

BİLİMSEL GÖRÜŞ

Sayın Av. Şeref DEDE
Av. İbrahim ŞAHINKAYA

Müvekkiliniz Emir Onur Çilek'in "on sekiz yaşından küçük mağdureyi zorla alkoyup, zorla ırzına geçip kızlığını bozarak 765 sayılı TCK'nun 416/1, 418/2 ve 430/1 maddelerini ihlal ettiği iddiası ile Kadıköy 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nde açılan 2004//220 E. sayılı davayla ilgili olarak tarafımıza sormuş olduğunuz TCK'nun 11. maddesinde yer alan hüküm kavramının anlam ve içeriği ile diğer hususlardaki hukuki görüşümüzü ilişikte takdim ediyoruz.

Kadıköy 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin dosya ve ekleri, aynı konu ile ilgili Florida 11. Bölge Cumhuriyet Savcılığı tarafından verilen Takipsizlik Kararı ve ABD Doğu Virginia Bölge Mahkemesi tarafından verilen İade Kararı esas alınarak hazırlanan işbu mütalaayı, CMK'nın 67/son maddesi gereğince Sayın Mahal Mahkemesi'ne ve yargı organlarına sunabileceğinizi öncelikle belirtmek isteriz.

A. OLAY

Kadıköy 1. Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki davanın dayanağını teşkil eden İddianamenin olayı belirten bölümü aynen şu şekildedir:

"...Sanık Emir Onur Çilek'in ... 25 Temmuz 2003 tarihinde Nermin Karga'yı Dernek toplantısı için evine çağırdığı, sanığın mağdurenin isteği dışında elbiselerini çıkararak zorla ırzına geçip kızlığını bozduğu, mağdurenin

bağırma teşebbüsünü güç kullanarak ve yüzüne yastık basmak suretiyle engellediği, bir saate yakın süre zorla evde tutarak alıkoyduğu..."

Nermin Karga 27.07.2003 tarihinde konuyla ilgili olarak Amerikan makamlarına şikayette bulunmuş, 31.07.2003 tarihinde ise intihar etmiştir.

Florida 11. Bölge Cumhuriyet Savcılığı, konuyla ilgili soruşturmanın sonucunda "...olayda tecavüz olarak kabul edilebilecek bulguların var olduğunun söylenmesinin imkansız olduğu..." ve "...kurbanın intiharı nedeniyle sanığın tecavüz eden kişi olduğunun belirlenmesindeki delil yetersizliği..." gerekçeleri ile 05.09.2003 tarihinde Takipsizlik Kararı vermiştir.

Bu karardan sonra, müşteki İsmet Karga'nın şikâyeti üzerine, sanık Emir Onur Çilek hakkında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 416/1, 418/2, 430/1. maddelerine aykırılıktan İddianame tanzim edilmiş ve Kadıköy 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nde 2004/220 E. ile görülen işbu dava açılmıştır. Yargılama aşamasında, Doğu Virginia Bölge Mahkemesi 03.04.2005 tarihinde, sanık Emir Onur Çilek'in iadesine karar vermiştir.

Davanın 12.06.2008 tarihli son duruşmasında, Cumhuriyet Savcısı "Esas Hakkındaki Mütaala"sını beyan etmiştir.

Yargılamanın geldiği bu aşamada, sanık müdafileri, tarafımızdan, Florida Eyaleti'nde verilen takipsizlik kararının hukuki niteliği, bu kararın Türkiye'deki kovuşturmaya etkisi ve Amerikan Hukukunda mağdurun ölümünün takibata engel teşkil edip etmediği hususlarını değerlendirmemizi talep etmişlerdir.

B. HUKUKİ DEĞERLENDİRME

1) Florida Eyaletinde verilen "takipsizlik kararının" hukuki niteliği:

1. Amerika Birleşik Devletleri Onbirinci Bölge Cumhuriyet Savcılığı (Office of the State Attorney, Eleventh Judicial Circuit) bünyesinde görev yapan savcı (state attorney) Katherina Fernandez Rundle tarafından hazırlanmış bulunan 5 Eylül 2003 tarihli "interoffice memorandum"un, Türk Hukuku açısından değerlendirildiğinde, CMK 172 de düzenlenen "kovuşturmaya yer olmadığına dair karar" niteliğini taşıdığı tespit edilecektir.

2. CMK 172/1 de belirtildiği gibi, bu kararın verilmesini gerektiren hallerden biri, "kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesidir".

3. Savcı Rundle, soruşturma evresinde elde edilmiş bulunan bütün delilleri değerlendirmiş, bu delillerin dava açmak için yeterli olmadığı kanaatine ulaşmış ve şüphelinin tutuklanmasının 40. gününde, yani 5 Eylül 2003 tarihinde, "dava açmama kararı" (the case was no-actioned) vermiştir.

4. Amerikan savcısı çok ayrıntılı bir hukuki analiz yapmıştır. Kararın ilgili bölümleri aynen şu şekildedir;

"...Mağdure, ailesi ve Dr.Simmons tarafından verilen ifadeler kabul edilebilir değildir. Mağdure tarafından verilen ifadelerin söz konusu kanunda kabul edilebilirliğine dair istisna yoktur. Bu nedenle, delillere ilişkin mevcut kanunlar kapsamında tecavüz kabul edilebilecek bulguların var olduğunu söyleyebilmek imkansızdır..."

Bu suçlamaların iyiniyet kuralları açısından dava edilip edilmeyeceğine dair yaklaşım mağdurenin intiharı nedeniyle

sanığın tecavüz eden kişi olduğunun belirlenmesindeki delil yetersizliği davayı takip etmemizi engellemiştir...”

5. Bu ayrıntılı analiz, 13 Nisan 2005 tarihinde verilen “geri verilebilirlik kararında” yoktur. Bulunmamasının sebebi de, iade hukukunda geçerli olan “araştırma yapmama” kuralıdır (rule of non-inquiry): Hakim O’Grady tarafından verilen ve Ela Nemli tarafından tercüme edilmiş olan bu kararda; “mağdurenin davalı¹(sanık) aleyhine verdiği yazılı ifadelerin Türk kanunlarınca kabul edilebilecek kadar güvenilir olup olmadıklarına bu mahkeme karar verememektedir. Bu mahkemeye, Türkiye kanunlarının, davalının (sanık) kendisini savunması için adil bir imkan tanınmayacağına dair bir kanıt sunulmamış olmasının yanısıra, bu konu göz önünde bulundurulmasa dahi bu Mahkeme, söz konusu iade konusunda Türk kanunlarını inceleyemez”, denmiş ve Amerikan içtihat hukukuna atıflar yapılmıştır. Diğer bir anlatımla, konu sadece, “askıda olan bir suç isnadı”² bulunup bulunmadığı noktasından incelenmiştir.

6. Bu husus tespit edildiği için, iade edilebilirlik kararı verilmişse de, mülga TCK nın “ölümle sonuçlanan ırza geçme” suçunun ABD’de karşılığı bulunmadığı için bu tavsif açısından, “iadede hususilik” kuralı (YTCK 18/8) gereğince yargılama yasağı vardır ve bu duruma Kadıköy 1. Ağır Ceza Mahkemesi’nde riayet edilmiştir.

II) Amerika’da verilen “kovuşturmaya yer olmadığına dair karar”, Türkiye’deki kovuşturma açısından bir “engel” oluşturduğu hususu.

1. Amerikan savcılığı tarafından verilen “kovuşturmaya yer olmadığına dair karar”, YTCK 11/1 maddesinde öngörülen “Türkiye’de kovuşturulabilirlik” unsuru açısından önem taşımaktadır.

¹ Dosyada mevcut bulunan tercümelere çok sayıda teknik terim hatası vardır. Mesela, ceza muhakemesinde “davalı” terimi kullanılmaz; yerine göre, şüpheli veya sanık denmeli idi. Bu nedenle, metinde parantez içerisinde sanık sözcüğü ilave edilmiştir.

² “Askıda olan suç isnadı” şeklindeki ifade henüz ispatlanmamış suç isnadı anlamını taşımaktadır.

2. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunumuz, eskisinden farklı olarak, "kovuşturmaya yer olmadığına dair karar" verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmasını yasaklamıştır (CMK 172/2).

Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 164. maddesinde , takipsizlik kararından sonra Cumhuriyet Savcısı'nın zaman aşımı doluncaya kadar işe her zaman tekrar el atmasına engel bir düzenleme bulunmadığından, yurt dışında verilen takipsizlik kararlarının Türkiye'deki yargılamalarda engel oluşturmadığı Yargıtay tarafından kabul edilmekteydi.

Ancak Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kabul ettiği sistem içinde bu içtihadın geçerli olmadığı açıktır. Şimdiki mesele, yabancı adli yargı işlemine değer tanıyıp tanınamama meselesidir. Olayda yabancı Devlet tarafından verilmiş bir takipsizlik kararı vardır. Bu nedenle, incelenmesi gereken hukuki problem, "yabancı Devlet tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair bir kararın, yurt dışında işlenmiş bir fiil bakımından kovuşturma engeli teşkil edip etmediği" hususudur.

3. Kanaatimizce, aramızda iade ve hükümlünün nakli gibi konularda milletlerarası anlaşmalar mevcut bulunan bir Devlet olan Amerika Birleşik Devletleri'nin savcılık makamı tarafından verilmiş olan bir "takipsizlik kararına", Türk makamları tarafından verilmiş bir "kovuşturmaya yer olmadığına dair karar" gibi değer tanınması gerekir; Çünkü Amerikan Savcısı'nın kararı, Amerika'da toplanmış bulunan bütün delilleri ayrıntılı olarak irdelemiş ve bu delillerin "kamu davası açılması için yeterli olmadığı" kanaatine varmıştır. Eğer, orada yeterli görülmeyen delillere dayanılarak, Türkiye'de dava açılır ve mahkumiyet kararı verilirse, bu husus "adil yargılanma hakkına" aykırılık oluşturabilir.

Şunu da ifade edelim ki, söz konusu Takipsizlik Kararında, kararın mağdurun ailesine Hakim tarafından açıklandığı da belirtilmektedir ki bu da ABD'ndeki soruşturmanın hakim nezaretinde yürütüldüğünü ve verilen kararın Takipsizlik Kararından daha çok, daha önce ülkemizde sorgu hakimlerince verilen kararlarla benzer nitelikte olduğunu göstermektedir.

Diğer yandan, yurtdışında verilen Takipsizlik Kararının Türkiye'deki yargılamada dikkate alınmaması, kişinin aynı fiil sebebiyle ikinci kez yargılanamamasını güvence altına alan "non bis in idem" ilkesi ile de bağdaşmamaktadır.

III) **Amerikan Kanunlarına göre cinsel saldırı suçlarında suçun mağdurunun ölmesi durumunda usul hükümlerine göre takibat yapılmadığı iddiası**

1. Kadıköy 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülen davada, Sayın Cumhuriyet Savcısı'nın 12.06.2008 tarihli Esas Hakkındaki Mütalaasında "Amerikan Kanunlarına göre cinsel saldırı suçlarında suçun mağdurunun ölmesi durumunda usul hükümleri gereği takibat yapılmadığı" ileri sürülmüştür. Belirtelim ki, Amerikan Hukukunda, cinsel suçlarda mağdurun yaşamadığı durumlarda verilen özel bir karar tipi yoktur, ama gerek Türk Hukuku, gerekse Amerikan Hukuku "delillerin doğrudan doğrualığı" ilkesini benimsemiştir.

2. Amerikan Hukukunda "mağdurun ölmesinin kovuşturma yapılmasına engel teşkil ettiği" şeklinde değerlendirilme hatalıdır. Somut delillerin bulunması halinde, mağdur hayatta olmasa dahi, Amerikan Hukukunda da kovuşturma yapılabilmesi mümkündür. Kısaca, ABD'nde de ülkemizde olduğu gibi her somut olay kendi özellikleri çerçevesinde değerlendirilmektedir.

3. İntihar eden kişinin bilgisayarında yazdığı, sanığı suçlayıcı nitelikteki not tecavüzü ispat amacı ile kullanılamaz. Aksi bir kabul, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6 ıncı maddesinde düzenlenen "adil yargılanma hakkına"

aykırılık teşkil edecektir. Zira, notu yazan kişinin hayatta olmaması nedeni ile, duruşmada ona sanığın soru sorma hakkı ortadan kalkmakta, dolayısıyla, mağdurun iddiasının aksinin ispat edilebilmesi imkanı kalmamaktadır. Florida Savcılığı'nın Takipsizlik Kararı'nda belirtilen husus budur.

4. Şunu da ifade edelim ki, yurt dışında işlendiği iddia edilen bu olayda, yabancı mevzuatın bilinmesi gereklidir. Hukuki mesele bakımından bilirkişi incelemesi yaptırılmaz ise de, yabancı hukukun öğrenilmesi söz konusu olduğunda, bu kuralın istisnasının varlığını kabul etmek gerekmektedir.

Oysa, dosyada var olan Florida Eyaleti Ceza Kanunu itibar edilebilecek bir nitelik taşımamaktadır. Zira, söz konusu Ceza Kanunu'nun maddeleri internet üzerinden temin edilmiştir. Önemle belirtelim ki, söz konusu internet çıktılarının dip notlarında, bu metinlerin mahkeme işlemleri yapılırken kullanılamayacağı, asıl belgelere ulaşılması gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

C. SONUÇ

İşbu bilimsel görüşümüzün diğer bölümlerde arz ettiğimiz gibi, Florida Eyaleti'nde verilen takipsizlik kararı, yargılama konusu olayla ilgili delillerin bulunmadığı gerekçesi ile verilmiş olduğu ve Yargıcın da bu kararı taraflara bizzat açıklamış olduğu nedenleri ile YTCK 11. maddede yer alan hüküm-kavramının sınırları içerisine giren bir nitelik taşımaktadır.

Eski Türk Ceza Kanunu'nda, bir Türk'ün yabancı bir ülkede bir başka Türk aleyhindeki işlenen suç ile ilgili olarak yabancı ülkede hüküm verilmemiş olmasının aranmaması ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda takipsizlik kararının Eski Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen takipsizlik kararına göre soruşturma ve kovuşturmayı engellemesi yönünden daha kuvvetli bir konumda bulunması, Amerika Birleşik Devletleri'nde verilmiş kararın 11. madde çerçevesinde düşünülebileceğini ortaya çıkarmaktadır.

Bu durumda aslında müvekkiliniz hakkında Türkiye'de kovuşturma açılmaması gerekirdi ancak kovuşturmaya başlanmıştır ve bu son aşamaya

gelmifstir. Bu durumda Sayın Mahkeme'nin belirtilen mütalaamızı dikkate alması ve konuyu bu yönden de tetkik ve tahlile tabi tutması uygun olacaktır.

Durumu bilgilerinize saygıyla sunarız.15.09.2008

Prof.Dr. Köksal Bayraktar

Galatasaray Üniversitesi

Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku

Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun Yenisey

Bahçeşehir Üniversitesi

Global Hukuk Programları Direktörü