölümde “onbeş yaşını tamamlamamış” çocuklar ile “onbeş yaşını bitirmiş olup ta onsekiz yaşını tamamlamamış” olan çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar farklı kategoride mütalaa edilmiştir. TCY.nın 103/1-a maddesinde, “onbeş yaşını tamamlamamış” olan çocuklara karşı her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak tanımlanmışken aynı maddenin (b) bendinde ise diğer çocuklar ifadesiyle “onbeş yaşını bitirmiş olup ta onsekiz yaşını tamamlamamış” olan çocuklar kastedilerek bunlara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar suçunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Yasa koyucu bu maddede “onbeş yaşını bitirmiş olup ta onsekiz yaşını tamamlamamış” olan çocuklara karşı rızalarıyla yapılan cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamına almamış ve bu kategorideki çocukların rızalarına önem vermişken “onbeş yaşını tamamlamamış” çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranış rızaları olsa bile çocukların cinsel istismarı suçu kapsamına almıştır. TCY.nın 104. maddesinde de, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlemiştir. Bu nedenle çocuklara karşı cinsel amaçlı olarak işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının da iki kategoride ele alınması gerekmekte, birinci kategoride yer alan “onbeş yaşını tamamlamamış” çocuklara karşı işlenen “cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” suçunda, çocukların rızalarının hukuken değer ifade etmediği konusunda herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Öğretide de aynı esas kabul edilmiş ve eyleme razı olma ehliyeti bulunmayan küçüğün şikayet hakkı bulunmadığı vurgulanmıştır. (CENTEL-ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, sh. 91)

Öte yandan, mağdure için atanan zorunlu vekil ile yaşı küçük mağdurenin iradelerinin çelişmesi halinde, hangisinin iradesine üstünlük tanınacağı hususunda CYY.nın 234. maddesinde açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak, benzer bir konuda CYY.nın 266/2. maddesinde düzenleme yer almaktadır. Anılan maddede yasa yollarına başvurma konusunda, 150/2. maddeye göre atanan zorunlu müdafî (sanık çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise) ile asilin

iradesinin çelişmesi halinde, zorunlu müdafinin iradesinin esas alınacağı kuralı getirilmiş olup, olayımızda da kıyasen uygulanma olanağı bulunmaktadır.

Gerek 5237 sayılı TCY.nın 103 ve 109. maddelerinde, onbeş yaşından küçük mağdurların iradelerinin gözetilmemiş olması, gerekse CYY.nın 266/2. maddesinin kıyasen uygulanma olanağı nazara alındığında, CYY.nın 234. maddesi uyarınca mağdure için atanan zorunlu vekilin iradesine üstünlük tanınarak davaya katılma yönündeki isteminin kabulüne karar verilmesi yerine, onbeş yaşından küçük mağdurenin iradesi kabul edilerek katılma isteminin reddine karar verilmesi yasaya aykırıdır.

Bu itibarla Yerel Mahkemenin birinci bozma nedenine yönelik direnmesi isabetsizdir.

2- Mağdurenin dinlenmesi sırasında CYY.nın 236/3. maddesi uyarınca uzman bir kişinin bulundurulmasının zorunlu olup olmadığına ilişkin uyuşmazlık nedeninin değerlendirilmesinde;

5271 sayılı CYY.nın 236. maddesinin 3. fıkrasında, “Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur. Bunlar hakkında bilirkişilere ilişkin hükümler uygulanır.” hükmü yer almaktadır.

Anılan fıkra, TBMM Adalet Komisyonunda eklenmiş olup, Komisyon raporunda mağduru korumaya yönelik olarak bu düzenlemenin yapıldığı belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi maddedeki düzenleme buyurucu hüküm niteliğinde olup, mağdur çocukların dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişinin bulundurulması zorunludur.

Yerel Mahkemece onbeş yaşından küçük mağdurenin dinlenmesi sırasında yasada öngörülen nitelikte bir uzmanın bulundurulmaması yasaya aykırıdır.

Bu itibarla Yerel Mahkemenin ikinci bozma nedenine yönelik direnmesi isabetsizdir.

3- Sanığın kasıtlı bir suçtan özgürlüğü bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasına karar verilmesi karşısında, TCY.nın 53. maddesinde öngörülen güvenlik tedbirlerine de hükmedilmesinin gerekip gerekmediğine ilişkin uyuşmazlık nedeninin değerlendirilmesinde;

5237 sayılı TCY'sının 53. maddesindeki hak yoksunlukları kural olarak hapis cezasının infazı ile sınırlandırılmış, infaz tamamlanmakla, herhangi bir yargı kararına gerek olmaksızın, bu hak yoksunluklarının kendiliğinden ortadan kalkacağı öngörülmüş ancak, aynı maddenin 5. fıkrasındaki düzenleme uyarınca, 1. fıkrada sayılan hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlarda, infazın sona ermesinden sonra da, kararda ayrıca hükmedilmesi koşuluyla, hak yoksunluğunun bir süre daha devam etmesi sağlanmıştır. Yine maddenin 3. fıkrası uyarınca mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlü hakkında 1. fıkranın (c) bendinde yer alan kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkilerinin kullanılmasına ilişkin yasaklama hükmü uygulanamayacak, ayrıca cezası ertelenen hükümlü hakkında, 1. fıkranın (e) bendindeki hak yoksunluğunun uygulanmamasına da karar verilebilecek, ancak kısa süreli hapis cezası ertelenenler ile suçu işlediği sırada 18 yaşını doldurmamış kişiler hakkında, 1. fıkradaki hak yoksunluğuna hiçbir şekilde karar verilemeyecektir.

Yerleşmiş yargısal kararlarda da vurgulandığı gibi, "Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" başlığı altında yeni sistemde güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş bulunan ve mahkûmiyetin yasal sonucu olan bu hak mahrumiyetleri, mahkûmiyetin doğal sonucu olduğundan, kararda gösterilmemiş olsa bile hükümlü açısından kazanılmış hakka konu olamazlar, bir başka anlatımla aleyhe bozma yasağı kapsamında değerlendirilemezler.

Öte yandan, 5271 sayılı CYY.nın 223. maddesinin 5. fıkrasında, yüklenen suçun sabit olması halinde sanık hakkında mahkûmiyet kararı verileceği, 6. fıkrasında ise, yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükümlenacağı öngörülmüştür.

Görüldüğü gibi, mahkûmiyet halinde, mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirlerinin uygulanması gereken hallerde buna da hükümlenmesi esasen zorunludur. Ancak, yukarıda açıklandığı üzere, mahkûmiyetin yasal sonucu olması ve kazanılmış hakka konu olmaması nedeniyle her zaman infaz edilebileceğinden yalnız başına bozma nedeni olarak değerlendirilmekte ve uygulamada eksikliğe işaret edilmekle yetinilmektedir. Ancak, hükmün bir başka nedenle bozulması halinde bu hususun da bozma nedenlerine ekleneceği açıktır.

Yerel Mahkemece CYY.nın 223/6. maddesinin yanlış yorumlanması suretiyle, bu hükmün sınırlı hallerde uygulanacağına ilişkin isabetsiz gerekçe ile TCY.nın 53. maddesinin uygulanmaması ve direnme kararı verilmesi de yasaya aykırıdır.

Bu itibarla Yerel Mahkemenin üçüncü bozma nedenine yönelik direnmesi isabetsizdir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle usul ve yasaya aykırı olan Yerel Mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ : Açıklanan nedenlerle;

1- Balıkesir Ağır Ceza Mahkemesinin 21.05.2007 gün ve 162-245 sayılı direnme hükmünün BOZULMASINA,

2- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığına tevdiine, 03.06.2008 günü tebliğnamedeki isteme uygun olarak oybirliği ile karar verildi.