D. 1/2019 Yargıtay/Ceza İstida No: 4/2018

 (Gazimağusa Dava No: 6844/2014)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti:Gülden Çiftçioğlu, Bertan Özerdağ, Beril Çağdal

Müstedi: Kader Güneri, Merkezi Cezaevi, Lefkoşa

 (Sanık)

 ile

Müstedialeyh: KKTC Başsavcısı, Lefkoşa

 (Davayı İkame Eden)

 A r a s ı n d a

Müstedi namına: Avukat Şakir Karataş

Müstedialeyh namına: Kıdemli Savcı Mustafa İldeniz

(21 Eylül 2018 tarihli ihbarlı istida hakkında)

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

**K A R A R**

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

**Bertan Özerdağ:** Bu başvuruda Sanık bundan böyle Müstedi olarak anılacaktır. Müstedi Yargıtaya dosyaladığı 21.9.2018 tarihli huzurumuzdaki istida ile aşağıdaki talepte bulundu:

1. **İşbu dava altında PI duruşmasında sunulmayan belgelerin ve/veya diğer yeni delillerin ve şahadetin mahkemeye işbu istinaf duruşmasında sunulmasına izin verilmesine dair emir.**

Müstedi istidasına ekli yemin varakasında itham olup mahkum olduğu davalarda, Müştekinin komplosuna kurban gittiğini, Müştekinin kendi bakım ve gözetiminde veya sorumluluğunda olmadığını, kendisiyle yaşamadığını gösteren belgelerin Alt Mahkemeye sunulmadığını, kendisine polisin, Müştekinin ve Müştekinin erkek arkadaşının kurduğu komployu gösteren ifadenin PI dosyasında olmasına rağmen Alt Mahkemeye sunulmadığını, Müştekinin kendisi ve Müştekinin annesi ile ilgili polise yaptığı şikayetlerinin de Alt Mahkemeye sunulmadığını, bu belgelerin PI safhasında mevcut olmasına ve PI safhasında sunulmasına rağmen Mahkeme huzuruna getirilmeyen belgelerin kendi suçsuzluğunu ortaya koyacağını bu nedenle, bu belgelerin ek şahadet olarak sunulmasına izin ve emir verilmesini talep etmiştir.

Müstedi, huzurumuzda tanık olarak şahadet vermiştir. Müstedi şahadetinde: Ezgi Er'in, Meriç Polis Karakolunda Polis Çavuşu İsmet Oktaşlı'ya vermiş olduğu ifadesinin Mahkemeye sunulmasını talep etmekte olduğunu, bu ifade ile Müşteki Ezgi Er'in kendi bakım ve gözetiminde olmadığını ispatlamış olacağını ileri sürdü. Müstedi keza, 2014 yılında Ezgi Er ve ablası Şebnem Nazlı Gönül Er'i rahatsız ettiği şikayeti üzerine Polis teşkilatı tarafından başlatılan soruşturma neticesinde almış olduğu uyarı cezasının da yukarıdaki iddiasını ispat amacıyla sunulmasını talep etti. Bu belgeler üvey kızlarının kendi yanında kalmadığını, evden kaçtıklarını, kendilerine baskı yapmadığını gösterir nitelikte olduğunu ileri sürdü. Bu evraklar Mahkeme huzurunda olsaydı suçun unsurlarının oluşmadığının Mahkeme tarafından tespit edileceğini iddia etti. Müstedi, PÇ İsmet Oktaşlı'nın ifadesinin PI dosyasında mevcut olduğunu, bununla birlikte telefon dökümlerini kendisinin aldığını beyan etti. Müstedi keza, Savcılık tarafından sunulmayan Müştekinin 4 ifadesinin sunulmasına emir verilmesini de istedi.

Şahadetin sunulmasında sonra Mahkemeye hitap eden Müstedi Avukatı, sunulması istenen şahadetin Müştekinin Müstedinin bakım ve gözetiminde olmadığını ortaya koyacağını, Sanık, Müştekinin bakım ve gözetiminde bulunduğuna yönelik ithamdan ve suçun tafsilatından yargılanıp mahkum olduğundan adaletin tecellisi için bu şahadetin sunulmasına izin verilmesi gerektiğini, bu şahadet Mahkeme huzuruna getirilmeden olgusal durumla ilgili bir karar verilemeyeceğini, İddia Makamının yargılama esnasında tüm şahadeti Mahkeme huzuruna sunmadığını, bu belgelerin PI safhasında İddia Makamının dosyasında mevcut olduğunu, bu belgeler Alt Mahkemede İddia Makamının dosyasında olmasına rağmen, İddia Makamı tarafından lehte ve aleyhte bütün delillerin Mahkemeye sunulması gerektiğini ve lehte olan bu deliller sunulmadığından yargılama esnasında bunların temininin mümkün olmadığını,bu belgelerin sunulmasına izin verilmesi halinde Müştekinin Sanığın bakım ve gözetiminde bulunmadığının tespit edilebileceğini ve Sanığın aleyhindeki ithama konu suçun unsurlarının oluşmadığının ortaya çıkacağını iddia ederek, istida uyarınca emir verilmesini ve polise yapılan şikayet belgelerinin, Polis Çavuşu İsmail Oktarcı'nın Müştekiden almış olduğu ifadenin ve Sanığın aleyhine Polis Genel Müdürlüğünce başlatılan ve sonuçlandırılan disiplin soruşturmasına ait belgelerin sunulmasına izin ve emir verilmesini talep etti.

İddia Makamı adına yapılan hitapta ise; Sanığın suçunu kabul etmesi üzerine Mahkeme tarafından mahkum edildiğinden istidanın reddedilmesi gerektiği, Sanık gönüllü ifadesinde Müştekinin kendi bakım ve gözetiminde olduğunu ifade ettikten sonra İddia Makamının bunun aksini sunmasının gerekmediğini, 2011 yılı ile ilgili olarak İddia Makamının elinde Sanığın iddialarını içeren Müştekinin ifadesinin bulunmadığını, Sanığın aleni ve açık Mahkemede yargılanıp mahkum edildiğini, avukatlarını azledip yeni avukat tayin ettiğini, İddia Makamı olarak Alt Mahkemedeki duruşmalarda bütün olguların Alt Mahkemeye sunulduğunu ve PI safhasında yargılama ile ilgili belgelerin müdafaaya verildiğini, kendisine verilmesine rağmen avukatının eksik bıraktığını iddia ettiği bir hususla ilgili olarak ek şahadet sunulamayacağını, Mahkeme dosyasında emare olan telefon dökümlerinin verilmediği iddiasının kendi içerisinde tutarsız olduğunu, Sanığın İddia Makamının sunmuş olduğu olgularla bağlı olduğunu, bu olgular muvacehesinde suçunu kabul edip mahkum olduğunu, Alt Mahkeme huzurunda bulunmayan olguların Yüksek Mahkemeye sunulamayacağını, Sanığın ithama, tafsilata veya olgulara itiraz olacaksaydı buna itiraz edip suçunu kabul etmemiş olması gerektiğini, keza talep edilen belgelerin Alt Mahkemedeki yargılamada teminin mümkün olmaması gibi bir durum bulunmadığını, bu meselede istisnai bir durum bulunmadığını, bu belgelerin Sanığın işlemiş olduğu suçu ortadan kaldırmadığını, neticede vakti zamanında bu konularda itiraz etme veya şahadet sunma hak, yetki ve imkanına sahip olup bu hakkını kullanmayan Sanığın bu treni kaçırdığını iddia ederek, istidanın reddini talep etti.

Huzurumuzdaki istida, yemin varakası, sunulan şahadet, mesele ile ilgili olgular, yapılan hitaplar, dosya tutanakları okunup değerlendirildi.

 Fasıl 155 Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın **Yargıtay Olarak Yüksek Mahkemenin İstinafın Duruşmasında Ek Yetkileri** yan başlıklı 146.maddesinin (b) fıkrası, istinaf yetkisi ile oturum yapan Yargıtayın alt mahkemede sunulmayan şahadetin ek şahadet olarak istinafta dinlenmesine emir verme yetkisini haizdir:

**(b)Yeni şahadet dinleyebilir ve yeni şahadet dinlenene kadar kararını saklı tutabilir.**

Yasanın orijinal metninde kullanılan the court hear further evidence tabiri ile Yargıtayın daha ileri ve/veya ek şahadet dinleme yetkisi olduğu görülmektedir.

 Fasıl 155'de belirtilen bu yetkiye ek olarak, 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası'nın 37.maddesinin 3.fıkrasında Yargıtayın istinaf oturumlarında şahadet dinleme yetkileri olduğu düzenlemesi yer almaktadır. Şöyle ki:

(3) Ceza Muhakemeleri Usulü Yasasının veya diğer bir yasanın veya mahkeme tüzüklerinin kurallarına bakılmaksızın ve o kurallarda gösterilen bir yetkiye ek olarak, Yüksek Mahkeme, Yargıtay sıfatıyla, hukuk veya ceza davasına ilişkin bir istinafı görüp karar verirken, ilk mahkemenin olgularla ilgili bulgu ve kararları ile bağlı değildir; ve **bütün tanıklığı gözden geçirmeye, kendi istidlallerini yapmaya, daha fazla tanıklık dinlemeye veya kabule ve davanın ahval ve koşullarının gerektirdiği hallerde,** ilk mahkeme tarafından dinlenmiş bulunan bir tanığı tekrar dinlemeye yetkilidir ve davanın ahval ve koşullarının gerektirdiği hale göre hüküm verme veya davanın tekrar görülmesi için kararı veren ilk mahkemeyi veya diğer bir mahkemeyi görevlendirmek yetkilerine de sahiptir.

 Yargıtayın son dönemde verdiği Yargıtay/Ceza 22/2017 D.7/2018 sayılı KKTC Başsavcılık ve Mehmet Salkar ve Birleştirilmiş Yargıtay/Ceza 46/1978 ve 47/1978 sayılı Resmi Öke ve KTFD Başsavcısı kararlarında belirtildiği üzere, Yargıtay/Ceza 22/2017 D.7/2018 sayılı kararda atıf yapılan Regina v. Parks **[1961] 1 W.L.R. 1484** davasında,istinaf aşamasında, ek veya daha ileri şahadet sunulmasına izin verilebilmesi için asli kurallar belirtilmiştir. **Bu unsurlar söz konusu kararda şöyle sıralanmıştır:**

**Regina V. Parks**

**As the court understands it, the power under section 9 of the Criminal Appeal Act. 1907, is wide. It is left entirely to the discretion of the court, but the court in the course of years has decided the principles upon which it will act in the exercise of that discretion. Those principles can be summarised in this way: First, the evidence that it is sought to call must be evidence which was not available at the trial. Secondly, and this goes without saying, it must be evidence relevant to the issues. Thirdly, it must be evidence which is credible evidence in the sense that it is well capable of belief; it is not for the court to decide whether it is to be believed or not, but evidence which is capable of belief. Fourthly, the court will after considering that evidence go on to consider whether there might have been a reasonable doubt in the minds of the jury as to the guilt of the appellant if that evidence had been given together with the other evidence at the trial.**

 **Birleştirilmiş Yargıtay/Ceza 46/1978 ve 47/1978 Resmi Öke V. KTFD Başsavcısı** kararında bu unsurlar aşağıdaki şekilde sıralanmıştır:

**1- Alt mahkemede temininin imkansız olması;**

**2- Davadaki ihtilaf konuları ile ilgili olması (relevant to issue);**

**3- İnanılabilecek şahadet olması gerektiği ifade edilip,**

**4- Bu koşullara uyan yeni şahadet ibraz edildikten sonra mahkemenin, eğer yeni şahadet diğer şahadetle birlikte alt mahkemede ibraz olunmuş olsaydı, mahkemenin sanığın makul şüpheden ari olarak mahkum edilebilip edilemeyeceğini kararlaştırmakla görevli olduğu.**

 **Regina v. Parks** davasında, yukarıda sıralanan prensiplerden ilkinin tatmin olabilmesi için, istinafta sunulmak istenen şahadetin, alt mahkemede müdafaanın yapıldığı yargılama aşamasında bilinmediği veya makul bir şekilde bilinmesinin mümkün olmaması gerektiği belirtilmiştir. Bu kararın ilgili kısmına bu safhada yer veririz:

**....it is quite clear that the first principle to which I have referred was fulfilled, that is, that this was a matter which was not known and could not reasonably be known to the defence at the time of the trial.**

 **Birleştirilmiş Yargıtay/Ceza 9/1993,11/1993, 12/1993, 15/1993, 16/1993 ve 17/93 D.1/1994** sayılı kararda ise, istinaf aşamasında şahadet sunulması hususunda yapılan talep konusunda Yargıtay, ilgili şahadetin duruşmadan sonra ortaya çıktığını ve adaletin tecellisi için gerekli olduğunu dikkate alarak, mahkemenin takdirinde olan bu yetkinin kullanılmasının uygun ve adil olduğuna karar vermiştir. Bu karardaki ilgili kısma yer veririz:

**Bu durumda duruşmadan sonra ortaya çıkan ve konuyu büyük ölçüde aydınlatmaya yönelik bir ifadenin kabulü için herhangi bir engel yoktur. Müşteki ada haricinde olduğundan kendisi şahit olarak çağrılmamıştır. Ancak İddia Makamının tasarrufunda bulunan ve onların bilgisi dahilinde alınan ifadenin ibraz edilmesine herhangi bir engel yoktur. Bu gibi şahadetin böyle geç safhada ibrazına müsaade edilmesi yetkisinin ise pek nadir hallerde kullanılması gerekir. Hangi hallerde ibrazına müsaade edileceği ise tamamen Mahkemenin takdirine bırakılmıştır.**

 **1961 CLR NICOS CHR:HADJI ANTONI V. A.N.VASSILLADOU** davasında istinaf aşamasında şahadet sunulması talebinde ispat külfetinin, şahadet sunulmasını talep eden tarafta olduğu, aşağıdaki ifadelerle belirtilmiştir:

**“The onus is upon the appellant, the party attacking his finding, of showing that the interests of justice require that all the witness or some of them be reheard.This the appellant has failed to do”.**

İstinaf aşamasında daha ileri veya ek şahadet sunulmasında amaç yargılama aşamasında sunulan şahadetin veya eksik bırakılan müdafaanın tamamlanmasına veya yapılan hataların giderilmesine olanak tanımak değildir. İstinaf safhasında yeni şahadet sunulmasına izin verilmesi, yargılama esnasında temini mümkün olmayan, sanığın daha sonra bilgisine gelen ve mesele ile ilgili olan şahadetin adaletin tecellisinin sağlanabil-mesine ve sanığın mahkumiyetine olan etkisinin değerlendirile-bilmesine olanak tanımak amacıyla, istisnaen ve gerekli durumlarda mahkemenin takdirine dayalı olarak kullanılması gereken bir yetkidir.

 Yukarıda yer verdiğimiz hukuki durum ışığında huzurumuzdaki meseleyi inceleriz. Öncelikle huzurumuzda yapılmış olan bir istida ve ona ekli yemin varakası esasından bu meseleyi inceleyerek, istida ve yemin varakasında yapılmış olan iddia ve talepler üzerinden bir karar verileceğini belirtmek isteriz.

 İstidanın talep kısmındaki paragrafta **“PI duruşmasında sunulmayan belgelerin ve/veya diğer yeni delillerin ve şahadetin sunulması”** yönünde genel bir talep yapılmakla birlikte, yemin varakasında ileri sürülen iddialara göre talep edilenler, PI safhasında sunulmayan Müştekinin ifadeleri ve Müştekinin Müstedi ve eşi ile ilgili polise yapmış olduğu şikayet belgeleridir.

 Sanık, istidaya ekli yemin varakasında, Müştekinin ifadelerinin sunulmasını avukatının gözden kaçırdığını, şikayet belgelerini ise Polis Genel Müdürlüğünden talep etmesine rağmen kendisine verilmediğini ileri sürmektedir. Salt bu olgulara bakıldığında, Müstedi tarafından talep edilen belgelerin Alt Mahkemede temini mümkün olan şahadet olduğu net bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

 Bununla birlikte ne yemin varakasında ne de Müstedinin şahadetinde bu belgelerin Alt Mahkemede yargılanması esnasında bilgisinde olmadığı veya makul olarak bilinmesinin mümkün olmadığı yönünde herhangi bir iddianın yer aldığı bir yana, bizzat Sanığın yemin varakasındaki ifadelerinin PI dosyasında var olduğu ancak bunların Avukatı tarafından gözden kaçırıldığı ortadadır. Bu durum karşısında, bu belgelerin istinaf aşamasında yeni şahadet olarak sunulmasına izin verilebilmesi için gereken ilk unsur olan **alt mahkemede teminin imkansız olması** unsurunun var olmadığı ortaya çıkmaktadır. Bu unsur var olmadığından, diğer unsurların var olup olmadığının incelenmesine gerek kalmamıştır.

 Huzurumuzdaki meselede, Sanığın Alt Mahkemede müdafaasını yaptığı yargılama esnasında bilgisinde olmayan veya makul olarak bilgisinde olmasının mümkün olmadığı ve şahadet niteliğinde olmayan istidasındaki taleplere konu şahadetin, yukarıda belirtilen gerekçelerle sunulmasına ve yeni bir şahadet olarak dinlemesine izin verilemeyeceğinden, istidadaki taleplerin ve istidanın reddedilmesi gerekmektedir.

 Bu sonuçtan hareketle istida reddedilir.

Gülden Çiftçioğlu Bertan Özerdağ Beril Çağdal

 Yargıç Yargıç Yargıç

6 Mart 2019