

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

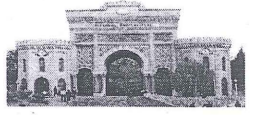
(Yüksek Lisans Tezi)

**KİŞİNİN KENDİNİ SUÇLAMAYA
ZORLANAMAMASI İLKESİ
(NEMO TENETUR İLKESİ)**

Rezzan İTİŞGEN
2501100277

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul 2012



Y Ü K S E K L İ S A N S

TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : **Rezzan İTİŞGEN**
Anabilim/Bilim Dalı : **Kamu Hukuku**
Danışman : **Prof. Dr. Adem SÖZÜER**

Numarası : **2501100277**
Tez Savunma Tarihi: **18.07.2012**
Tez Savunma Saati : **14:00**

Tez Başlığı : **Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi)**

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 15. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
PROF. DR. ADEM SÖZÜER		kabul
PROF. DR. MAHMUT KOCA		kabul
DOÇ. DR. CANER YENİDÜNYA		kabul
YRD. DOÇ. DR. HAYDAR BURAK GEMALMAZ		kabul
YRD. DOÇ. DR. ZAFER ERTUNÇ ŞİRİN		kabul

ÖZ

KİŞİNİN KENDİNİ SUÇLAMAYA ZORLANAMAMASI İLKESİ (NEMO TENETUR İLKESİ)

Rezzan İTİŞGEN

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır ve bu husus deliller vasıtasıyla gerçekleştirilecektir. Savcı ve mahkeme, suçun ispatını sağlama amaçlı bir dizi yetkiye sahip olmasına, şüpheli ve sanığı belirli bir ölçüde zorlayabilmesine rağmen bunun sınırları bulunmaktadır. Çalışmamız kapsamında delil elde etmeye yönelik yasaklardan biri olarak nitelendirilebilecek kişinin kendisini suçlamaya zorlanma yasağına, bu kapsamda değerlendirilen susma hakkına; kendini suçlamaya zorlanma yasağının uygulanmasına ve sınırlarına; bu yasağı ihlal eden yasak sorgu yöntemlerine ve bunun sonuçlarına; yasak ile yakından bağlantılı bir konu olan ikrara değinilecektir.

ABSTRACT

PRINCIPLE OF NOT TO BE COMPELLED SELF-INCRIMINATION (NEMO TENETUR PRINCIPLE)

Rezzan İTİŞGEN

Main goal of criminal procedure is reaching material fact by evidence. Although prosecutor and court have a range of power, can force suspect and defendant to prove they are guilty, this power isn't unlimited. In my project, prohibition of compelled self-incrimination which can be characterized a kind of prohibition of obtaining evidence; right to remain silent; application and borders of prohibition of compelled self-incrimination; prohibited methods of interrogation which breach this ban and its results; confession which is a related subject with this ban will be examined.

ÖNSÖZ

Ceza muhakemesi maddi gerçeğe ulaşmayı hedeflemekte olup bu amaca ulaşma hususunda sanık haklarına riayet etmek büyük önem taşır. Çalışma konumda sanığa sağlanan haklarından en önemlilerinden birini oluşturan Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi)'nden temelini alan susma hakkı incelenmeye çalışılmıştır.

Tez danışmanlığımı üstlenen ve tezimin hazırlanması sürecinde yakın ilgi ve yardımını esirgemeyen değerli hocam Prof. Dr. Adem SÖZÜER'e en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Ayrıca yüksek lisans öğrenim boyunca bana destek veren TÜBİTAK ve tez hazırlama sürecinde gerekli araç için destek veren İstanbul Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Birimi'ne teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ/ABSTRACT.....	ii
ÖNSÖZ.....	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR.....	viii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

NEMO TENETUR İLKESİNİN TANIMI, DİĞER İLKELER İLE İLİŞKİSİ, HUKUKİ NİTELİK VE İLGİLİ KRİTERLER, NORMATİF KAYNAKLARI, AMACI, TARİHSEL GELİŞİMİ

I. İLKENİN TANIMI VE DİĞER İLKELERLE İLİŞKİSİ.....	3
A. Tanım	3
B. Diğer İlkeler İle İlişkisi	5
C. Hukuki Niteliği ve İlkeye İlişkin Ölçütler.....	7
1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında	8
2. Birleşik Krallık'ta.....	14
3. Amerika Birleşik Devletleri'nde	18
a. Anayasal Düzenleme ve Mahkeme İçtihatları	18
b. İlke İle Bağlantılı Bağışıklık Kavramı	21
(1) Mutlak Bağışıklık	22
(2) Göreceli Bağışıklık.....	23
(3) Savunma Tanığının Bağışıklık İmkanından Yararlanıp Yararlanamayacağı.....	24
4. Türk Hukukunda	26
a. Susma Hakkına Karşı Çıkan Görüş.....	26
b. Susma Hakkını Kabul Eden Görüş	27
(1) Susmayı Bir Hak Olarak Kabul Etmeyen Görüşler.....	28
(2) Susmayı Bir Hak Olarak Kabul Eden Görüşler.....	28
II. KAPSAMI VE SINIRLARI.....	32
A. Susma Hakkının Kapsamı	32

1. Tam Susma.....	32
2. Kısmi Susma	32
3. Geçici Susma.....	34
B. Susma Hakkının Sınırları	40
III. NORMATİF KAYNAKLARI	48
IV. İLKENİN TEMELLENDİRME GEREKÇELERİ	50
A. Genel Olarak	50
B. İtham Sisteminin Doğası	52
C. Delillerin ve İkrarın Güvenilirliğini Sağlama	53
D. Kişi Onur ve Haysiyetini Koruma.....	55
E. Özel Hayatın Gizliliğine Saygı.....	56
F. Sosyal Sözleşme Teorisi	59
G. Aile İçi İlişkileri Koruma	60
H. Görüşümüz	61
V. TARİHSEL GELİŞİM	62
A. Roma Hukukunda Nemo Tenetur İlkesi.....	62
B. Birleşik Krallık'ta Nemo Tenetur İlkesi.....	64
C. Kıta Avrupası'nda Nemo Tenetur İlkesi	68
E. Amerika Birleşik Devletleri'nde Nemo Tenetur İlkesi	69
F. Türkiye'de Nemo Tenetur İlkesi.....	71

İKİNCİ BÖLÜM

İLKENİN UYGULANMA ŞARTLARI VE TARTIŞMALI OLDUĞU ALANLAR

I. İLKENİN KİŞİ BAKIMINDAN UYGULANMA ŞARTLARI	74
A. Şüpheli ve Sanık Bakımından Uygulanması.....	74
B. Tanık Bakımından Uygulanması.....	77
1. Tanığın Kendisi İçin Uygulanması	78
2. Tanığın Yakınları İçin Uygulanması.....	80
a. Şüpheli veya Sanığın Nişanlısı.....	82
b. Evlilik Bağı Kalmasa Bile Şüpheli veya Sanığın Eşi	83

c. Akrabalık İlişkisi	85
d. Evlatlık İlişkisi.....	85
C. Tüzel Kişiler Bünyesinde İşlenen Suçlar Bakımından Uygulanması.....	92
1. Tüzel Kişilerin Kendisi İçin Uygulanması.....	92
a. Tüzel Kişilerin Susma Hakkı Olduğunu İleri Süren Görüş.....	94
b. Tüzel Kişilerin Susma Hakkı Olmadığını İleri Süren Görüş	96
2. Tüzel Kişilik Bünyesindeki Kişiler İçin Uygulanması	100
II. CEZA MUHAKEMESİ ÖNCESİ, MUHAKEME VE MUHAKEME SONRASI	
EVRELERDE İLKENİN UYGULANMASI	101
A. Ceza Muhakemesi Öncesinde	102
B. Ceza Muhakemesi Evrelerinde.....	118
C. İnfaz Aşamasında	126
III. İDARİ YARGI VE HUKUK MUHAKAMESİNDE İLKENİN	
UYGULANMASI	130
VI. İLKENİN YER BAKIMINDAN UYGULANMASI	138
V. İLKENİN TARTIŞMALI OLDUĞU ALANLAR	141
A. Kimlik Bilgileri	141
B. Koruma Tedbirleri.....	148
C. Yalan Makinesi (Poligraf).....	155

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İLKEYE AYKIRILIK, SONUÇLARI VE İKRARIN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

I. İLKEYE AYKIRILIK TAŞIYAN DURUMLAR.....	156
A. Hakların Hatırlatılmaması	156
1. Şüpheli ve Sanığın Haklarının Hatırlatılmaması.....	157
2. Tanığın Haklarının Hatırlatılmaması	168
B. Yasak İfade Alma ve Sorgu Yöntemleri	168
1. İşkence	169
2. Kötü Muamele.....	171
3. Sömürme	172

4. Yorma.....	173
5. İlaç Verme.....	173
6. Aldatma.....	174
7. Kanuna Aykırı Yarar Vaadi	177
II. İLKEYE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI.....	179
A. İlkeye Aykırılık Sonucu Elde Edilen Delilleri Değerlendirme Sorunu.....	179
1. Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirmede Mutlak Kabul Yaklaşımı.....	180
2. Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirmede Mutlak Yasak Yaklaşımı.....	182
3. Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirmede İlimli Yaklaşım	190
B. Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi.....	201
C. Hukuka Aykırı Delillerin Dosyada Kalması Sorunu.....	204
D. Kamu Makamları Dışındaki Kişiler Tarafından Elde Edilen Hukuka Aykırı Delillerin Akıbeti	205
III. İKRARIN GEÇERLİLİK ŞARTLARI VE DEĞERLENDİRİLMESİ.....	207
SONUÇ.....	216
KAYNAKÇA.....	223

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
bs.	: Bası
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
çev.	: Çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas No
EÜHFD	: Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar No
m.	: Madde
p.	: Sayfa
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
v.	: Karşı
v.d.	: Ve diğerleri
Vol.	: Cilt
yy.	: Yüzyıl

GİRİŞ

Ceza muhakemesi bir suçun işlenip işlenmediği, işlenmiş ise failinin tespiti ve cezalandırılmasını yani maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını amaçlar. Bu amaca ulaşma ve hâkimin vicdani kanaatine varmasını sağlamada kullanılan vasıtalar delillerdir.

Deliller çeşitli kaynaklardan elde edilir ve çoğu zaman delil elde etme bir ölçüde temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturur. Bu nedenle soruşturma ve kovuşturma makamlarına delile ulaşma konusunda yetki tanınmasına rağmen hukuk devletinin gereklerine uygun olarak kurallar ve sınırlamalar getirilmiştir. Bu kurallardan birini de “*Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi)*” oluşturur. Bu ilke ceza muhakemesinin aslında temel hedeflerinden biridir. Zira muhakemede sadece suçlunun ortaya çıkarılması ve suçun ispatı değil, bunun gerçekleştirilmesi sırasında temel hak ve özgürlüklere saygı duymak önem taşır.

Deliller çeşitli kaynaklardan elde edilebilir ve Türk hukukunda kural olarak delil serbestîsi geçerlidir. Fakat belirtmek gerekir ki suçlu olduğundan şüphelenilen kişiden elde edilen deliller ve özellikle ikrar, diğer delillere nazaran daha çok arzulanır. Bu nedenle kişiden kendini suçlayıcı delil elde edilmesinde kişinin suiistimal edilmesini engellemek amacıyla ceza muhakemesi hukukunda bazı ilkeler ve yasaklara yer verilmiştir. Çalışmamızın konusu olan “*Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi)*” de bu kapsamdadır. Bu ilke sanığı başta sorgusu sırasında meydana gelebilecek fiziksel ve ruhsal olmak üzere, yargılamanın tamamında meydana gelebilecek hukuka aykırı muamelelere karşı korumayı amaçlar. Üstelik Türk hukukunda bu ilke ve susma hakkı sadece sanık değil, tanıklar bakımından da gündeme gelebilmektedir.

Çalışmamız kapsamında başta işkence olmak üzere birçok kötü muameleye karşı kişiye güvence teşkil eden “*Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi*

(Nemo Tenetur İlkesi)” ve bu kapsamda “*Susma Hakkı*”nın kişiye sunduğu imkânlar, uygulanma koşulları ve sınırları başta Amerikan, İngiliz ve Türk Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları çerçevesinde incelenerek, bu konuda perspektif kazanılacak; ardından da bu ilkeye aykırılık taşıyan hâller, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi ve ikrar konularına değinilecektir. Böylece hem bu ilkenin ceza muhakemesindeki yeri, önemi ve diğer ilkeler ile ilişkisi ortaya konulacağı gibi, ilkenin sanık ve tanık dışında ya da başka yargı kollarında kullanılıp kullanılmayacağı, maddi ceza hukukundaki yansıması, konu ile ilgili tartışmalı alanlardaki konumu incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM
NEMO TENETUR İLKESİNİN TANIMI, DİĞER İLKELER İLE İLİŞKİSİ,
HUKUKİ NİTELİK VE İLGİLİ KRİTERLER, NORMATİF KAYNAKLARI,
AMACI, TARİHSEL GELİŞİMİ

I. İLKENİN TANIMI VE DİĞER İLKELERLE İLİŞKİSİ

A. Tanım

Kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması ilkesi (Nemo Tenetur ilkesi) ceza muhakemesindeki bir kişinin kendi suçsuzluğunu ispat yükü altında olmaması, suçun ispatı hususunda yargılama makamlarına yardım etmeye zorlanamaması ve yargılamadaki pasif tutumunun kendi aleyhine yorumlanamaması anlamına gelmektedir. Bu yasak, Latince’de “Suçlayan olmadıkça ceza verilmez (Nemo punitur sine accusatore)” ve “Kimse kendi aybını açıklamak zorunda değildir (Nemo tenetur detegere turitudinem suam)”¹ anlamlarına da gelen “Kimse kendine ihanet etmek zorunda değildir (Nemo tenetur se ipsum prodere)”² ve “Kimse kendini suçlamak zorunda değildir (Nemo tenetur se ipsum accusare)”³ ifadelerinden doğmaktadır.

Nemo Tenetur ilkesi, hem sanığın susması hem de tanığın kendini suçlayıcı nitelikteki sorulara cevap vermeden kaçınması imkânını sağlamaktadır⁴. Bu nedenle Nemo Tenetur ilkesi kapsamına şüpheli, sanık veya tanığın susma ya da sadece kendini suçlayıcı nitelikteki sorulara cevap vermeyi red hakkı girmektedir.

¹ Angus MacCulloch, “The Privilege against Self-Incrimination in Competition Investigations: Theoretical Foundations and Practical Implications”, **Legal Studies**, Vol. 26, No. 2, 2006, s. 213.

² (Çevrimiçi) <http://definitions.uslegal.com/n/nemo-tenetur-prodere-seipsum/>, 7 Ocak 2012.

³ (Çevrimiçi) <http://definitions.uslegal.com/n/nemo-tenetur-seipsum-accusare%20/>, 7 Ocak 2012.

⁴ Manfred Pieck, “Witness Privilege Against Self-Incrimination In The Civil Law”, **Villanova Law Review**, Vol. 5, 1960, s. 375; William Wesley Patton, “Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination in Child Abuse Dependency Proceedings: Might Parents Be Their Own Worst Witnesses?”, **UC Davis Journal of Juvenile Law & Policy**, Vol. 11:1, Winter 2007, s. 103.

Kişinin kendini suçlamaya zorlanamayacağı ilkesi, temel olarak susma hakkını sağlamaktadır. Bu ilkenin özünde yer alan susma hakkına⁵ göre bir kişi yetkili makamlar önünde kendini suçlamaya zorlanamaz. Bu nedenle susarak savunma yapmayı tercih eden şüpheli ya da sanığın konuşmasını sağlamak amacıyla müdahalelerin yapılması yasaktır. İkinci husus ise, susmanın aleyhe değerlendirilememesidir. Böylece, kişi dolaylı olarak onu konuşturmaya yönelik müdahalelere karşı korunmaktadır⁶. Aynı şekilde, tanık da kendini suçlayıcı delil vermeye zorlanamaz ve bunu reddetmesi tanıklık görevine aykırılık arz etmez.

Susma hakkı iki kapsamda incelenebilir. Susma hakkı, kişinin kendini suçlama ihtimali taşıyan delili soruşturma ve kovuşturma makamlarına tedarik etmeyi reddetme hakkını ve bu durumun yaptırıma bağlanamamasını kapsar⁷. Bu bakımdan geniş anlamda susma hakkı bahsedilebilir ve suçlayıcı nitelikteki tüm deliller geniş anlamda susma hakkı çerçevesinde değerlendirilir. Şüpheli, sanık veya tanığın kendini suçlayıcı nitelikte açıklama yapmaya zorlanıp zorlanamayacağı ve susma yönündeki tercihinin aleyhe yorumlanıp yorumlanamayacağına ilişkin husus ise dar anlamda susma hakkını gündeme getirir.

⁵ Amerikan hukukunda geniş anlamda susma hakkı yerine kendini suçlamaya karşı imtiyaz (privilege against self-incrimination) kavramı kullanılmaktadır. Kendini suçlamaya karşı imtiyazın sanıktan belirli bir bilgi edinebilmek için zorlama tehditi ile ilgilenirken, susma hakkının ise sanığın tanıklık yapma ya da sorulara cevap vermedeki başarısızlığından aleyhe etkilenme ile ilgili olduğu ileri sürülmekte ve böylece kendini suçlamaya karşı imtiyaz ile susma hakkı arasında farklılık belirlenmeye çalışıldığı belirtilmektedir. Andrew Ashworth, "Self-Incrimination in European Human Rights Law—A Pregnant Pragmatism?", **Cardozo Law Review**, Vol. 30, No. 3, December 2008, s. 754.

⁶ Andrew Ashworth, **Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure**, London, Sweet & Maxwell, 2002, s. 18; Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011, s. 148; Michael J. Zydney Mannheimer, "Ripeness of Self-Incrimination Clause Disputes", **The Journal Of Criminal Law & Criminology, 2005 by Northwestern University, School Of Law**, Vol 95, No. 4, s. 1265; Nicolas A. J. Croquet, "The Right Of Silence and Not to Self-Incriminate Under The European Convention On Human Rights: to What Extent are They Qualified?", **Cambridge Student Law Review**, Vol., No. 4, Issue no. 2, 2008, s. 214.; Shmuel Leshem, "The Effects of the Right to Silence on the Innocent's Decision to Remain Silent", Preliminary Draft of 6.11.2008, (Çevrimiçi) <http://http://econ.tau.ac.il/papers/IO/Leshem-Silence.pdf>, 22 Şubat 2012.

⁷ Croquet, **a.g.e.**, s. 215; John Jackson, "The Right of Silence: Judicial Responses to Parliamentary Encroachment", **The Modern Law Review**, Vol. 57, March 1994, s. 209.; Leonard W. Levy, "The Right Against Self-Incrimination: History and Judicial History", **Political Science Quarterly**, Vol. 84, No. 1, 1969, s. 27.

Kişinin kendisini suçlamaya zorlanmasını yasaklayan Nemo Tenetur İlkesi AİHM içtihatlarında kendini suçlamaya karşı imtiyaz (privilege against self-incrimination) ve susma hakkını içermektedir. Fakat AİHM'in kendini suçlamaya karşı imtiyaz ve susma hakkını birbirinden ayırmaya yönelik kıstasları net değildir.

Geniş anlamda susma hakkı kişinin kendini suçlamama hakkı ve bu hakkın kanuni sonuçlarını kapsadığından⁸ yani kişiyi suçlayıcı nitelikte tüm deliller geniş anlamda susma hakkı çerçevesinde değerlendirildiğinden tezimizde Nemo Tenetur İlkesini karşılayacak şekilde geniş anlamda susma hakkı kavramı kullanılması tercih edilmiştir. Çalışmamızda susma hakkını temel olarak geniş anlamıyla inceleyeceğimizden ötürü, dar anlamda susma hakkı şeklinde açıkça bir ibare bulunmadıkça, susma hakkı geniş anlamıyla anlaşılmalıdır.

B. Diğer İlkeler İle İlişkisi

Temelini Nemo Tenetur ilkesinden alan susma hakkı ceza muhakemesinin diğer ilkeleri ile yakın bir ilişkiye sahiptir.

Susma hakkıyla bağlantılı ilkelerden birini suçsuzluk karinesi oluşturmaktadır. Bu karine uyarınca ceza muhakemesinde bir suç ile itham edilen kişi, suçsuzluğunu ispatlamak zorunda olmayıp, aksine, itham edilen kişinin suçluluğunu ispat külfeti savcılığa ve mahkemeye aittir⁹. Kişi aksi ispatlana kadar suçsuz kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak da suçlanan kişi kendi aleyhinde kullanılabilen açıklamalarda bulunma ya da bu yolda delil göstermeye, soruşturma

⁸ Croquet, **a.g.e.**, s. 214.

⁹ Aslında masumiyet ibaresinin de kullanımı tartışmalıdır. Zira eski bir ibare olan “beraati zimmet asıldır” sözünden hareket edildiğinde sanığın suçsuzluğunun asıl olduğu, eğer masum sayarsak birçok koruma tedbirini özellikle bunlardan en ağır olan kişi özgürlüğünü ortadan kaldıran tutuklamayı açıklayacak bir temel bulanamayacağı, bu nedenle masumiyet değil suçsuzluk karinesinin kullanımının daha doğru olacağı belirtilmektedir. İlhan Üzülmüş, “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları”, **TBB Dergisi**, S. 58, 2005, s. 44; Metin Feyzioğlu, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, **AÜHFD**, S. 1-4, C. 48, s. 137, 138; Ashworth, “Self-Incrimination in European Human Rights Law—A Pregnant Pragmatism?”, s. 768; Michael S. Pardo, “Self-Incrimination and The Epistemology of Testimony”, **Cardozo Law Review**, Vol. 30, No. 3, 2008, s. 1042.

ve kovuşturma organlarına yardım etmeye, onlarla işbirliği yapmaya zorlanamaz¹⁰. Bu işbirliği kapsamına sadece şüpheli ya da sanığın aktif bir hareketi değil, belirli işlemlere izin vermeme hakkının da girdiği ileri sürülmekte¹¹, böylece bu ilkenin suçlayıcı nitelik taşıyan tüm delillere karşı koruma sağladığı belirtilmektedir¹². Diğer bir görüşe göre ise susma hakkı sadece beyan delilleri için uygulanabilir olup, kişi kendisini suçlayıcı sonuç doğuracak olsa bile kendisinden delil elde etmeye yönelik uygulanan işlemlere susma hakkını ileri sürerek engel olamaz. Bu konuya susma hakkının sınırları başlığı altında ilerleyen bölümde değineceğimiz için burada ayrıntıya girmiyoruz.

Adil yargılanma hakkının düzenlendiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6'da susma hakkı açıkça zikredilmediği için bu hak suçsuzluk karinesinin içine dâhil edilmeye çalışılmıştır¹³. Nitekim AİHM de susma hakkını suçsuzluk karinesinin temel bir unsuru olarak görmektedir¹⁴.

Suçsuzluk karinesine ilişkin bazı ihlaller aynı zamanda susma hakkının ihlali anlamına da gelebilir. Örneğin, suçlanan kişinin suçlama konusu ile ilgili açıklama yapmayı reddetmesi üzerine, mahkemenin yeterli delil olmaksızın, susmayı suçluluğa delalet sayan bir karineye dayanarak, bu hususu suçlanan kişinin aleyhine yorumlaması durumunda ispat yükü yer değiştirir. Bu takdirde suçsuzluk karinesi de

¹⁰ Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 57; Ashworth, "Self-Incrimination in European Human Rights Law—A Pregnant Pragmatism?", s. 768.

¹¹ Mike Redmayne, "Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 27, No. 2, 2007, s. 219; Eileen Skinnider, Frances Gordon, **The Right To Silence – International Norms And Domestic Realities**, Sino Canadian International Conference On The Ratification And Implementation Of Human Rights Covenants Beijing, 25-16 October 2001, The International Centre For Criminal Law Reform And Criminal Justice Policy, s. 9, 10; Sulhi Dönmezer, "Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler", **Nurullah Kunter'e Armağan**, İstanbul, 1998, s. 70.

¹² The Abrogation Of The Privilege Against Self-Incrimination, (Yazarı Belirtilmemiş), **Discussion Paper WP**, No 57, Queensland Law Reform Commission, August 2003, s. 5; Margaret Wilson, "Aspects Of Privilege: Self-Incrimination", **Bar Association of Queensland Conference 2006**, Sanctuary Cove, 4 March 2006, s. 3, 4.

¹³ Friedrich-Christian Schroeder, Feridun Yenisey, Wolfgang Peukert, Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi, İstanbul, **İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayınları**, s. 50.

¹⁴ Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkelepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, C. I, 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 579; Roderick R. Ingram, "A Clash Of Fundamental Rights: Conflicts Between The Fifth And Sixth Amendments In Criminal Trials", **William. & Mary Bill of Rights Journal**, Vol. 5, 1996, s. 301; Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 59, 60; Dönmezer, **a.g.e.**, s. 69.

susma hakkı da ihlal edilmiş olur¹⁵. Zira bu takdirde sanık savunma yapmaya zorlanmaktadır¹⁶. Suçsuzluk karinesi yargılama sırasında kişinin suçsuz olduğu önkabulünden hareket ederken; yasak sorgu yöntemlerinin altında yatan düşünce, genel olarak, kişinin suçsuz olduğuna itibar etmez. Bu yöntemlerle suçlu olduğuna inanılan kişiden bunun ispatına ilişkin delil elde edilmeye çalışılır. Bu nedenle sanıktan iradesini sakatlayan yöntemlerle elde edilen ifadeler ve ikrarlar da Nemo Tenetur ilkesinin yanı sıra suçsuzluk karinesine aykırılık arzedebilir¹⁷.

Devletin delil elde etmedeki yetki ve gücünü, kişinin kendini suçlamaya zorlanmasını yasaklayarak, kendini sınırlandırması susma hakkının silahların eşitliği ile de ilgili olduğunu göstermektedir¹⁸.

Susma hakkı ayrıca yargılamanın kurallarına uygun yapılmasını sağladığı ve bazı temel hakları güvence altına aldığı için hukuk devleti ilkesiyle de yakından bağlantılıdır¹⁹.

C. Hukuki Niteliği ve İlkeye İlişkin Ölçütler

Nemo Tenetur ilkesinin ceza muhakemesindeki etkisini tespit etmek için bu ilke kapsamında sağlanan susma hakkının hukuki niteliğinin belirlenmesi önem taşır. Ayrıca susma hakkın ihlalinin belirlenmesinde kullanılan ölçütler de hakkın kapsamı ve sınırlarının belirlenmesinde yol göstericidir.

¹⁵Christoph Heinrich, Christian Rauch, Axel Wiehrer, “«Nemo» Tenetur Se Ipsum Accusare?” (Çevrimiçi) <http://www.ejtn.net/.../Themis%20written%20pap>, 22 Şubat 2012; Michael Steven Green, “The Privilege’s Last Stand: The Privilege Against Self-Incrimination and the Right to Rebel Against the State”, **Brooklyn Law Review**, Vol. 65, 1999, s. 653.

¹⁶ Mahmut Koca, **Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı**, (Doktora Tezi), İstanbul 1998, s. 89.

¹⁷ Dönmezer, **a.g.e.**, s. 69.

¹⁸ Heinrich, Rauch, Wiehrer, **a.g.e.**; John Jackson, “Re-Conceptualizing The Right Of Silence As An Effective Fair Trial Standard”, **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 58, October 2009, s. 855

¹⁹ Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 15.

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında

AİHM susma hakkının suçsuzluk karinesiyle bağlantılı olduğunu kabul etmekle birlikte ondan bağımsız olarak AİHS m. 6/1²⁰ kapsamında değerlendirmektedir. AİHM çeşitli kararlarında, susma hakkının soruşturma ve kovuşturma makamlarının sanığın iradesine aykırı olmaksızın, hukuka uygun elde edilen delillere dayanarak suçu ispatlaması gerektiğini ve bu durumun da suçsuzluk karinesi ile yakından bağlantılı olduğunu belirtir. Aynı zamanda susma hakkının AİHS m. 6'daki adil yargılanma kavramının temelinde yer alan ve genel olarak tanınmış uluslararası standartlardan olduğunu vurgular. Bu hak sanığı kamu makamları tarafından gerçekleştirilecek uygun olmayan zorlamalara karşı koruyarak, yargılamada meydana gelebilecek hataları önleyecek ve adil yargılanmanın düzenlendiği AİHS m. 6'nın hedeflerini gerçekleştirmesine hizmet edecektir²¹.

AİHM, susma hakkı ihlallerine veya hukuka aykırı delillerin kullanımına ilişkin iddialarda AİHS m. 6'da adil yargılanmanın garanti edildiğini fakat kendisinin delillerin kabul edilebilirliği ile ilgili kurallar koyamayacağını, bu kuralları belirleme yetkisinin ulusal hukuka ait olduğuna dikkati çeker²². Mahkemeye göre kendisi

²⁰ “Her kişi, (özel hukuk uyuşmazlıklarında) medeni hak ve yükümlülüklerinin (ceza hukuku alanında) kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanmasında, yasaya kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul süre içerisinde, adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Hüküm aleni oturumda açıklanacaktır; ancak, bir demokratik toplumda ahlak, kamu düzeni, yahut ulusal güvenlik için, çocukların ve gençlerin menfaatleri ya da tarafların özel yaşamının korunması bunu gerektirdiğinde, ya da aleniyetin, adaletin tecellisine zarar verebileceği özel koşulların bulunması halinde, mahkemenin görüşüne göre kesin biçimde gerekli olduğu ölçüde, basın ve halk/(dinleyiciler) duruşmanın tamamından ya da bir bölümünden çıkartılabilir.” Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri I. Cilt: Bölgesel Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 10.

²¹ “*Heaney and McGuinness v. İrlanda*”, (Başvuru No. 34720/97), Karar Tarihi 21 Mart 2001, para.40; “*John Murray v. Birleşik Krallık*”, (Başvuru No. 18731/9), Karar Tarihi 8 Şubat 1996, para.45; “*Saunders v. Birleşik Krallık*”, (Başvuru No. 19187/91), Karar Tarihi 17 Aralık 1996, paras. 68-69; “*Allan v. Birleşik Krallık*”, (Başvuru No. 48539/99), Karar Tarihi 5 Kasım 2002, para.44; “*Jalloh v. Almanya*”, (Başvuru No. 54810/00), Karar Tarihi 11 Temmuz 2006, paras.94-117; “*O’Halloran and Francis v. Birleşik Krallık*”, (Başvuru No’ları 15809/02 ve 25624/02), Karar Tarihi 29 Haziran 2007, paras. 53-63; “*Bykov v. Rusya*”, (Başvuru No. 4378/02), Karar Tarihi 10 Mart 2009, para.92; “*Weh v. Avusturya*”, (Başvuru No. 38544/97), Karar Tarihi 08/04/2004, para.39; “*Serves v. Fransa*”, (Başvuru No. 20225/92), Karar Tarihi 20 Ekim 1997, para.46; “*Martinen v. Finlandiya*”, (Başvuru No. 19235/03), Karar Tarihi 21 Nisan 2009, para.60; “*Gafgen v. Almanya*”, (Başvuru No. 22978/05), Karar Tarihi 1 Haziran 2010, para.168.

²² “*Schenk v. İsviçre*”, (Başvuru No. 10862/84), Karar Tarihi 12 Temmuz 1988, para.45; “*Teixeira de Castro v. Portekiz*”, (Başvuru No. 25829/94), Karar Tarihi, 9 Haziran 1998, para.34; “*Jalloh v.*

belirli bir delilin, örneğin ulusal hukuka göre hukuka aykırı elde edilen delilin, kabul edilebilir olup olmadığı ya da başvuruçunun suçlu olup olmadığını belirlemek yetkisine sahip değildir. Mahkeme delilin elde ediliş yöntemi, AİHS'deki diğer bir hakkın ihlal edilip edilmediği, yapılan ihlalin niteliği ve hukuka aykırılık sorununu inceleyip, yargılamanın tamamının adil olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapar²³. Yargılamanın adil olduğu sonucuna ulaşırsa ihlal olmadığına karar verir. Bu nedenle hukuka aykırı delillerin kullanımına ilişkin davalarda farklı sonuçlara varabilmektedir. Örneğin, AİHM, *Asch v. Avusturya* davasında²⁴ tanık daha önce başvuruçunun kendisini tehdit ettiği ve tehditlerine boyun eğmeyince elindeki bir kemerle onun sırtına, kol ve bacaklarına vurduğu yönünde polise şikâyetinde bulunur fakat daha sonra başvuruçusu ile sorunlarını çözdüğü gerekçesiyle şikâyetini geri çekmek ister. Fakat davaya devam edilir. Duruşma sırasında tanık, sanık ile akrabalık ilişkisine dayanarak tanıklıktan çekinme hakkını kullanır. Buna rağmen tanığın polise verdiği daha önceki beyanları yargılamada dikkate alınır. Bu davada AİHM, tanığın beyanlarının sanığın mahkûmiyetinin dayanağını oluşturan tek delil olmaması nedeniyle adil yargılanmaya ilişkin bir ihlal olmadığı sonucuna varmıştır. Fakat hukuka aykırı delilin kullanımına ilişkin bir diğer dava olan *Luca v. İtalya* davasında²⁵ ise suç ortağı daha önce tanık olarak dinlenir ve bu aşamada beyanda bulunurken, sonradan aynı suça iştirak ettiği şüphesi belirince susma hakkını ileri sürer. Buna rağmen suç ortağının soruşturma evresindeki beyanları kullanılır. Bu davada AİHM, mahkûmiyete ilişkin hükümde sadece suç ortağının beyanlarına dayanıldığı için, bu mahkûmiyet hükmünü adil yargılanmanın düzenlendiği AİHS m. 6/1'e aykırı bulmuştur. Fakat buradaki temel gerekçe suç ortağının önceki beyanlarının sanığın mahkûmiyetinde kullanılması değil, suç ortağının susma hakkını

Almanya", (Başvuru No. 54810/00), Karar Tarihi 11 Temmuz 2006, paras.94-96; "*Bykov v. Rusya*", (Başvuru No. 4378/02), Karar Tarihi 10 Mart 2009, para.88; "*Allan v. Birleşik Krallık*", (Başvuru No. 48539/99), Karar Tarihi 5 Kasım 2002, para.42; "*P.G. and J.H. v. Birleşik Krallık*", (Başvuru No. 44787/98), Karar Tarihi 25 Eylül 2001, para.76.

²³ "*Khan v. Birleşik Krallık*", (Başvuru No. 35394/97), Karar Tarihi 12 Mayıs 2000, para. 34; "*P.G. and J.H. v. Birleşik Krallık*", (Başvuru No. 44787/98), Karar Tarihi 25 Eylül 2001, para.76; "*Heglas v. Çek Cumhuriyeti*", (Başvuru No. 5935/02), Karar Tarihi 1 Mart 2007, paras. 89-92; "*Allan v. Birleşik Krallık*", (Başvuru No. 48539/99), Karar Tarihi 5 Kasım 2002, para.42; "*Bykov v. Rusya*", (Başvuru No. 4378/02), Karar Tarihi 10 Mart 2009, para.89; "*Jalloh v. Almanya*", (Başvuru No. 54810/00), Karar Tarihi 11 Temmuz 2006, para.95.

²⁴ "*Asch v. Avusturya*", (Başvuru No. 12398/86), Karar Tarihi 26 Nisan 1991, para.30.

²⁵ "*Luca v. İtalya*", (Başvuru No. 33354/96), Karar Tarihi 27 Şubat 2001, paras.41-45.

kullanması nedeniyle sanığın kendisi aleyhine ileri sürülen bilgileri itham sisteminin bir gereği olarak sorgulama ya da sorgulatma olanağının sağlanamamasıdır.

AIHM'in adil yargılanmanın bir unsuru olan susma hakkı konusundaki içtihatlarına göre, AIHS m. 6/1 ile garanti altına alınan susma hakkı mutlak bir koruma sağlamaz²⁶. Sanığın susmasının kendisi aleyhine yorumlanmasının AIHS m. 6'da yer alan susma hakkını ihlal edip etmediğinin değerlendirilmesinde davadaki tüm koşullar dikkate alınır²⁷. Bunlar susmanın aleyhe yorumlandığı durumlar, ulusal yargının bu delilin değerlendirilmesine tanıdığı ağırlık²⁸, delil elde etmek için kullanılan zorlamanın niteliği ve şiddeti, yargılamadaki ilgili güvencelerin varlığı, susma hakkının ihlali suretiyle elde edilen materyalin kullanımınıdır²⁹. Vücuttan zorla materyal elde etme otomatik olarak adil yargılanmanın ihlali anlamına gelmeyeceği gibi, kişiden delil elde edilmesi sırasında avukatının bulunması da her zaman yeterli çare olmayabilir. Jalloh Kararı³⁰ ile susma hakkının ihlalinin tespitindeki belirtilen kriterlere ek olarak suçun soruşturulmasında ve failin cezalandırılmasında kamu yararının ağırlığı da kabul edilmiştir.

AIHM'e göre, susma hakkı sadece ikrar ya da doğrudan doğruya suçlayıcı nitelik taşıyan açıklamalar ile sınırlandırılmaz. Zorlama sonucu elde edilen bazı açıklamalar, susma hakkına sahip olan kişiyi suçlayıcı değilmiş gibi görünse de, yani sanığı aklayıcı veya sadece olayla ilgili açıklamalar ise, daha sonra sanığın diğer açıklamaları ya da onun sunduğu delilleri çürütmek, bunları şüpheli hale getirmek

²⁶ “*Heaney and McGuinness v. İrlanda*”, (Başvuru No. 34720/97), Karar Tarihi 21 Mart 2001, para.45; “*Murray v. Birleşik Krallık*”, (Başvuru No. 18731/9), Karar Tarihi 8 Şubat 1996, para.47; “*Condrón v. Birleşik Krallık*”, (Başvuru No. 35718/97), Karar Tarihi 2 Mayıs 2000, para.56.

²⁷ Heinrich, Rauch, Wiehrer, **a.g.e.**

²⁸ “*Condrón v. Birleşik Krallık*”, (Başvuru No. 35718/97), Karar Tarihi 2 Mayıs 2000, para.56.

²⁹ “*O'Halloran and Francis v. Birleşik Krallık*”, (Başvuru No'ları 15809/02 ve 25624/02), Karar Tarihi 29 Haziran 2007, para. 55; “*Jalloh v. Almanya*”, (Başvuru No. 54810/00), Karar Tarihi 11 Temmuz 2006, para.101.

³⁰ “*Jalloh v. Almanya*”, (Başvuru No. 54810/00), Karar Tarihi 11 Temmuz 2006, para.117. Bu davaya konu olan olayda bir sokak satıcısına saklamak üzere yuttuğu uyuşturucu maddeleri kusması amacıyla kusturucu ilaç verilir. AIHM, sokak satıcısının uyuşturucu satımı konusunda küçük ölçekte faaliyette bulunduğunu ve hakkında var olan 6 aylık hapis cezasından dolayı koşullu salıverildiğini belirtir. Bu nedenle somut olayda kamu menfaatinin kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne bu şekilde zarar verecek uygulamaları meşru kılmadığı sonucuna ulaşır.

veya sanığın güvenilirliğine zarar vermek için kullanılabilir³¹. Sadece ya da esas olarak sanığın susmasının veya sorulara cevap vermeyi reddetmesinin ya da delil vermemesinin onun mahkûmiyetine temel alınması susma hakkı ile bağdaşmaz³². Örneğin, *Adetoro v. Birleşik Krallık* davasında³³ başvuru polis tarafından kendisine sorulan sorulara cevap vermeyi reddetmiştir. Sanık duruşma sırasında savunmasında hırsızlık yapmadığını, sadece çalıntı otoları alım-satım işiyle uğraştığını belirtmiştir. Bu yargılama sırasında hâkim, jüriye ancak sanığın cevap vermeyi reddetmesinin bu sorulara verebileceği bir cevabı olmadığı yönünde kendilerini ikna etmesi durumunda susmanın aleyhine yorumlanabileceği hususunda bilgi vermeyi ihmal etmiştir³⁴. Fakat sanık kıdemli bir avukata sahiptir ve hâkimin bu ihmalinin farkındadır. Buna rağmen, bu duruma ne kendisi ne de bu avukatı yani müdafii itiraz etmiştir. Üstelik mahkûmiyetine esas teşkil eden deliller de sanığın suçu işlediğine yönelik ikna edici niteliğe sahiptir. Jürinin sanığın açıklamalarının inandırıcı olmadığına ilişkin görüşü de hâkim tarafından uygun bulunmuştur. Bu davada başvuru susma hakkının ihlal edildiğini iddia etmesine karşın, mahkûmiyet sadece onun susması üzerine kurulmadığından, davanın tüm koşullarını dikkate alan AİHM, yargılamanın adil olduğu sonucuna varmıştır.

Yargılamanın tamamının adil olup olmadığının değerlendirilmesinde savunma hakkına saygı gösterilip gösterilmediği, başvurucuya delile ve bu delilin kullanımına itiraz etme imkânının tanınıp tanınmadığı da dikkate alınır. Örneğin, *Averill v. Birleşik Krallık* davasında susmanın aleyhe yorumlanmasının sınırlı olması ve sanığın müdafiden yararlanmasının sağlanmasının gerektiği belirtilmiştir³⁵. Zira bu davada başvuru ilkinin ilk 24 saatlik sorgusunda avukata erişiminin engellendiği gibi polis tarafından alınan ifadesi sırasında da avukat bulundurulmasına izin verilmemiştir³⁶.

³¹ “*Saunders v. Birleşik Krallık*”, (Başvuru No. 19187/91), Karar Tarihi 17 Aralık 1996, para.71; “*Zaichenko v. Rusya*”, (Başvuru No. 33720/05), Karar Tarihi 1 Şubat 2007.

³² “*Condron v. Birleşik Krallık*”, (Başvuru No. 35718/97), Karar Tarihi 2 Mayıs 2000, para. 56.

³³ “*Adetoro v. Birleşik Krallık*”, (Başvuru No. 46834/06), Karar Tarihi 20 Nisan 2010, para.57.

³⁴ Burada belirtmek gerekir ki jürili yapılan yargılamalarda hâkimin susmanın nasıl yorumlanacağına da dâhil olmak üzere belirli konularda jüriye bilgi verip onu yönlendirmesi gerekmektedir.

³⁵ Skinnider, Gordon, **a.g.e.**, s. 21.

³⁶ “*Averill v. Birleşik Krallık*”, (Başvuru No. 36408/97), Karar Tarihi 6 Haziran 2000, para. 55.

Susma hakkına ilişkin değerlendirmede delilin elde ediliş koşullarında onun güvenilir veya doğruluğunu şüpheye düşürecek bir husus olup olmadığını da incelenir. Delil çok güçlü ise ve onun güvenilirliğine ilişkin herhangi bir sorun yoksa bu delili destekleyen başka bir delile ihtiyaç daha az olur³⁷.

AİHM'e göre belirli durumlarda susma hakkına sahip olan kişinin bu hakkını kullanması onun aleyhine yorumlanabilir. Örneğin AİHM Telfner v. Avusturya davasında³⁸ sanığın suskunluğundan sonuçlar çıkarmaya, Avusturya'da olduğu gibi vicdani delil sistemini kabul eden ülkelerde izin verilebileceğini belirtmiştir. Fakat bunun için, sanığa sunulan delillerin, ondan bir açıklama yapmasını gerektirecek durumda olması gerekmektedir. Yani bu tür bir durumda sanıktan bir açıklama yapılması makul olarak beklenebilir. Aksi takdirde, yani kendisine karşı ilk bakışta ikna edici deliller sunamamış olmalarına rağmen kişinin bir açıklama yapmasını gerekli kılmak, mahkemelerin ispat yükünü iddia makamından savunmaya aktarması anlamına gelecektir. Sanığın sadece susması veya sorulara cevap ya da kendi aleyhine delil vermeyi reddi mahkûmiyetin temelini teşkil etmez. Fakat sanığın açıklama yapmasını gerektiren durumlarda susması savcılık tarafından delillerin ikna ediciliğinde dikkate alınabilir. Örneğin, kişinin vücudu ya da elbisesinde kendisini suçlayıcı nitelikteki iz ve işaretler ya da suç işlendiği sırada orada olduğu bilinen kişinin durumu, açıklama gerektiren hususlardır³⁹.

AİHM iki kararında, hâkimi sanığın susmasının aleyhe yorumlanabilmesi için susmanın suçla tutarlı olması gerektiğini jüriye anlatmada başarısız bulunduğu söz konusu yargılamalarda susma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁴⁰. Condron davasına konu olan olayda William ve Karen Condron eroin temin etme ve temin etmek kastıyla eroin bulundurma suçlarından dolayı yargılanırlar. Savcı suçlamasında diğer hususların yanı sıra, başvurunun komşusu olan diğer sanığa

³⁷ “Bykov v. Rusya”, Başvuru No. 4378/02, Karar Tarihi 10 Mart 2009, para. 90; “Khan v. Birleşik Krallık”, Başvuru No. 35394/97, Karar Tarihi 12 Mayıs 2000, paras.35, 37; “Allan v. Birleşik Krallık”, Başvuru No. 48539/99, Karar Tarihi 5 Kasım 2002, para. 43.

³⁸ “Telfner v. Avusturya”, (Başvuru No. 33501/96), Karar Tarihi 20.03.2001.

³⁹ “Averill v. Birleşik Krallık”, (Başvuru No. 36408/97), Karar Tarihi 6 Haziran 2000.

⁴⁰ “Condron v. Birleşik Krallık”, (Başvuru No. 35718/97), Karar Tarihi 2 Mayıs 2000; “Beckles v. Birleşik Krallık”, (Başvuru No. 44652/98), Karar Tarihi 8 Ekim 2002.

evinin balkonundan çeşitli maddelerin aktarıldığına dair polis gözlemlerine dayanır. Polis tarafından ifadelerinin alınması esnasında başvuruçunun avukatı, sanıkların eroin yoksunluğu sendromunda oldukları için ifade vermeye hazır olmadıklarını belirtir. Fakat polis merkezindeki doktorun başvuruçuların ifadelerinin alınabileceğini söylemesi üzerine, bu itiraza itibar edilmez. İfade vermeden önce başvuruçulara uyarı yapılır. İfade alınması esnasında başvuruçular susarlar ve söz konusu maddelerle ilgili sorulara cevap vermezler. Duruşmada başvuruçular maddelerin neden balkondan aktarıldığına dair açıklama yapıp, bu konuda delil sunarlar. Ayrıca avukatlarının ifade vermeleri için uygun durumda olmadıklarını belirttiği için polis merkezinde kendilerine yöneltilen sorulara cevap vermediklerini belirtirler. Yargılama sonunda, hâkim 1994 tarihli Ceza Adaleti ve Kamu Düzeni Kanununun (Criminal Justice and Public Order Act) 34. maddesine dayanarak ifade alma sırasında başvuruçuların susmasının aleyhlerine yorumlanabileceği hususunu jüriye belirtir ve başvuruçular suçlu bulunur.

Beckles davasına konu olan olayda ise Keith Anderson Beckles'in, üç adam, bir kadın ve iki gençle birlikte Mr. Mohamoud'un parasını aldığı ve onu pencereden aşağıya attığı iddia edilir. Başvuruçucu, polis tarafından konuşmak zorunda olmadığı fakat ifade alınması sırasında bahsetmediği bir hususa duruşmada dayanmasının onun savunmasına zarar verebileceği hususunda uyarılır. Başvuruçucu polise Mr. Mohamoud'un kendisinin aşağıya atladığını, kendisinin onu aşağıya atmadığını belirtir. İfade alınması başladığında ise polis tarafından sorulan her soruya "yorum yok" cevabını verir. Mr. Mohamoud daha sonra başvuruçucu ve diğer sanıkları teşhis eder. Tekrar polis tarafından uyarılan başvuruçunun ifadesi alınır. Bu ifade alınımı sırasında başvuruçucu söz konusu evde bulunduğunu itiraf eder fakat Mr. Mohamoud'u aşağıya atmadığını, onun düşmesi esnasında odada olmadığını belirtir. Ayrıca Mr. Mohamoud'un tehdit edilmediğini ve gayet mutlu olduğunu iddia eder. Duruşmada başvuruçuya polisin ifade alması sırasında kendisine yöneltilen sorulara neden cevap vermediği sorulur. Başvuruçucu, avukatının tavsiyesi nedeniyle cevap vermediğini, ayrıca polis merkezinde avukatı ile aralarında geçen konuşmaları hakkındaki sorulara cevap vermek istediğini belirtir. Fakat bu dikkate alınmayarak hâkim 1994 tarihli Ceza Adaleti ve Kamu Düzeni Kanununun (Criminal Justice and Public Order Act)

34. maddesine dayanarak ifade alma sırasında başvuruçunun susmasının onun aleyhine yorumlanabileceği hususunu jüriye belirtir ve başvuruçular suçlu bulunur.

AİHS m. 6'da yer alan adil yargılamanın gerekleri, suçun tipi ne olursa olsun tüm ceza yargılamalarına uygulanır. Kamu yararı, AİHS m. 6'da garanti altına alınan susma hakkı da dâhil olmak üzere başvuruçunun savunma haklarının göz ardı edilmesini haklı göstermez⁴¹.

Susma hakkının usule mi yoksa esasa mı ilişkin olduğu hususu tartışmalı olmakla birlikte, AİHM bu hakkı esastan ziyade adil yargılanma hakkı bağlamında usule yönelik bir hak olarak görmektedir⁴².

2. Birleşik Krallık'ta

Birleşik Krallık'ta 1994 tarihli Ceza Adaleti ve Kamu Düzeni Kanununun (Criminal Justice and Public Order Act) 3. Bölümünde⁴³ sanığın susmasından yapılabilecek çıkarımlar düzenlenmiştir. 35. maddeye göre, sanığın makul bir neden olmaksızın delil vermemesi veya yemin etmemesi ya da herhangi bir soruya cevap vermemesi durumunda mahkeme ya da jüri aleyhe yorum yapabilecektir. Fakat bunun için sanık savunma için delillerin ileri sürülebildiği aşamaya gelindiği ve isterse delil ileri sürebileceğinin farkında olmalıdır. Ayrıca beden ve ruh sağlığı onun delil vermesini beklenemeyecek duruma getirmiş olmamalıdır. Yani sanığın delil ileri sürmemesi, yemin etmemesi veya herhangi bir soruya cevap vermeyi reddetmesi aleyhine yorumlanabilecektir. Bu kanunun 36. maddesine göre yakalanan kişinin şüpheli maddeler (substances) ve izler hakkında polise hesap verememesinden; 37. maddesine göre ise yakalanan kişinin suç işlendiği anda belirli bir yerde varlığının şüpheli olması durumunda bu durumu açıklayamamasından aleyhe çıkarımlar

⁴¹ “*Bykov v. Rusya*”, (Başvuru No. 4378/02), Karar Tarihi 10 Mart 2009, para.93; “*Heaney and McGuinness v. İrlanda*”, (Başvuru No. 34720/97), Karar Tarihi 21 Mart 2001, paras.57-58; “*Saunders v. Birleşik Krallık*”, (Başvuru No. 19187/91), Karar Tarihi 17 Aralık 199, para.74; “*Jalloh v. Almanya*”, (Başvuru No. 54810/00), Karar Tarihi 11 Temmuz 2006, para.96; “*Martinen v. Finlandiya*”, (Başvuru No. 19235/03), Karar Tarihi 21 Nisan 2009, para.74.

⁴² Jackson, Re-Conceptualizing The Right Of Silence As An Effective Fair Trial Standard, s. 841.

⁴³ (Çevrimiçi) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents>, 12 Nisan 2012.

yapılabilecektir. 38. maddesinde ise ilgili maddelerin yorum ve sınırlarına ilişkin bazı hususlara yer verilmiştir. Bu maddelerde sanığın suçla bağlantısı olabileceği şüphesi uyandıran delillerin bulunması durumunda, bu deliller hakkında açıklama yapması beklenmekte, aksi durumda bu hususların onun aleyhine yorumlanabileceği sonucuna varılmaktadır.

Görüldüğü üzere, Birleşik Krallık'ta susma hakkının varlığına rağmen bu hakka geniş ölçüde istisnalar tanınmış ve bunlar da ayrıntısı ile düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere yönelik iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüş susma hakkına istisna tanıyan tüm bu düzenlemelerin şüpheli ya da sanığa yargılama makamları ile işbirliği yapma yükümlülüğü yüklediği, sadece işbirliği yapmamanın bir bedeli olduğunu ileri sürerek bu düzenlemeleri doğru bulmaktadır⁴⁴. Bunun altında saf ispat kuralı ve kovuşturmayla yardım amacıyla şüphelinin tutumunu değiştirme gibi çeşitli nedenlerin yattığı, bunların da İngiliz ve Galler hukukundaki susma hakkıyla ilgili değişimlerin nedeni olduğu ileri sürülmektedir⁴⁵. Ayrıca, susmanın şüpheli olması durumunda yapılacak aleyhe çıkarımın, sanığı konuşmaya yönelteceği ve bu sayede sanığın konuşarak savcılığa daha çok yardım edeceği belirtilmektedir⁴⁶. Zira susma hakkı kullanıldığında polis tarafından yapılan sorgu durduğundan, gizli kalan iştirak halinde işlenen suçların açığa çıkarılması engellenmekte, polisin eli kolu bağlanmaktadır⁴⁷. Yine, kişinin bir suçla ilgili olarak sorulan sorulara cevap vermesini gerektiren düzenlemelerin değil, savcının susma hakkına aykırı bir şekilde elde edilen delili, takip eden bir ceza yargılamasında kullanmasının ihlal teşkil ettiği de belirtilmektedir⁴⁸. Susmadan sonuç çıkarmanın susma hakkı ile çelişmediği çünkü bu durumda susmaya sadece şüphleyle yaklaşıldığı ve kişiye konuşma yükümlülüğü yüklenmediği de ileri sürülmektedir. Susmanın aleyhe yorumlanmasını haklı gösterecek makul bir gerekçe yoksa susmanın şüpheli karşılanılmasından öte bir

⁴⁴ Redmayne, Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination, s. 217

⁴⁵ Mike Redmayne, "English Warnings", **Cardozo Law Review**, Vol. 30, No.3, 2008, s. 1051.

⁴⁶ Redmayne, English Warnings, s. 1051, 1052.

⁴⁷ K van Dijkhorst, "The Right of Silence is the Game Worth the Candle?", (Çevrimiçi) <http://www.isrel.org/Papers/van%20Dijkhorst.pdf>, 12 Şubat 2012.

⁴⁸ Ashworth, **Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure**, s. 18.

konuma girilmekte, bu husus ceza gibi bir durum oluşturmakta ve susma hakkı ihlal edilmiş bulunmaktadır⁴⁹.

Diğer bir görüşe göre, sanıldığına aksine masum sanık da susmayı tercih edebilir. Suç mahallinden kaçan kişinin çeşitli makul gerekçeleri olabilir⁵⁰. Susma ile başkalarını koruma ya da kendisine yönelik olan görüşleri ve açıklamaları elde etme amaçlanabilir⁵¹. Bu nedenle sanığın suistimallere karşı korunmasını hedefleyen bu hak, gerçeğe ulaşmaya ve ceza adaletinin sağlanmasına yönelmiş bir araçtır⁵².

Birleşik Krallık'ta bir yargılama sırasında susma hakkının ihlal edilip edilmediğine ilişkin değerlendirmede 4 husus dikkate alınır;

Bunlardan ilki, susmanın yorumlamasının genişliğidir. Birleşik Krallık ve Amerika'da susmanın yorumlanmasının genişliği hâkimin takdir yetkisine bağlıdır ve bu husus Common Law hukuk sisteminde kökleşmiştir⁵³.

Bir suç işlediğinden şüphelenilen kişi, kendisinden açıklama yapılmasını gerektirecek bir durumda olmasına rağmen susarsa, hâkim bu susmanın o kişi aleyhine yorumlanabileceği hususunda jürinin dikkatini çekebilir. Örneğin, çalıntı mallarının zilyedinin susması o kişi aleyhine değerlendirilebilir.

Bu konu altında değinilecek diğer bir konu da “tuzak savunma” denilen, önceden susma hakkını kullanan şüphelinin duruşma aşamasında savunmasını yapması durumudur. Şüphelinin önceki aşamada susması sonradan yapılan savunmasının hileli olduğunun düşünülmesine neden olur⁵⁴. Yani Birleşik Krallık'ta yapılan yargılamalarda şüphelinin belirli bir aşamaya kadar savunma yapıp yapmama

⁴⁹ Redmayne, “English Warnings”, s. 1085.

⁵⁰ Redmayne, English Warnings, s. 1057.

⁵¹ Redmayne, English Warnings, s. 1061.

⁵² Dijkhorst, **a.g.e.**

⁵³ Richard Maloney, “The Criminal Evidence (NI) Order 1988: A Radical Departure from the Common Law Right to Silence in the UK?”, **Boston College International & Comparative Law Review**, Vol. 16, 1993, s. 429.

⁵⁴ Maloney, **a.g.e.**, s. 431, 432.

konusunda tercihini belirlemesi gerekmekte, sonradan yapılan savunmaya şüpheli yaklaşılmaktadır. R v. Christie davasında⁵⁵ susmanın otomatik olarak suçluluğa delalet olmamasına rağmen; suçlama sırasında şüphelinin susmasının, suçlamanın kısmen ya da tamamen kabulü anlamına gelebileceğine jürinin karar verebileceği belirtilmiştir. Bu karara göre kişinin kendisine yönelik ithamlara sessiz kalması suçun kısmen veya tamamen kabulü olarak değerlendirilebilecektir. Bu takdirde susma hakkı ya da suçsuzluk karinesinin bir anlam ifade etmeyeceğini belirtmek gerekir. Zira burada şüpheli ya da sanığın suçlu olduğunun başka delillere dayanılarak ispatlanması değil, sadece susması ikrar olarak kabul edilmektedir.

Diğer bir husus, susma hakkının kullanıldığı aşamadır. Duruşmadaki susma polis tarafından gerçekleştirilecek ifade alma sırasındaki susmaya nazaran daha geniş yorumlanır. Zira bu görüşe göre duruşma aşamasında sanık panik içinde ya da hazırlıksız olduğunu ileri süremez⁵⁶. Fakat belirtmek gerekir ki heyecanlı bir ruh yapısına sahip olan biri duruşma sırasında da panik yapabilir.

Üçüncü husus avukatın varlığıdır. Polis sorgusunda avukatın varlığı, şüphelinin susmasının mahkemece yorumlanmasına daha uygundur⁵⁷. Burada kişinin bir hukukçunun yardımından faydalandığı, haklarından haberdar olduğu ön kabulünden hareket edilmektedir.

Dördüncü husus da şüpheliye susma hakkı konusunda aydınlatma yapılmasıdır⁵⁸. Polis sorgusundan önce aydınlatma yapılması durumunda, susma daha dikkatli irdelenerek yorumlanmaktadır⁵⁹.

Kanımızca bu hukuk sisteminde susma hakkına ilişkin aydınlatmanın kapsamı da önem taşımaktadır. Zira şüpheli veya sanığın susması ya da konuşmasına yargılamanın değişik safhalarında farklı sonuçlar bağlanmaktadır.

⁵⁵ [1914] App. Cas. 554.

⁵⁶ Maloney, **a.g.e.**, s. 433.

⁵⁷ Maloney, **a.g.e.**, s. 434.

⁵⁸ Maloney, **a.g.e.**, s. 435.

⁵⁹ Maloney, **a.g.e.**, s. 436.

Kuzey İrlanda'da Omagh'ta 1998'de gerçekleşen bombalı saldırının ardından kabul edilen Ceza Muhakemesi (Terörizm ve Suikast) Kanununda (Criminal Justice (Terrosim and Conspiracy) Act) da susma hakkıyla ilgili önemli hükümler yer almaktadır. Sadece kendisinden önceki kanunlarda belirtilen Kuzey İrlanda terör yargılamalarında uygulanacak olan bu kanuna göre, yargılanacağı bildirilen veya memurun uyarısı altında bu kanun kapsamına giren bir suçtan dolayı sorgulanan kişinin cevap vermesi makul olarak beklenen bir soru karşısında susması aleyhe yorumlanabilecektir⁶⁰.

3. Amerika Birleşik Devletleri'nde

a. Anayasal Düzenleme ve Mahkeme İçtihatları

Amerika Birleşik Devletleri'nde susma hakkı bir imtiyaz olarak kabul edilmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne göre haktan farklı olarak, imtiyaz özgürlüğün, özgür yönetim ve özgür bir ülkedeki vatandaşların vazgeçilmez haklarının temelinde yer alan adaletin temel bir prensibi değildir⁶¹. İmtiyaz anayasal haklara göre geridedir⁶². Amerikan hukukunda bazı görüşler imtiyazın devlet tarafından vatandaşlarına verildiğini; hakkın ise kendiliğinden var olduğunu ve devlet tarafından ise sadece var olan bu hakkın tanındığını ileri sürerek imtiyaz ile hak arasında ayırım yapmaktadır⁶³.

Amerika'da susma hakkının kabulüne ilişkin iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre halkın çoğunluğu susma hakkına karşıdır⁶⁴. Davranışlarından sorumlu olan kişinin cevap vermesi ahlaki bir borç niteliğindedir⁶⁵. Üstelik kendini suçlamaya zorlanma yasağının Amerika'nın kurucularının bilgisi dışında geliştiği ileri

⁶⁰Lissa Griffin, "Is Silence Sacred? The Vulnerability of Griffin v. California in a Terrorist World", **William & Mary Bill of Rights Journal**, Vol 15, 2007, s. 952.

⁶¹Twining v. New Jersey, 211 US 78 (1908).

⁶²Levy, **a.g.e.**, s. 3.

⁶³Michael Skerker, **An Ethics of Interrogation**, University of Chicago Press Chicago and London, 2010, s. 65

⁶⁴Dijkhorst, **a.g.e.**

⁶⁵Dijkhorst, **a.g.e.**

sürülmektedir⁶⁶. Bu hak olmadan ceza yargısı sisteminin daha iyi işleyeceği, şüphelilerin işledikleri suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma makamlarına bilgi vermeyi daha çok tercih edecekleri de düşünülmektedir⁶⁷. Ayrıca susma hakkının aslında suçlu olan şüphelilerin lehine bir durum olduğu, bu kişilerin konuşma yerine susmayı, bu hak tanınmadığı takdirde ise yalan söylemeyi daha çok tercih edeceği belirtilmektedir. Bu nedenle geleneksel görüşe göre susma hakkı sadece suçlu sanıklara yardım etmektedir⁶⁸. Buna karşı ileri sürülen görüşe göre ise sanığın konuşmayı tercih etmesi kendisinin gerçekte suçlu ya da masum olduğuna değil, bu ifadelerin delil değerine bağlıdır. Bu açıklamalarının delil değerinin düşük olması durumunda masum sanıklar konuşmaktan kaçınır iken; yüksek değerde ise suçlu sanıklar konuşmayı seçmektedir⁶⁹.

Amerika Birleşik Devletleri'nde susma hakkının değerlendirilmesinde, soruşturma ve kovuşturma evresine göre ayırım yapılmaktadır. Soruşturma evresinde gizlilik esastır ve kişi ne ile suçlandığını tam olarak bilmemektedir. Üstelik şüpheli diğer delillere ulaşmada güçlük çekmekte ve savunması için yeterli hazırlığı yapamamaktadır. Bu gibi hususlar nedeniyle şüphelinin gözaltında polis tarafından ifadesi alınması sırasında susma hakkının mutlak olduğu ve bu hakkı kullanması durumunda ifade alma işleminin duracağı belirtilmektedir. Duruşma aşamasında ise alenilik ilkesi geçerlidir ve soruşturma aşamasına nazaran delillere daha kolay erişilebilmektedir. Bu nedenle sanığın baskıya uğramasının daha güç olduğu ve susma hakkı kullanınca, kişinin ifade vermeye çağırılmayacağı fakat kişi şüpheli veya sanık değil de tanık ise susma hakkının değil, kendini suçlayıcı nitelikteki sorulara cevap vermeme hakkının söz konusu olabileceği belirtilmektedir⁷⁰. Griffin

⁶⁶ Dijkhorst, **a.g.e.**

⁶⁷ Daniel Seidmann, Alex Stein, "The Right to Silence Helps The Innocent: A Game-Theoretic Analysis of The Fifth Amendment Privilege", **Harvard Law Review**, Vol. 114, No. 2, 2000, s. 432.

⁶⁸ Seidmann, Stein, **a.g.e.**, s. 435; Dijkhorst, **a.g.e.**; Simon Matters, "Anything You Don't Say May Be Given Evidence: Protecting The Interest of Justice or Emasculating A Fundamental Right?", **Deakin Law Review**, Vol. 4, No. 1, 1997-2000, s. 55.

⁶⁹ Green, *The Privilege's Last Stand: The Privilege Against Self-Incrimination and the Right to Rebel Against the State*, s. 647.

⁷⁰ Ashworth, **Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure**, s. 23; Jacqueline R. Kanovitz, **Constitutional Law**, Birleşik Devletler, Twelfth Edition John C. Klotter Justice Administration Legal Series, 2010, s. 376, 377.

v. Kaliforniya davasıyla⁷¹ Amerikan Yüksek Mahkemesi, hem sanığın ifade vermeyi reddetmesinin savcılıkça yorumlanmasını hem de bu reddin o kişinin suçluluğuna delili olacağına ilişkin mahkemelerin karar vermesini yasaklamıştır. Bu davada Griffin, Kaliforniya Mahkemesi tarafından jürili yapılan bir yargılama sonunda birinci dereceden öldürme suçu ile mahkûm edilmiştir. Yargılama sırasında kendisine itham edilen suçla ilgili açıklama yapmamış fakat verilecek ceza ile ilgili yapılan ayrı bir yargılamada beyanda bulunmuştur. Mahkeme bu davada jüriye sanığın kendi aleyhine beyanda bulunmaktan kaçınma şeklinde bir anayasal hakkı bulunduğunu belirtmiştir.

Nemo Tenetur ilkesi uyarınca şüpheli, sanık ve tanığa susma imkânı tanınmakla birlikte, şüpheli veya sanığın susma yerine konuşmayı tercih etmesi durumunda yalan söyleme hakkının bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Zira masum sanık bir başkasını koruma amaçlı yalan söylemeyi tercih edebileceği gibi, suçlu sanık da susmanın polis ve savcılık tarafından suçlu olarak algılanmasına neden olacağı ihtimali yüzünden susma hakkını kullanmayabilir⁷². Bir görüşe göre, kişinin yalan söylemesi susmasından daha avantajlı bir durumdur⁷³. Söylediği yalanlar onun çelişkiye düşmesine neden olacak, doğruluğu sabit gibi gözükken vakıaların aslında sanıldığından aksi olduğunun tespitini sağlayacaktır. Diğer bir görüşe göre ise, yalan ifadenin suç olarak sayılması⁷⁴ göz önünde tutulduğunda susma yerine yalan ifade verme bir mazeret nedeni olarak kabul edilmemelidir⁷⁵.

Kısaca incelendiği üzere Amerika Birleşik Devletleri hukukunda susma hakkı bir hak değil imtiyaz olarak nitelendirilse de, susmanın hak yerine imtiyaz olarak kabul edilmesi büyük bir fark yaratmamaktadır. Zira susmanın imtiyaz olarak kabul edilmesi, onun bir hak olarak kabul edildiği Birleşik Krallık ile karşılaştırıldığında şüpheli, sanık ya da tanık açısından daha dezavantajlı durumu yaratmamaktadır.

⁷¹ 380 US 609 (1965).

⁷² Seidmann, Stein, **a.g.e.**, s. 448.

⁷³ Akhil Reed Amar, Renée B.Lettow, "First Amendment Principles: The Self-Incrimination Clause" **Faculty Scholarship Series Paper 993**, 1995, s. 903.

⁷⁴ Birleşik Devletler v. Wong, 431 U.S. 174, 178 (1977), Mannheimer, **a.g.e.**, s. 1271, 1272.

⁷⁵ Stuntz, **a.g.e.**, s. 1263.

b. İlke İle Bağlantılı Bağışıklık Kavramı

Amerika Birleşik Devletleri'nde susma hakkının hukuki niteliği ve buna ilişkin kriterleri incelerken, bu hukuk sistemine özgü bir uygulamaya da değinmek gerekmektedir. Genel olarak kişi, susma hakkı kapsamında iki seçenektan birini tercih edebilir; bu haktan feragat ederek, kendi aleyhine olabilecek delillerin elde edilmesinde savcılık ve mahkeme ile işbirliği yapar veya bu haktan yararlanır ki bu takdirde pasif bir tutum takınarak, aleyhinde kullanılabilecek nitelikte ifade verme ve delilleri ileri sürmekten kaçınmaktadır. Amerikan hukukunda ise bunlara ek olarak üçüncü bir seçenek daha bulunmaktadır. Gerçeğe ulaşmak için gerekli görülürse, susma hakkından feragat etmemiş şüpheli, sanık veya tanığa bağışıklık tanınarak konuşması sağlanmakta fakat bağışıklık kapsamına giren ifadeleri kendi aleyhine herhangi bir ceza davasında kullanılamamaktadır⁷⁶. Genellikle bağışıklık kanunları ile savcıların kullanımına sunulan bu imkân⁷⁷, kişilerin tanıklık yapmasını sağlama amacı ile Amerikan Anayasası 5. Ek'te yer alan hakların ikamesini sağlamaktadır⁷⁸. Bu imkân savcı tarafından önerilir ve hâkim tarafından onaylanır⁷⁹. Hâkimin bağışıklığı kendiliğinden sağlama ya da savcüyı bağışıklık önerisinde bulunması için zorlama yetkisi yoktur⁸⁰. Bu şekilde bağışıklık garantisinin sağlanması Amerika'da özellikle organize suçları açığa çıkarma amacı taşımakta ve yargı sisteminde önemli bir yer tutmaktadır⁸¹. Kişiyi tanınacak bu bağışıklık susma hakkıyla aynı kapsamda koruma sağladığı takdirde artık tanık olarak ifade verme kendini suçlayacak nitelikte olmadığından kişi susma hakkından yararlanılamayacaktır. Bağışıklık tanınan bu kişi tanık olarak ifade vermek zorunda olacaktır⁸². Bağışıklık susma hakkı ile aynı korumayı sağlayamamakta ise tanıklık yapma reddedebilecektir⁸³. Yine belirtmek

⁷⁶ İmtiyaz Kanunları örnek için bkz. 2012 California Rules of Court (Rule 5.548. Granting immunity to witnesses), 2011 Kansas Code (Chapter 22. - Criminal Procedure Article 31. - Inquisitions In Criminal Cases 22-3102 Privilege against self-incrimination; grants of immunity).

⁷⁷ Ingram, **a.g.e.**, s. 304.

⁷⁸ Kastigar v. Birleşik Devletler, 406 U.S. 441, 462 (1972).

⁷⁹ Kanovitz, **a.g.e.**, s. 381.

⁸⁰ Birleşik Devletler v. Chalan, 812 F. 2d. 1302, 1310 (10th Cir. 1987), Birleşik Devletler v. Taylor, 728 F 2d. 930, 934 (7 th Cir. 1984).

⁸¹ Hal M. Koontz, Jeffrey C. Stodel, "The Scope of Testimonial Immunity under the Fifth Amendment: Kastigar v. Birleşik Devletler", **Loyola Los Angeles Law Review**, Vol. 6, 1973, s. 355.

⁸² Kanovitz, **a.g.e.**, s. 400.

⁸³ 406 U.S. at 449.

gerekir ki, bağışıklıktan yararlanma sadece bağışıklığın tanınmasından önce işlenen suçlarla ilgili yapılan açıklamalar ile sınırlıdır⁸⁴.

Bağışıklık, koruma gücü ve kapsamına göre çeşitli kategorilere ayrılabilir;

(1) Mutlak Bağışıklık

Amerika'da ilk uygulanan ve 1970'e kadar federal bağışıklık kanununda sağlanan bağışıklık, "Transactional immunity" olarak ifade edilen mutlak bağışıklıktır. Kapsamlı ya da tamamen bağışıklık olarak da anılan, en güçlü ve geniş bağışıklık olarak kabul edilen mutlak bağışıklığa göre şüpheli, sanık ve tanık, tanıklık yaptığı sıradaki verdiği beyanı ile ilgili hiçbir suçtan kovuşturulamaz⁸⁵. Fakat bu kuralın istisnası da yer almaktadır; şüpheli, sanık ve tanığın bağışıklık kapsamında ileri sürdüğü delil asıl suçla bağlantılı değilse, bu delilin kullanımı mümkündür⁸⁶.

Counselman v. Hitchcock⁸⁷ davasında bağışıklık tanındığı takdirde, kişinin söz konusu suça ilişkin kovuşturulmama güvencesine sahip olmasının yanı sıra bu tanıklık aracılığı ile elde edilen diğer delillerin de kullanılamayacağı belirtilmiştir. Ullmann v. Birleşik Devletler⁸⁸ davasında da mutlak bağışıklığın Amerikan Federal Anayasa hukukunun bir parçası olduğu vurgulanmıştır.

⁸⁴ Birleşik Devletler v. Freed, 401 U.S. 601 (1971), Mackey v. Birleşik Devletler, 401 U.S. 667 (1971), Glickstein v. Birleşik Devletler, 222 U.S. 139 (1911)

⁸⁵ Koontz, Stodel, **a.g.e.**, s. 352.; Kanovitz, **a.g.e.**, s. 381. Mutlak Bağışıklık Kanununa örnek olarak Act of Feb. 11, 1893, ch. 83, 27 Stat. 443 verilebilir. "Kimse kendisinden talep edilen tanıklık veya delil, belge veya başka şeylerden dolayı suçlanabileceği veya ceza ya da hak kaybına uğrayacağı gerekçesiyle katılmaktan ve tanıklıktan çekinemez. Fakat kimse Komisyonunun isteği veya mahkeme celbi üzerine tanıklığı veya delil, belge ya da başka şeyleri ürettiği için kovuşturulamaz veya cezaya ya da hak kaybına ... uğratılmaz."

⁸⁶ Patton, **a.g.e.**, s. 105.; 400 U.S., at 568-569; www. Aggressivecriminaldefence.com/Practice-Areas/Immunity.html.; Ullmann v. Birleşik Devletler, 350 U.S., at 438-439, Boyd v. Birleşik Devletler, 116 U.S., at 634, Knapp v. Schweitzer, 357 U.S., 71, 380 (1958)

⁸⁷ 142 U.S. 547, 12 S.Ct. 195, 35 L.Ed.2d 1110.

⁸⁸ 350 U.S. 422, 438, 76 S.Ct. 497, 506, 100 L. Ed. 511.

Belirtmek gerekir ki savcının kovuşturma yapmayacağına dair hukuka aykırı vaadi mutlak bağışıklık bahşetmez⁸⁹. Zira savcı ancak gerçeğe ulaşmak için önem taşıyan durumlarda bağışıklık tanınması hususunda mahkemeye öneride bulunabilir. Ayrıca bir kişiye mutlak bağışıklık tanınmışsa savcı bir sonraki ceza davasında kullandığı delilin hukuka uygun ve bağışıklık ile elde edilen tanıklıktan bağımsız olduğunu kanıtlamak zorundadır⁹⁰.

(2) Göreceli Bağışıklık

“Use immunity” ve “Derivative use immunity” olarak ifade edilen bağışıklıklar ise görecelidir. Sadece bağışıklık sağlanması suretiyle elde edilen beyan ve bu beyan aracılığı ile elde edilen deliller sanığın bu suçlardan dolayı takip eden kovuşturmasında kullanılamaz. Fakat göreceli bağışıklık bu şekilde elde edilen dolaylı delile karşı korunma sağlamamaktadır⁹¹. Üstelik bu bağışıklık savcılığın kovuşturma ile bağlantılı diğer gizli bilgilerin açığa çıkması için bu tanıklığa dayanmasını da engellemez⁹².

Göreceli bağışıklık, bağışıklık kapsamında açıklama yapan kişiyi sanki daha önce açıklama yapmamış gibi bir konuma koyar. Savcılık bağışıklık tanınan kişi hakkında yaptığı bir ceza yargılamasında kullandığı delilin kaynağının bağımsızlığını ispat yükü altındadır⁹³. Fakat savcı bağışıklık kapsamında açıklama yapan kişinin

⁸⁹ People v. Dunbar, 53 NY2d 868, 440 NYS2d 613 (1981).

⁹⁰ Kastigar v. Birleşik Devletler, 406 U.S.441 (1972) s. 443-462.

⁹¹ Kanovitz, **a.g.e.**, s. 381.; William J. Stuntz, “Self-Incrimination and Excuse”, **Columbia Law Review**, Vol. 88, 1988, s. 1234. Dipnot 16; Wayne Alan Weiner, “The Due Process Right to the Immunization of Defence Witness”, **Boston Law Review**, Vol. 22, Issue 2, No. 2, s. 309; Gosling v. Commonwealth, 415 S.E. 2d 870, 873 (Va. 1992). Patton, **a.g.e.**, s. 107. Göreceli bağışıklık Kanununa örnek olarak Act of Jan. 24, 1862, ch. 11, 12 Stat. 333 verilebilir. “ Kongre’nin ..önünde tanıklık yapanın beyanları herhangi bir yargılama yerindeki ceza yargılamasında onun aleyhine kullanılmayacaktır. Bu tanığın sorgulanması sonucu ele geçirilen hiçbir resmi evrak ya da kayıt bu tanığı herhangi bir ceza yargılamasına karşı korumak için alınmayacak ya da muhafaza edilmeyecektir.”

⁹² Gosling v. Commonwealth, 415 S.E. 2d 870, 873 (Va. 1992). Patton, **a.g.e.**, s. 107.

⁹³ Weiner, **a.g.e.**, s. 310.

suçunu destekleyen delili bulduğu takdirde bunu kullanabilecektir⁹⁴. Bu nedenle göreceli bağışıklık tercih edilmektedir⁹⁵.

Kişi bağışıklığı ileri sürmemişse mutlak bağışıklıktan yararlanamaz ancak, göreceli bağışıklıktan yararlanabilir⁹⁶.

(3) Savunma Tanığının Bağışıklık İmkânından Yararlanıp Yararlanamayacağı

Amerika Birleşik Devletleri'nde susma hakkıyla bağlantılı konulardan biri sanığın lehine tanıklık yapacak olan savunma tanığının bağışıklık kanunları ile sağlanan bağışıklıktan yararlanıp yararlanamayacağıdır. Zira savcılık tanığın sanığı suçlama ihtimalini içeren beyanını, sanığın suçlu olduğunu kanıtlamak için kullanmak ister ve bu amaçla da kendisine bağışıklık tanıyabilir. Fakat savunma makamının böyle bir yetkisi bulunmamakta ve bu durum da eleştirilmektedir⁹⁷. Savunma tanığı Amerika Birleşik Devletleri Anayasası 5. Ek'te yer alan susma hakkını kullanması durumunda, savunma makamı ona bağışıklık kanunları uyarınca konuştuğu takdirde ifadelerinin kendi aleyhine bir ceza davasında kullanılmayacağına dair garanti veremez ise sanık kendini aklayıcı nitelikteki delilleri kullanmaktan yoksun kalacaktır. Adil yargılanma, avukata başvurma, tanıkla yüzleşme, tanığı çapraz sorguya tabi tutma ve kendi lehine tanık çağırma hakkını gerektirir⁹⁸. Etkili soruşturma için sanığa kendi yararına delil sunma imkânı

⁹⁴ (Çevrimiçi) <http://www.aggressivecriminaldefense.com/Practice-Areas/Immunity.html>, 01.03.2012.

⁹⁵ Patton, **a.g.e.**, s. 105.

⁹⁶ (People v. Flihan, 131 AD2d 269, 520 NYS2d 686 (4th Dept 1987). People v. Guzman davasında savcılık sanığa üç tip bağışıklık önermiştir. Eğer doğru tanıklık yaparsa işlemsel bağışıklığı (mutlak bağışıklık); eğer polis ile işbirliği yaparsa kullanma (use) ile ikincil bağışıklığı (göreceli bağışıklık) birlikte önermiştir, People v. Guzman, No. H0 24976, 2005 WL 435452, at 31 (Cal. Ct. App. Feb. 25, 2005). Patton, **a.g.e.**, s. 108. Pacers, Inc. v. Superior davasında ise, özel hukuk yargılamasındaki bir davalı kendisi hakkında devam etmekte olan bir özel hukuk davasındaki vakıaların ceza davası ile yakından bağlantılı olduğunu ileri sürmektedir. Bu nedenle bu kişi özel hukuk yargılaması sırasında yapacağı itirafların bir ceza davasında aleyhine kullanılmaması için mahkemeden göreceli bağışıklık talep eder. Fakat mahkeme savcılık itiraz ettiği için bu talebi kabul etmez. Temyiz mahkemesi de yargısal bağışıklığa ilişkin güvencelerin savcılar tarafından sınırlandırılmasının mümkün olduğunu belirtir. Pacers, Inc. v. Super. Ct., 208 Cal. Rptr. 743, 744 (Cal. Ct. App. 1984). Patton, **a.g.e.**, s. 117.

⁹⁷ Ingram, **a.g.e.**, s. 308.

⁹⁸ Weiner, **a.g.e.**, s. 301.

tanınmayınca adil yargılanma ihlal edilmiş olur. Brady v. Maryland davasında⁹⁹ Amerikan Yüksek Mahkemesi savunma hakkının etkili olarak kullanılmasını engelleyen soruşturma ve kovuşturma makamlarının tavırlarının dürüst yargılama ile bağdaşmadığını belirtir. Dürüst yargılamanın garantisi olan adil yargılanma kavramı, sanığa etkili savunma imkânının tanınmasını, bu kapsamda kendini aklayıcı delili keşfetme ve kullanma imkânının verilmesini gerektirmektedir¹⁰⁰. Aksine durumlar ceza muhakemesinin gerçeği araştırma görevine aykırı nitelik taşır. Bu takdirde dürüst yargılanmanın ihlali¹⁰¹, sanığın anayasal haklarını kullanamaması söz konusu olur¹⁰². Bu durum da sanığın adil yargılanmadaki menfaati ile devletin menfaatinin dengelenememesi anlamına gelir¹⁰³. Fakat karşı görüşe göre savunma tanığına bu şekilde bir bağışıklık verilmesi daha sonra o kişinin söz konusu suça iştirak ettiği ortaya çıktığında kovuşturulmasını engelleyeceğinden, bu tür bir bağışıklığın savunma tanığı için kabul edilmesi doğru olmayacaktır¹⁰⁴.

Kanımızca Nemo Tenetur ilkesinden maddi gerçeğe ulaşmak için ödün verilmekte ise silahların eşitliği ilkesi dikkate alınarak, savunma tanığının da bağışıklık imkânından yararlanması sağlanmalıdır. Zira bazı durumlarda maddi gerçeğe ulaşma amacı ağır bastığı için bağışıklık tanınmakta ve bu surette kişi ifadelerinin kendisini suçlayacağına yönelik endişe olmaksızın konuşabilmektedir. Burada gözden kaçırılmaması gereken husus, maddi gerçeğe ulaşmak sadece sanığın suçluluğunu kanıtlamak anlamına gelmez. Masum sanığın aklanması da ceza muhakemesinin bir amacıdır. Bu nedenle bağışıklık sanığın lehine tanıklık yapacak kişilere de tanınmalıdır. Böylece sanığın masumiyeti ispatlanarak maddi gerçeğe ulaşma amacına hizmet edilmiş olunacaktır.

⁹⁹ 373 U.S. 83 (1963), Weiner, **a.g.e.**, s. 302.

¹⁰⁰ Weiner, **a.g.e.**, s. 303.

¹⁰¹ Weiner, **a.g.e.**, s. 304.

¹⁰² Ingram, **a.g.e.**, s. 319.

¹⁰³ Weiner, **a.g.e.**, s. 311.

¹⁰⁴ Birleşik Devletler v. Turkish, 623 F. 2d 769, 775 (2d Cir. 1980) Weiner, **a.g.e.**, s. 307.

4. Türk Hukukunda

Türk hukuku bakımından konuya baktığımızda, susma hakkı temelini Anayasa m. 38/5'te ifade edilen “*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*” ifadesinden almaktadır¹⁰⁵. Yine tanıklıktan çekinmenin düzenlendiği CMK m. 45; kişinin kendisi ve yakınlarını bir ceza kovuşturmasına uğratılabilecek nitelikteki sorulara yanıt vermeyi reddetme hakkı tanıyan CMK m. 48; şüpheli veya sanığın ifadesi alınmadan ya da sorguya çekilmeden önce yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğunun söylenmesi zorunluluğuna yer veren CMK m. 147; şüpheli ve sanığın beyanının özgür iradesine dayanması gerektiğini, aksi durumun ifade alma ve sorguda yasak usul olarak kabul edileceğini belirten CMK m. 148 susma hakkına doğrudan yer veren maddeler olarak örnek verilebilir. Bu düzenlemelere rağmen Türk hukukunda susma hakkının bir hak olup olmadığı tartışmalıdır. Bu konudaki görüşler iki grupta incelenebilir;

a. Susma Hakkına Karşı Çıkan Görüş

Susma hakkının tanınması hususu sanığın sorgusuna yüklenecek hukuki niteliğe de bağlıdır. Eğer sanığın sorgusunu savunma değil de delil elde etme vasıtası olarak değerlendirirsek, sanığın maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını amaçlayan ceza muhakemesine aktif ve kendisine yöneltilen delil elde etme vasıtalarına katlanarak pasif bir katkıda bulunma yükümlülüğü, meşru otoriteye boyun eğme zorunluluğu bulunduğu ileri sürülebilir. Özellikle Nasyonel Sosyalist Almanya’da olduğu gibi otoriter rejimlerde sanığın da savcı gibi topluma hizmette hâkime yardımcı olması ve bencil hislerini yenmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Amerika Anayasası 5. Ek ile hemen hemen aynıdır “...*Hiç kimse herhangi bir ceza davasında kendi aleyhine tanıklık yapmaya zorlanamayacak...*” “..Nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself.”

¹⁰⁶ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhuğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s. 445.; CMUK zamanında Devlet güvenliğini ilgilendiren suçlarda ifadesine başvuru kişilerin ifade vermek mecburiyetleri vardı. Cevap vermemek suçtu. (CMUK Ek m. 1 ve Ek m. 4).

Yine diğerk bir gerekçe olarak itham usulü gösterilmektedir. Bu sistem karşılıklılığa dayanmaktadır ve bu nedenle soru sorma hakkı olan sanığa, kendisine yöneltilen soruya cevap vermeme hakkı tanınmamalıdır¹⁰⁷.

Başka bir görüşe göre, ceza muhakemesinin temel amacı sanık haklarına riayet edilerek maddi gerçeğin araştırılmasıdır. Maddi gerçeğe ulaşılmasında ve adil bir yargılama yapılmasında sanığın da menfaati olduğu dikkate alındığında, şüpheli ve sanığın da maddi gerçeğe ulaşılmasına hizmet etme yükümlülüğü vardır. Fakat burada mecburiyet değil, yükümlülük söz konusudur¹⁰⁸. Şüpheli ve sanık açısından susmamak ve konuşmak, hem tüm ceza yargılamasının hedefini gerçekleştirmesi amacına hem de bu kişilerin kendilerini temize çıkarmak veya hak ettiklerinden fazla yahut daha az ceza almamalarına yönelik mantıki bir gerekliliktir¹⁰⁹.

b. Susma Hakkını Kabul Eden Görüş

Şüpheli ya da sanığın kendisine yöneltilen sorulara cevap vermeye zorlanamayacağını kabul eden görüşler şüphelinin ifadesi ve sanığın sorgusunu delil elde etme değil, savunma vasıtası olarak görmektedir¹¹⁰.

Savunmasını yapmayı tercih hususunda serbest olan sanık, bunu gerçekleştirme usulü bakımından da serbesttir. Sanık aktif olarak ya da sorulara cevap vermeme şeklinde pasif bir tutum takınarak savunmasını gerçekleştirebilir¹¹¹. Zira heyecan, ümitsizlik veya marazi bir ruh yapısına sahip olma gibi nedenler kişiyi susmaya yöneltebilir¹¹².

¹⁰⁷ Faruk Erem, **Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku**, Ankara, Işın Yayıncılık, 1986, s. 157.

¹⁰⁸ İzzet Özgenç, “Suç Zanlısı Kişinin Doğruyu Söyeme Yükümlülüğü ve Bunun Sonuçları”, **Hukuk Araştırma Dergisi**, C. 19, S. 1-3, 1995, s. 134, 135.

¹⁰⁹ Serhat Sinan Kocaoğlu, “Susma Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 69, 2011/1, s. 52.

¹¹⁰ Pervin Aksoy İpekçioğlu, “Gözaltında Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri”, **AÜHFİD**, C. 57, S. 3, 2008, s. 64.

¹¹¹ Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Genel Kısım**, 4. bs., İstanbul, 1984, s. 310; M. Tahir Taner, **Ceza Muhakemeleri Usulü**, 3. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1955, s. 25; Özgenç, Suç Zanlısı Kişinin Doğruyu Söyeme Yükümlülüğü ve Bunun Sonuçları, s. 139.

¹¹² Vidal- Magnol, n. 747, s. 853, nnt. 4’ten naklen Erem, **Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 159.

Sanığa susma hakkı tanınmış olmakla beraber, bu hak belirli riskleri doğurabilir. Tercihini susma yönünde kullanan sanığın suçu işlediği ispatlandığı takdirde suç tipinde kendisinin bildiği ve kendi lehine olabilecek savunma mekanizmasını işletemeyecektir. Özellikle manevi unsurun tespiti bakımından aleyhine durumun oluşmasına neden olabilir¹¹³.

Sanığın susmasını kabul edenler arasında susmanın teknik anlamda bir hak olup olmadığı hususunda görüş birliği yoktur.

(1) Susmayı Bir Hak Olarak Kabul Etmeyen Görüşler

Sanığın cevap verme mecburiyeti olmamasına rağmen, susmanın bir hak olmadığı¹¹⁴; cevap vermenin sanık için bir külfet olduğu ve aksine tutumun delillerin takdirinde dikkate alınacağı¹¹⁵; sanığın devlete itaat etme ve boyun eğme borcu nedeniyle sadece cevap vermeme ihtiyarına malik olduğuna ilişkin görüşler ileri sürülmüştür¹¹⁶.

(2) Susmayı Bir Hak Olarak Kabul Eden Görüşler

Susmayı sübjektif bir hak olarak kabul eden görüş ise susmanın ortaya çıkış sürecini de dikkate alarak, sanığı konuşturmaya yönelik işkence ve benzeri yasadışı sorgu yöntemlerine dikkati çekmektedir¹¹⁷.

Türk hukukunda susma hakkının, bu hakka sahip kişiye yalan söyleme imkânı tanıyıp tanımadığı da tartışmalıdır. Bir görüşe göre, susma hakkı yalan söyleme

¹¹³ Cumhur Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994, s. 114

¹¹⁴ Faruk Erem, **Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu, Şerh**, 1996, s. 289; Faruk Erem, “Susma Hakkı”, **Bursa Barosu Dergisi**, 1980, s. 11.

¹¹⁵ Erol Cihan, “50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu”, **İÜHFİM**, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 148.

¹¹⁶ Farklı görüşler için bkz. Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 446, 447.

¹¹⁷ Ersan Şen, **Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu**, İstanbul, Beta Basım Yayım, 1998, s. 65; Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 449; Dönmezer, **a.g.e.**, s. 69; Süheyl Donay, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 143.

hakkını da kapsamaktadır¹¹⁸. Zira sanığın kendisine sorulan sorulara doğru cevap vermesini beklemek insan yaradılışına aykırıdır. Ayrıca sanığın yalan söyleyerek kendisi ile çelişmesinin sağlaması, susmasına nazaran daha iyi bir durumdur¹¹⁹. Yalan söyleyen tanığın bu davranışının cezalandırılmasına rağmen, sanık için herhangi bir cezanın düzenlenmemesinin konuyu daha da tartışmalı hale getirdiği ileri sürülmektedir¹²⁰.

Diğer görüşe göre, şüpheli ve sanığın ne gerçeği söyleme yükümlülüğü¹²¹ ne de yalan söyleme hakkı vardır. Zira böyle bir hak söz konusu olsa idi bunun maddi hukuka da yansımaları ve iftiranın suç sayılmaması gerekirdi¹²². Bu nedenle sanığın yalan söylemesi kendisi için bir mazeret nedeni teşkil etmemeli¹²³, serbest delil değerlendirmesi çerçevesinde, sanığın diğer ifadeleri ve durumunun inandırıcılığı hususunda dikkate alınabilmelidir¹²⁴.

Başka bir görüşe göre ise, şüpheli veya sanığın kendini koruma içgüdüleriyle verdiği gerçeğe aykırı beyanının cezalandırılması hem susma hakkının düzenlendiği Anayasa m. 38/5'e hem de insan yaradılışına aykırı düşecektir. Fakat soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suç faillerini kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü

¹¹⁸ Şen, **a.g.e.**, s. 63; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 217; Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1996, s. 41; Serap Keskin, **Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık**, Ankara, Alfa Basım Yayım, 1997, s. 179; Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Genel Kısım**, s. 310; Ali Hakan Evik, "Susma Hakkı", **Güncel Hukuk Dergisi**, İstanbul, Aralık 2004, s. 48. Aksi görüş için bkz. Erem, **Diyaletik Açından Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 160.

¹¹⁹ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 451; Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, s. 41.

¹²⁰ Erem, **Diyaletik Açından Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 160; Faruk Erem, **Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu, Şerh, 1996**, s. 289; Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Genel Kısım**, s. 753.

¹²¹ "...kendisine yöneltilen isnada karşı susma hakkı bulunan ve ifadesini verirken de doğruyu söylemek zorunluluğu bulunmayan şüphelinin ifadesinin, suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil olarak kabul edilmesi mümkün değildir."(10. CD., E. 2006/13261, K. 2007/5170).

¹²² Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 141; Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 114, 115; Selman Dursun, **Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2010, s. 383, 384; Ufuk Toprak, "Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiye Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış", **TAAD**, C. 1, Y. 2, S. 7, 20 Ekim 2011, s. 264.

¹²³ Taner, **a.g.e.**, s. 125.

¹²⁴ Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 116.

olup da CMK'nın 50/1-c bendi uyarınca yeminsiz dinlenen kimselerin ise yemin bu suçun unsuru olmadığından, yalan tanıklık suçunun faili olabilmesi gereklidir¹²⁵.

Kanımızca, tercihini susma yerine konuşma yönünde kullanan şüpheli ya da sanığın doğruyu söyleme yükümlülüğü ya da yalan söyleme hakkının bulunup bulunmadığı konusunda değerlendirme yaparken asıl kuraldan sapmamak gerekir. Ceza muhakemesinin amacı insan haklarına riayet edilerek maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu kapsamda susma hakkı kabul edilmiştir. Ama bu hak şüpheli ya da sanığa yalan söyleme hakkını bahşedecek şekilde geniş yorumlanmamalıdır. Nitekim TCK m. 267'de iftira suçuna yer verilmiştir ki bu suç olmasa bile kişilere yalan söyleme hakkı tanındığı söylenemez. Bu nedenle şüpheli veya sanığın bu tutumu hükmün verilmesinde değerlendirilebilmelidir. Susma hakkının yalan söyleme hakkını da sağladığının kabulü halinde tanıklıktan çekinme hakkı bulunmasına rağmen tanıklık yapmayı tercih eden kişiye de yakınlarının lehine yalan söyleme imkânının tanınması gerekecektir.

Susmanın Türk hukukunda nasıl yorumlanabileceğine ilişkin olarak da ceza muhakemesinde asıl olarak vicdani delil sistemi kabul edildiği, Anayasa'da ve susma hakkına yer veren ceza muhakemesine ilişkin mevzuatımızda susmanın aleyhe yorumlanabileceğine dair herhangi bir hususa değinilmediğinden¹²⁶, Türk

¹²⁵ Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, Erol Güngör Yüksel, **Deliler, Çapraz Sorgu ve İspat**, Ankara, Yayın Matbaacılık, 2008, s. 152.

¹²⁶ "CYY. 147. maddesi uyarınca susma hakkı bulunan sanık M..... K..... hakkında, "savunmasının inkara yönelik bulunduğu." biçimde yasal olmayan gerekçeyle takdiri indirim nedeninin uygulanmaması...yasaya aykırı..."dır (4. CD., E. 2007/12652, K. 2009/11467); "CYY'nın 147.maddesine göre susma hakkı bulunan sanığın savunmasının yadsımaya yönelik bulunduğu biçimindeki yasal olmayan gerekçeyle 765 sayılı TCY.nın 59.maddesinin uygulanmayacağına karar verilmesi...yasaya aykırı..." dır (4. CD. E. 2006/10273, K. 2007/1425); "CYY.nın 135.maddesi (CMK m. 147) uyarınca sanığın susma hakkı bulunduğu gözetilmeden, "olayın aydınlanması konusunda mahkemeye yardımcı olmadığı" gibi yasaya aykırı gerekçeyle TCY.nın 59.maddesinin (TCK m. 62) uygulanması isteğinin reddedilmesi...hükmün bozulmasına..." (4. CD. 12.05.2004, 19103/6143); "... CYY.nın 135.maddesi (CMK m. 147) uyarınca susma hakkı bulunan sanığın suçunu yadsıması (inkarı) gerekçe gösterilerek TCY.nın 59.maddenin (TCK m. 62) uygulanmaması yasaya aykırı..." (4. CD. 10.04.2002, 3896/6158; 4. CD. 07.05.2002, 6194/8056; 4. CD. 19.10.1998, 8242/9182; 4. CD. 11.11.1996, 7406/8372); "... T.C.Yargılama Yasasının 135. maddesine (CMK m. 147) göre susma hakkı bulunan sanığın "... olayı aydınlatmaya yönelik savunması bulunmadığı..." gerekçesiyle hakkında T. Ceza Yasasının 59. maddesinin (TCK m. 62) uygulanmayacağına karar verilmesi yasaya aykırı...görüldüğünden"(4. Cd. 03.12.2001, 14438/15681); "... CYY.nın 135. maddesine (CMK m. 147) göre susma hakkı bulunan sanığın, olayı aydınlatacak ölçüde bir ikrarı bulunmadığı biçimdeki

doktrininde bu hakkın mutlak ve sınırsız olduğu da ileri sürülmektedir¹²⁷. İfade alma ile sorgunun ispat ve savunma vasıtası olduğu¹²⁸ dikkate alındığında da susmanın bir hak olarak tanınması gerektiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Fakat susma hakkı bulunmasına karşın susan sanığın hiçbir şekilde mahkûm edilemeyeceği sonucuna da ulaşılmamalıdır. Zira mahkûmiyet için yeterli delil varsa, sanık susma hakkını kullansa dahi hâkim vicdani kanaatine göre hüküm verecektir. Sanık susma hakkını kullanarak, savunmasını bu yönde yapmayı tercih etmiştir. Eğer sanık sadece kendisine yöneltilen sorulara cevap vermeyi reddettiği için mahkûm edilirse, yani onun suçluluğunu destekleyecek herhangi bir delil yoksa susma hakkı ihlal edildiği gibi suçsuzluk karinesine de aykırılık oluşacak, yargılama gayri adil hâle gelecektir.

Amerikan hukukunda susma hakkından feragat edilmediği takdirde bağışıklık tanınarak konuşma sağlanabilirse de¹²⁹, Türk hukukunda şüpheli ve sanığa susma hakkına dayanarak pasif bir tutum sergileme; tanığa ise tanıklıktan ya da yeminden çekinme hakkı tanınmıştır. Bu imkânları kullanmayıp, konuşan ya da başka bir şekilde delil ileri süren kişiye, bu delillerin kendisi aleyhine kullanılmayacağına dair herhangi bir güvence verilemez. Bağışıklık tanımaya mahkemelerin ya da savcılarının yetkisi yoktur. Bu nedenle Türk hukukunda Amerikan hukukuna nazaran susma hakkının daha güçlü olduğu sonucuna varılabilir. Zira Amerikan hukukunda daha önce de belirttiğimiz üzere kişiye susma hakkı ile aynı kapsamda korunma sağlayan

yasal olmayan gerekçeyle, TCY.nın 59. maddesinin (TCK m. 62) uygulanmamasına karar verilmesi yasaya aykırı...görüldüğünden” (4. CD. 19.03. 1998, 1609/2562).; “...CYY.nın 135. maddesine (CMK m. 147) göre susma hakkı bulunan sanıklar hakkında "suçlarını açıkça ikrar etmedikleri" biçimindeki gerekçeyle T.C. Yasasının 59. maddesinin uygulanmaması yasaya aykırı...görüldüğünden” (4. CD. 21.04.1998, 3126/3840).

¹²⁷ Evik, **a.g.e.**, s. 48.

¹²⁸ Cihan, **a.g.e.**, s. 147.

¹²⁹ Amerika Temsilciler Meclisi'nin kullanımı için hazırlanan Kanununun 18. Başlığın Beşinci Bölümünün para.6002 genel bağışıklık başlıklı maddesine göre;

Tanık her ne zaman kendini suçlamama bağışıklığı temelinde tanıklık etme ya da bilgi üretmeyi;

a) Mahkeme veya Birleşik Devletler Büyük Jürisi,

b) Birleşik Devletler Birimi,

c) Kongre Meclisleri, iki Meclisin birleşik komitesi, veya bir meclisin komitesi ya da altkomitesi, önündeki veya bağımlı bir prosedürde reddedirse ve prosedüre başkanlık eden kişi bu başlık altındaki konulu bir emir iletirse, tanık kendini suçlamadan bağışıklığı ileri sürerek bu emre uymayı reddedemez; fakat bu emirle elde edilen tanıklık ya da bilgi (veya bu tanıklık veya diğer bilgiden doğrudan ya da dolaylı elde edilen bilgi) yalan yemin, yanlış ifade verme veya emre uygun düşmeyen hususlardaki kovuşturmalar dışında hiçbir ceza davasında aleyhine kullanılamaz.

bir bağışıklık tanındığı takdirde susma hakkı kullanılamaz, bağışıklık tanınan kişi konuşmak zorunda kalır.

II. KAPSAMI VE SINIRLARI

A. Susma Hakkının Kapsamı

Susma hakkının çeşitli şekillerde kullanımı gündeme gelebilir. Bu nedenle susmanın kapsamı yani susma çeşitlerine ve bunlara bağlanan sonuçlara değinmek gerekir.

1. Tam Susma

Şüpheli ya da sanığın tamamen susması ya da sadece suçu işlemediğini söylemesi durumunda tam susma söz konusu olur. Susma hakkını kabul edenler arasında tam susma durumunun aleyhe değerlendirilemeyeceğine yönelik görüş birliği bulunmaktadır¹³⁰.

2. Kısmi Susma

Şüpheli ya da sanık ifade verme veya sorgu sırasında tamamen susmamakta, fakat bazı bilgileri vermektten kaçınmakta ise kısmi susma söz konusudur. Anglo-Sakson hukukunda kısmi susma ve geçici susma durumlarını kapsayacak şekilde “**seçici başvurma**” ibaresi kullanılmaktadır¹³¹.

Şüpheli ya da sanığın susma hakkının varlığına ilişkin herhangi bir sorun olmamakla birlikte, kısmi susma hakkının olup olmadığı ve bu durumun onun aleyhine değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Bu konudaki bir görüşe

¹³⁰ Schroeder, Yenisey, Peukert, **a.g.e.**, s. 226.; Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 110; Keskin, **a.g.e.**, s. 181; Redmayne, *English Warnings*, s.1058.

¹³¹ Stephen Rushin, “Rethinking Miranda: The Post-Arrest Right to Silence”, **California Law Review**, Vol. 99, 2011, s. 163.

göre, sanık kısmi susma hakkına da sahiptir¹³². Zira kısmi susma hakkı tanınmadığı takdirde şüpheli ve sanık iki seçenek arasında tercih yapmak zorunda kalacaktır; ya tamamen susacak ki, bu takdirde suçun ortaya çıkarılması zorlaşacaktır ya da tamamen konuşmayı tercih edecek ve cevap vermek istemediği sorular hakkında yalan söyleyecektir. Yalan söyleme durumunda yine maddi gerçeğe ulaşılması zorlaşacağı gibi, yalan söylediğinin mahkeme tarafından keşfedilmesi durumunda sanığın beyanlarının güvenilirliği de sarsılacaktır. Birleşik Devletler v. Canterbury¹³³ ve Birleşik Devletler v. Harrold¹³⁴ davalarında şüphelinin belirli soruları yanıtlamayı reddetmesi yani kısmi susmasının onun suçluluğuna delalet olarak yorumlanamayacağını belirtilmiştir. Yine Birleşik Devletler v. Lorenzo davasında bir şüphelinin sadece belirli sorulara yanıt vermeyi seçebileceğini, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası 5. Ek'te bulunan susma hakkı da dâhil tüm haklardan seçici olarak vazgeçmesinin mümkün olduğu vurgulanmıştır¹³⁵.

Diğer bir görüşe göre ise kısmi susma durumunda kişi konuşmaya zorlanamasa da, sadece belirli sorulara cevap vermesi durumu, mahkeme tarafından değerlendirilebilecektir¹³⁶. Woon v. Queen ve Petty v. Maiden davalarında¹³⁷ Amerikan Yüksek Mahkemesi belirli sorulara cevap vermenin yani cevap verilecek soruları seçmenin bazı durumlarda suçluluk bilincini göstereceği sonucuna varılır. Birleşik Devletler v. St. Pierre davasında¹³⁸ Yargıtay İkinci Dairesi gerçeğe ulaşmada özel bir menfaat olduğunu, kısmi beyanda bulunmanın gerçeğin doğru tespitini tehlikeye düşürdüğü takdirde susma hakkının mümkün olmayacağını

¹³² Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 140; Taşdemir, Özkelepir, **a.g.e.**, s. 579; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 218; Rushin, **a.g.e.**, s. 170, 171; Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 113; Hakan Karakehya, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, (Doktora Tezi), Eskişehir, 2007, s. 143.

¹³³ Birleşik Devletler v. Canterbury, 985 F.2d 483, 486 (10th Cir. 1993) (Birleşik Devletler v. Harrold, 796 F.2d 1275, 1279 n.3 (10th Cir. 1986)) Rushin, **a.g.e.**, s. 166

¹³⁴ Harrold, 796 F.2d at 1279 n.3 (citing Hockenbury v. Sowders, 718 F. 2d 155, 159 (6th Cir. 1983)). Rushin, **a.g.e.**, s. 166.

¹³⁵ Birleşik Devletler v. Lorenzo, 570 F.2d 294, 297-98 (9th Cir. 1978) (Egger v. Birleşik Devletler, 509 F.2d 745, 747 (9th Cir. 1975)). Rushin, **a.g.e.**, s. 166.

¹³⁶ Schroeder, Yenisey, Peukert, **a.g.e.**, s. 226; BGH. 5.11.1980, StrV.1981/56: Sanık, isnada ilişkin belli noktalarda susma hakkını kullanmayıp karşı tarafa beyanlarda bulunmuşsa, diğer noktalara ilişkin olarak susmasından onun aleyhine sonuçlar çıkarılabilir, Keskin, **a.g.e.**, s. 180.

¹³⁷ Petty v The Queen; Maiden v The Queen (1991) 173 CLR 95, 114–15.

¹³⁸ 132 F. 2d 837 (2d Cir. 1942), cert. Dismissed as moot, 319 U.S. 41(1943).

belirtir. Seçici başvurma durumunda Alman hukukuna göre de şüpheli ya da sanık aleyhine sonuç çıkarılabilir¹³⁹.

Uluslararası Ceza Divanı da tanıklıktan çekinme hakkı bulunmasına rağmen, kısmi susmanın tercih edilmesi durumunu dikkate alarak değerlendirme yapabilmektedir¹⁴⁰.

3. Geçici Susma

Anglo-Sakson hukukunda seçici başvurma başlığı altında değerlendirilen diğer bir durum da şüpheli ya da sanığın muhakemenin belirli bir aşamasında konuşmayı, diğer bir aşamasında susmayı tercih etmesi şeklinde gerçekleşen geçici susmadır¹⁴¹. Şüpheli ya da sanığın ilk olarak susma hakkını kullanması ve delillerin durumunu değerlendirdikten sonra konuşması mümkün olabileceği gibi; daha önceden konuşan şüpheli ya da sanık belirli bir aşamadan sonra susma hakkını harekete geçirmek isteyebilir. Bu tür bir durumda kişi konuşmaya zorlanamayacak, ifade alma veya sorgu duracak ve yapılmış sayılacaktır. Tartışmalı olan durum ise şüpheli ya da sanığın önceki aşamadaki susmasının veya konuşmasının aleyhine değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

İlk olarak tespiti gereken husus, sonradan susma hakkının kullanıldığının nasıl anlaşılacağıdır. Önce konuşan ve susma hakkını sonradan kullanmak isteyen şüphelinin, bu hakkını harekete geçirdiğini açık ve net olarak ispatlamak zorunda olması gerektiği belirtilmektedir¹⁴². Berghuis v. Thompkins davasında¹⁴³ mahkeme, nezaretteki sorguda susma hakkının tekrar harekete geçirilebilmesi için bu harekete geçirmenin açık ve net bir şekilde olmasını aramaktadır. People v. Hampton

¹³⁹ Kelly Neumann, “A Comparative Study Of The Rule Against Self-Incrimination in Common and Civil Law Countries,

(Çevrimiçi) <http://www.nesl.edu/userfiles/file/wcmemos/2003/kneumann.pdf>, 22 Şubat 2010

¹⁴⁰ Feridun Yenisey, “Roma Statüsüne Göre Soruşturma Evresi ve Deliller”, **Uluslararası Ceza Divanı**, İstanbul, Arıkan, 2007, s. 274.

¹⁴¹ Rushin, **a.g.e.**, s. 163.

¹⁴² Rushin, **a.g.e.**, s. 174.

¹⁴³ Berghuis v. Thompkins, 130 S. Ct. 2250, 2260 (2010).

davasında¹⁴⁴ da suçlayıcı beyanı basit bir şekilde reddin susma hakkının ileri sürülmesi anlamına gelmeyeceği sonucuna varılmıştır. Bradley v. Meachum davasında¹⁴⁵ ise mahkemeye göre sanığın nezaretteki sorgusu sırasında susma hakkını kullanabilmesi için bu konuda açıklama yapma yerine bununla ilgili bazı emareleri göstermesi yeterlidir.

Geçici susmanın kabul edilebilirliği bakımından iki görüş bulunmaktadır;

Birinci görüşe göre susma hakkının kullanılması hususunda herhangi bir zaman sınırlaması bulunmamaktadır. Bu nedenle bu hak soruşturma veya kovuşturma evrelerinde; ifade alma veya sorgu öncesinde ya da sırasında kullanılabilir¹⁴⁶. Şüpheli konuşmaya ilişkin rızasını her zaman geri çekebilir¹⁴⁷. Örneğin, Birleşik Devletler v. Caruto davasında¹⁴⁸ Caruto sorgusundan önce susma hakkı da dâhil olmak üzere Miranda haklarından (sanık haklarından) yazılı olarak feragat eder. Daha sonra Caruto'dan Gümrük ve Sınır Koruma memurları tarafından suç işlendiği anda başka yerde bulunması hususunda bilgi istenir. Dakikalar sonra Caruto avukata danışma hakkını harekete geçirir ve sorgu durur. Caruto, Miranda haklarını tekrar harekete geçirmeden önce suç işlendiği anda başka yerde bulunma iddiasıyla ilgili memurlara anlattığından daha farklı ve daha ayrıntılı bilgi verir. 9. Daire, sanığın bu tutumundan suçlu olduğuna dair sonuç çıkarmanın mahkeme içtihatlarındaki prensipleri ihlal ettiğine karar vermiştir. 1., 4., 9. ve 10. Daireler de geçici ve kısmi susma anlamında kullanılan seçici olarak susma hakkına başvurulabileceğini belirtmişlerdir¹⁴⁹. Miranda uyarılarına göre şüphelinin açıklamaları özgür iradesine dayanması gerektiğinden, susma hakkına seçici

¹⁴⁴ People v. Hampton, 361 N.W.2d 3, 4 (Mich. Ct. App. 1984).

¹⁴⁵ Bradley v. Meachum, 918 F. 2d 338, 342-43 (2d Cir. 1990).

¹⁴⁶ Taşdemir, Özkelepir, **a.g.e.**, s. 579; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 218.

¹⁴⁷ Skinnider, Gordon, **a.g.e.**, s. 22. Alman Hukukunda da aksine bir hüküm olmadığından önce susma hakkını kullanan, duruşma aşamasında konuşmayı tercih eden sanığın bu durumunun aleyhine yorumlanamayacağı ileri sürülmektedir, Michael Bohlander, "Basic Concepts of German Criminal Procedure – An Introduction", (Çevrimiçi) <http://www.durhamlawreview.co.uk/.../Bohlander>, 25 Şubat 2012.

¹⁴⁸ Birleşik Devletler v. Caruto, 532 F. 3d 822, 824 (9th Cir. 2008).

¹⁴⁹ Rushin, **a.g.e.**, s. 164, 165.

başvurmanın anayasal garantilerle örtüştüğü ileri sürülmektedir¹⁵⁰. Bu şekilde, Miranda haklarından açıkça feragat etmeyen şüpheliler ile ilgili sorun da giderilmiş olacaktır. Özellikle kişinin suçluluğuna delalet sayılmadan susma hakkına tekrar başvurulabilmesine izin vermeyen hukuk sistemlerinde, şüphelinin yargılama sırasındaki ek sorulara cevap vermeyi reddetmesi kabul edilebilecektir¹⁵¹. Sanık ifadesi alınmadan önce kendiliğinden suçunu ikrar etmişse, bu ikrar hâkimin vicdani kanaatini oluştururken kullanılabilirse de; sonradan susma hakkını harekete geçirdiği takdirde, bu açıklamalar hüküm verilirken kullanılamaz¹⁵². Lofton v. Wainwrigth davasında¹⁵³ mahkeme, duruşmada cevap veren ve sorgu sırasındaki açıklamalarını yalanlayan şüphelinin susma hakkını ileri sürmesi ve bu şekilde sorgusunu sona erdirmesinin kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

Diğer görüşe göre, geçici susma hali mahkeme tarafından değerlendirilebilecektir¹⁵⁴. Birleşik Devletler v. Burns davasında¹⁵⁵ şüphelinin sorgudan önce susma hakkından feragat etmesi, sorgu sırasında belirli sorulara cevap vermeyi reddetmesi ve en sonunda ise susma hakkını yeniden harekete geçirmesi söz konusu olmuştur. Mahkeme, feragatten sonra şüpheli tarafından harekete geçirilen susma hakkının yargılamada delil olarak kullanılabileceğini belirtmiştir. 1.¹⁵⁶ ve 7. Dairelerin¹⁵⁷ yanı sıra California,¹⁵⁸ Florida,¹⁵⁹ Missouri,¹⁶⁰ Michigan¹⁶¹ and Wisconsin¹⁶² eyaletleri de susma hakkının geçici olarak kullanılamayacağını

¹⁵⁰ Rushin, **a.g.e.**, s. 172.

¹⁵¹ Rushin, **a.g.e.**, s. 173.

¹⁵² Schroeder, Yenisey, Peukert, **a.g.e.**, s. 226.

¹⁵³ Lofton v. Wainwright, 620 F.2d 74, 78-79 (5th Cir. 1980).

¹⁵⁴ Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 140.

¹⁵⁵ Birleşik Devletler v. Burns, 276 F. 3d 439, 442 (8th Cir. 2002).

¹⁵⁶ Birleşik Devletler v. Goldman, 563 F. 2d 501, 504 (1st Cir. 1977).

¹⁵⁷ Rowan v. Owens, 752 F. 2d 1186 (7th Cir. 1984).

¹⁵⁸ People v. Hurd, 73 Cal. Rptr. 2d 203, 209 (Ct. App. 1998) (sanık susma hakkını seçimlik olarak kullanma hakkına sahip değildir e eragat takip eden herhangi bir susma suçlama amaçlı kullanılabilir).

¹⁵⁹ Thomas v. State, 726 So. 2d 357, 358 (Fla. Dist. Ct. App. 1999) (sanığın polis tarafından ifadesi alması sırasında kendisine sorulan soruları cevap vermemesi, onun susma hakkını kullandığı şeklinde yorumlanabilir).

¹⁶⁰ State v. Smart, 756 S.W. 2d 578, 581 (Mo. Ct. App. 1988) (şüpheli sorgu sırasında susma hakkından feragat etse de, susma hakkının duruşmada tekrar harekete geçirilmesi mümkün olur).

¹⁶¹ People v. McReavy, 462 N.W. 2d 1, 3-4 (Mich. 1990) (susma hakkından feragat edildikten sonra belirli bir soruya sessiz kalma, susma hakkının harekete geçirildiği anlamına gelmez)

¹⁶² State v. Wright, 537 N.W.2d 134, 137-38 (Wis. Ct. App. 1995) (şüpheli açık ve olumlu bir belirti olmaksızın susma hakkını seçici olarak harekete geçiremez).

belirtmektedir. Devlet v. Taitón davasında¹⁶³ Eyalet Yüksek Mahkemesi, susma hakkından baştan feragat eden şüphelinin, sorgunun belirli bir aşamasında susma hakkını ileri sürmesinin kabul edilmeyeceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre susma hakkı bütün olup; yakalama sonrası yapılan sorguda şüpheli ya susma hakkından feragat edip tüm soruları yanıtlamalı ya da tamamıyla susma hakkını kullanmalıdır. Belirli bir soru için susma hakkını kullanması söz konusu olamaz.

Geçici susma konusunda çeşitli sorunlarla karşılaşılabilir. Bazı durumlarda gerçeğe ulaşılması adına kişinin geçici açıklama yapması yerine hiç açıklama yapmaması daha doğru olabilir¹⁶⁴ ya da kişinin tek bir husus hakkında açıklama yapması, sonucu etkileyecek şekilde olayları çarpıtabilir. Bu tür durumlarda kişi ya ilk soruya cevap vermeden önce susma hakkını harekete geçirmeli ya da susma hakkından tamamen feragat etmelidir¹⁶⁵. Bu nedenle susma hakkından gönüllü feragat eden kişi, ilk açıklamasının kendisinden daha fazla açıklama yapmasını gerektireceğini bilmelidir ve bu konuda açık olarak uyarılmalıdır¹⁶⁶. Rogers v. Birleşik Devletler davasında¹⁶⁷ Yüksek Mahkeme, bir tanığın susma hakkını ileri sürmeksizin gönüllü olarak kendisini suçlayıcı olan hususları açıklarsa, sonradan bu beyanlarının detayı ile ilgili sorulara maruz kalacağını belirtmiştir.

Birleşik Krallık'ta 1994 tarihli Ceza Adaleti ve Kamu Düzeni Kanunu'nun 3. Bölümü'nde yer alan m. 34'e göre iki durumda geçici susmadan sanık aleyhine yorum yapılabilir;

1. Bir suç işlediği iddia edilen sanık, suçlanmadan önce polis tarafından susma hakkına ilişkin aydınlatmanın ardından suçun işlenip işlenmediği veya kim tarafından işlendiğine yönelik yapılan araştırma sırasında belirtmediği hususlara daha sonra savunmasında yer verirse bu durum onun aleyhine yorumlanabilecektir.

¹⁶³ State v. Taitón, 497 A.2d 35,44 (Conn. 1985).

¹⁶⁴ Testimonial Waiver of the Privilege Against Self-Incrimination (Yazarı Belirtilmemiş), **Harvard Law Review**, Vol. 92, 1979, s. 1767.

¹⁶⁵ Testimonial Waiver of the Privilege against self-incrimination, s. 1768.

¹⁶⁶ Testimonial Waiver of the Privilege against self-incrimination, s. 1766.

¹⁶⁷ 340 U.S. 367, 373 (1951).

2. Kişi bir suçla itham edildiğinde ya da kovuşturulabileceğine dair resmi olarak uyarıldığında açıklama yapması ondan makul olarak beklenebilmesine rağmen bunu yapmamışsa, bu durumdan uygun çıkarımlar yapılabilir. Dolayısıyla önceki aşamada susma hakkını kullanan kişinin sonradan konuşması aleyhe yorumlanabilir.

Türk hukukunda geçici susma sanık ve tanık bakımından gündeme gelebilir ve sanığın geçici susması konusunda “*Sanığın önceki ifadesinin okunması*” başlıklı CMK m. 213’ten yararlanılabilir; “*Aralarında çelişki bulunması halinde; sanığın, hâkim veya mahkeme huzurunda yaptığı açıklamalar ile Cumhuriyet savcısı tarafından alınan veya müdafinin hazır bulunduğu kolluk ifadesine ilişkin tutanaklar duruşmada okunabilir.*” Bu düzenlemeye göre, önceki aşamada açıklama yapan sanık açısından 3 ihtimal söz konusu olabilir;

1. Daha önceki bir aşamada suçunu ikrar eden sanık, hâkim veya mahkeme önünde de ikrarda bulunabilir. Bu takdirde önceki aşamada ikrar teşkil eden beyanları, hâkim veya mahkeme önünde yapılan ikrarı desteklemek amacıyla duruşmada okunur.

2. Daha önceki bir aşamada suçunu ikrar eden sanık, duruşmada susma hakkını kullanabilir. Sanığın bu aşamada susması daha önceki ifadelerini ortadan kaldırmayacağından duruşmada bu önceki ifadelerin tekrarlanacağı belirtilmektedir.

3. Daha önceki bir aşamada suçunu ikrar eden sanık, duruşmada suç işlediğini inkâr edebilir. Bu takdirde sanığın bu şekildeki çelişkili tutumunun önceki ifadesinin okunmasını gerektireceği ileri sürülmektedir¹⁶⁸. Bu nedenle CMK m. 213’ün susma hakkını ihlal ettiği gibi bununla bağlantılı olarak savunma hakkını da ihlal ettiği belirtilmektedir. Zira susma da bir çeşit savunmadır¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Cumhuriyet Şahin, “Duruşmada Sanığın Önceki İfadelerinin Okunması –CMUK m. 213 Üzerine Bir İnceleme”, (Çevrimiçi) http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/2_18.pdf, 23 Şubat 2012.

¹⁶⁹ Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrulanlığı İlkesi)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001, s. 234.

Aslında yukarıda değindiğimiz ikinci ve üçüncü ihtimalde tartışmalı olan husus sanığın belirli bir aşamadan sonra susma hakkını harekete geçirmesi halinde daha önceki ifadelerinin ne şekilde değerlendirileceğidir. Bir görüşe göre muhakemenin daha önceki aşamalarda konuşan ve duruşmada susma hakkını kullanan sanığın bu açıklamalarını dinleyen ya da ifadeyi alan kişilerin dinlenilmeleri düşünülebilir; esasa ilişkin açıklamalar hâkim tarafından alınmışsa, okunabilir¹⁷⁰.

Tanığın ise belirli bir aşamadan sonra susma hakkını kullanılması durumunda ne şekilde hareket edileceğine ilişkin olarak CMK m. 45/3'e göre *"Tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere, dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir. Bu kimseler, dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilirler."* m. 48'e göre de *"Tanık, kendisini veya 45 inci maddenin birinci fıkrasında gösterilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir. Tanığa cevap vermekten çekinebileceği önceden bildirilir."* CMK m. 210/2'ye göre *"Tanıklıktan çekinebilecek olan kişi, duruşmada tanıklıktan çekindiğinde, önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz."* Bu maddelerden de anlaşılacağı üzere tanık bakımından susma hakkını duruşma sırasında harekete geçirmede herhangi bir sınır olmadığı gibi, bu hakkın sonradan kullanılması durumunda, önceki yapılan açıklamalara ilişkin tutanaklar okunamayacaktır. CMK m. 217 *"Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir. Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir."* Bu nedenle susma hakkının daha sonra kullanılması halinde önceki açıklamalar hükme esas alınamayacaktır¹⁷¹. Bu takdirde tanığın ifadesini almış olan

¹⁷⁰ Keskin, **a.g.e.**, s. 180, 181.

¹⁷¹ "Olayda, yasal olarak tanıklıktan çekinme hakkı olan sanığın kızı tanık Ayşe, soruşturma evresinde çekinme hakkını kullanmadığı için, tanık olarak dinlenmiştir. Kovuşturma evresinde ise, duruşmada tanıklıktan çekindiğinden tanık olarak dinlenmemiş ve önceki ifadesi de okunmamıştır. Duruşmada tanıklıktan çekindiği için, önceki ifadesine ilişkin tutanak 5271 sayılı CYY'nin 210/2. maddesinin emredici kuralı uyarınca okunamadığı ve böylece bu tanığın önceki ifadesi kanıt (delil) olarak duruşmaya getirilip mahkeme/yargıç önünde tartışılmadığı halde, tanık Ayşe'nin ifadesine dayanılarak sanığın hükümlülüğüne karar verilmesi suretiyle 5271 sayılı CYY'nin 217/1. maddesine aykırı davranılması bozmayı gerektirmiştir." (2.CD. 29.04.2009, 22254/20945); "Sanığın oğlu olan ve kovuşturma aşamasında tanıklıktan çekinen tanık Kemal'in soruşturma aşamasında alınan beyanının duruşmada okunamayacağı ve hükme esas alınamayacağına gözetilmemesi suretiyle 5271 sayılı

görevlinin tanık olarak dinlenip dinlenemeyeceği sorunu gündeme gelir. Burada CMK m. 210/2'nin amacına bakmak gerekir. Kanımızca da bu maddenin sadece okunma değil, değerlendirme yasağı olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde tanıklıktan çekinme iradesini açıklamasına rağmen, önceki ifadesinin değerlendirilmesi tanıklıktan çekinme hakkının içeriğini boşaltmış olacaktır¹⁷². Fakat tanık duruşmada dinlendikten sonra tanıklıktan çekinme hakkını kullanmışsa, CMK m. 210/2'de yer alan düzenlemenin uygulama alanı bulmayacağı, verilen ifadeyi içeren tutanağın okunmasının mümkün olacağı belirtilmektedir¹⁷³. Aslında bu durumda kişi zaten yargılama yapan makamın karşısında açıklama yapmıştır ve hâkimin bu açıklamalardan etkilenmesi muhtemeldir. Özellikle sıkı ispat kurallarının aranmadığı vicdani delil sistemini kabul eden yargılamalarda, hâkimin bu açıklamalara dayanması yasak olsa bile, bu açıklamalar onun vicdani kanaatine etki ederek hükümde dolaylı bir etkiye sahip olacaktır.

B. Susma Hakkının Sınırları

Ceza muhakemesinde suçun ispatı hususunda her türlü delilden yararlanılabilir. Beyan delilinin susma hakkı karşısındaki konumu yani şüpheli, sanık ya da tanığın cevap vermeyi reddedip reddedemeyeceği; susma yönündeki tercihin o kişi aleyhine yorumlanıp yorumlanamayacağı ve hangi koşullarda bunun mümkün olduğu hususu diğer delil çeşitlerine göre daha nettir. Susma hakkının sınırları kapsamında tartışılması gereken konulardan biri delil elde etme amaçlı olarak şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınıp alınamayacağı hususudur.

Bazen bir suçun işlenip işlenmediği ya da suç işlenmişse bunun kim tarafından gerçekleştirildiği hususu bu suçu işlediğinden şüphelenilen kişinin vücut muayenesi sonucu çözülebilmektedir. Örneğin, bir kadının çocuk düşürme suçu iddiası ile yargılanabilmesi için bu kişinin daha önce hamile olduğu ve sonradan bu çocuğu düşürdüğünün belirlenmesi gerekmektedir. Yine, cinsel saldırı sonucu

CMK'nın 210/2. maddesine aykırı davranılması bozmayı gerektirmiştir.” (2. CD. 04.07.2011, 46389/15222).

¹⁷² Şahin, *Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi)*, s. 156, 157.

¹⁷³ Şahin, *Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi)*, s. 159.

mağdurda cinsel yolla bulaşan bir hastalığın varlığı üzerine bu hastalığın failde bulunup bulunmadığı ve ondan geçip geçmediğinin tespiti için failin vücudunda muayene yapmak gerekmektedir¹⁷⁴. Aynı şekilde, bir kişinin suç işlendikten sonra dış görünüşünün değişmesi halinde kimliğinin ve suçu işleyen kişi olup olmadığına karar verme amacıyla fotoğraflarla karşılaştırılmasının yapılması ya da bir senette bulunan yazı ya da imzanın sanığa ait olup olmadığının tespiti için imza ve yazı örneği o kişiden alınabilir.

Emarenin susma hakkı çerçevesinde konumuna geçmeden önce, onu diğer delillerden ayırmada kullanılan ölçütlere değinmek gerekir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi bu konuda önüne gelen birçok davada beyan delilini fiziksel delillerden (belge ve emareden) ayırmak için çeşitli kriterlere başvurmuştur. Yüksek Mahkeme'ye göre, bireyin düşünce veya bilgisini açıkça ya da üstü kapalı belirten (communicates) deliller; yani kişinin bilgisi ya da zihnini esas alan şey beyan delilidir¹⁷⁵. Mahkeme, kan¹⁷⁶, elyazısı¹⁷⁷, ses örneği¹⁷⁸, teşhis¹⁷⁹ gibi hususların tanıklık kapsamında olmadığını belirtir¹⁸⁰. Yine parmak izleri, fiziksel ölçüler veya kıyafet ve diğer kişisel eşyaların teşhisi de fiziksel delildir¹⁸¹. Örneğin, kişiye gömlek giydirilmesi durumunda delil değeri sanıktan değil, jürinin bu durumu analizi ve bundan etkilenmesinden ortaya çıkmaktadır. Kanda da kimyasal analiz söz konusudur. Ses kaydı ve zanlının teşhisi de fiziksel delil kapsamındadır¹⁸². Bir kişinin suç mahalinde bulunan ayak izlerinin, şüphelenilen kişinin ayak izleri ile örtüşüp örtüşmediğinin tespiti amacıyla, o kişinin o yere gelip ayakkabısını izin üstüne koymaya zorlanması tanıklık kapsamında değildir¹⁸³.

¹⁷⁴ Örnekler için bkz, Fred E. Inbau, "Self-Incrimination What Can An Accused be Compelled to do?", *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 89, No. 4, 1999, s. 1336, 1337.

¹⁷⁵ Ashby, *a.g.e.*, s. 790; Lushing, *a.g.e.*, s. 1701; Kanovitz, *a.g.e.*, s. 378; Doe v. United States, 487 U.S. 201, 208, 209 (1988).

¹⁷⁶ Schmerber v. California, 384 U.S. 757İ 760-765 (1966).

¹⁷⁷ Gilbert v. California, 388 U.S. 263, 265-267 (1967).

¹⁷⁸ United States v. Dionisio, 410 U.S. 1, 5-7 (1973).

¹⁷⁹ United States v. Wade, 388 U.S. 218, 221-23 (1967).

¹⁸⁰ Organizational Papers and The Privilege Against Self-Incrimination, s. 645.

¹⁸¹ Williams, *a.g.e.*, s. 25.

¹⁸² Ashby, *a.g.e.*, s. 787.

¹⁸³ State v. Barela , State v. Garaham bakınız Fred E. Inbau dipnot s. 1334.

Beyan ve bu anlama gelebilecek diğer ifadeler, örneğin onaylama anlamında başı sallama, tanıklık kapsamında değerlendirilir¹⁸⁴. Yine, şüpheli ya da sanık bir delilin içeriğine şekil verebiliyorsa, bu da aynı şekilde tanıklıktır. Örneğin, karakolda şüpheli tarafından yazılan el yazısı tanıklık kapsamında iken, önceki el yazıları fiziksel kanıttır¹⁸⁵.

Amerika Birleşik Devletleri'ndeki mahkeme kararlarına baktığımızda fiziksel delilleri elde etmeye yönelik gerçekleştirilen zorlamalar, susma hakkının etkin hale gelmesi için diğer koşulları taşıyor olsa da susma hakkını gündeme getiremezler. Bu tür delilleri elde etmeye yönelik kişi zorlanabilir ve kişi bu bunlara katlanmalıdır, bu durum Nemo Tenetur ilkesinin ihlali anlamına gelmez¹⁸⁶. Şüphelinin bir kanuna dayalı olarak kendi aleyhine tanıklık yapmaya zorlanmasıyla elde edilen itiraf kabul edilebilir¹⁸⁷. Örneğin, trafikte alkol testi yapmaya zorlamak kendini suçlamaya zorlanma yasağına aykırı değildir¹⁸⁸. Wisconsin'de görülen bir davada¹⁸⁹ polis ile birlikte doktora giden sanığın konuşmasının test edilip, bu surette akut alkolik olduğu ortaya çıkmış ve Nemo Tenetur İlkesinin ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır. Texas'ta görülen bir davada¹⁹⁰ ise ürenin analiz edilmesinde susma hakkına yönelik ihlal tespit edilir. Kişi gömlek giymeye zorlanabilir ise de gömlek bedenini söylemeye zorlanamaz¹⁹¹.

Amerikan hukukunda susma hakkına sahip olan kişinin beden muayenesi ya da ondan belgelerin temini kısacası fiziksel deliller susma hakkının değil, diğer maddelerin kapsamında değerlendirilirler. Örneğin arama, el koyma, beden

¹⁸⁴ Tarallo, **a.g.e.**, s. 148.

¹⁸⁵ Seidmann, Stein, **a.g.e.**, s. 14

¹⁸⁶ State v. Barela , State v. Garaham bakınız Fred E. Inbau dipnot s. 1334; Ashby, **a.g.e.**, s. 787.; Organizational Papers and The Privilege Against Self-Incrimination, s. 647, Schmerber v. California, 384 U.S. 757İ 760-765 (1966).; Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 59; Requiring a Criminal Defendant to Submit to a Government Psychiatric Examination: An Invasion of the Privilege Against Self-Incrimination, s. 653; Amar, Lettow, **a.g.e.**, s. 924; Wilson, **a.g.e.**, s. 8.

¹⁸⁷ Luis E. Chiesa, "Beyond Torture: The Nemo Tenetur Principle In Borderline Cases", (Çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=1401401>, 22 Şubat 2012.

¹⁸⁸ Chiesa, **a.g.e.**

¹⁸⁹ Green Lake County v. Domes, 247 Wis. 90, 18 N.W. 2d 348 (1945), 159 A.L.R. 204 (1945) Minnesota Law rew. 1950, s. 39; Holt v. United States, 218 U.S. 245, 252-53 (1910).

¹⁹⁰ Apodaca v. State, 140 Tex. Cr. 593, 146 S.W. 2 d 381 (1941).

¹⁹¹ Ashby, **a.g.e.**, s. 788.

muayenesinde ilgili maddedeki şartlar uygulanır. Aynı hususun günlükler için de geçerli olduğu ileri sürülmüştür. Bu durum susma hakkının yer aldığı Amerika Birleşik Devletleri Anayasası 5. Ek değil, 4. Ek kapsamında incelenmekte; makul gerekçeler olduğu takdirde şüphelinin delil elde etmek amaçlı bedensel muamelelere razı olmasına zorlanması sağlanmaktadır¹⁹².

AIHM ise Saunders v. Birleşik Krallık¹⁹³ davasında AIHS'ye taraf ülkelerin hukuk sistemlerinde genel olarak kabul edildiği üzere kendini suçlamaya zorlanma yasağının ceza muhakemesinde sanıktan, onun iradesinden bağımsız nitelik taşıyan kan, nefes, idrar örnekleri ve DNA testi için vücut dokusu elde edilmesini kapsamadığını belirtmiştir. Bu yasak temel olarak, suçlanan kişinin susma isteğine saygı ile ilgilenir. Kişinin iradesinden bağımsız nitelikte olan belgeler, nefes, kan, üre ve DNA testi için doku örnekleri sanıktan zorlayıcı metodlarla elde edilebilir¹⁹⁴. AIHM bu tür durumları özel yaşama saygı hakkının kapsamında AIHS m. 8 içerisinde değerlendirmektedir. Tino Ari-Pekka Lönnberg v. Finlandiya davasına¹⁹⁵ konu olan olayda sarhoş olarak araba sürdüğünden şüphelenilen başvuru polis tarafından durdurulur, alkol ve uyuşturucu testi yapılır. Alkol testi negatif, uyuşturucu testi pozitif çıkınca, başvurucuya laboratuvarında kan ve idrar testi yapılır. Yapılan testler neticesinde kan ve idrarında uyuşturucuya rastlanmaması üzerine kendisine herhangi bir yaptırım uygulanmaz. Burada başvurucudan kan ve idrar örneği alınması AIHS m. 8 kapsamında değerlendirilmiş, fakat ihlal tespit edilmemiştir.

Detlef-Harro Schmidt v. Almanya davasına¹⁹⁶ konu olan olayda bir evin yakılması suretiyle 5 kişi ölür ve ardından suçun failleri hakkında yargılama başlar. Bu yargılama esnasında mahkemeye bu suçu bir başkasının işlediğine dair isimsiz bir mektup gelir. Bu mektubu gönderenin kim olduğunu tespit etmek için araştırmalar başlar ve bu araştırmalar kapsamında mektup üzerindeki tükürük örnekleri ile

¹⁹² Kanovitz, **a.g.e.**, s. 374; Amar, Lettow, **a.g.e.**, s. 921.

¹⁹³ “Saunders v. Birleşik Krallık”, (Başvuru No. 19187/91), Karar Tarihi 17 Aralık 1996.

¹⁹⁴ “P.G. ve J.H. v. Birleşik Krallık”, (Başvuru No. 44787/98), Karar Tarihi 25 Eylül 2001, para.80.

¹⁹⁵ “Tino Ari-Pekka Lönnberg v. Finlandiya”, (Başvuru No. 1679/10), Karar Tarihi 5 Temmuz 2011.

¹⁹⁶ “Detlef-Harro Schmidt v. Almanya”, (Başvuru No. 32352/02), Karar Tarihi 5 Ocak 2006.

karşılaştırma yapabilmek için başvurucudan kan ve tükürük örnekleri alınır. Bu örnekler sayesinde mektubu başvurucunun gönderdiği tespit edilir, sahtecilik, iftira gibi suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûm edilir. AIHM kişinin fiziksel bütünlüğüne yönelik olan bu tür müdahalelerin özel hayat kapsamına girdiğini belirterek, AIHS m. 8 kapsamında değerlendirmiş fakat burada AIHS m. 8'in ihlal edilmediğini saptamıştır.

Kanada Mahkemesi R v. B davasında¹⁹⁷, bireyden DNA elde etme yetkisi içeren düzenlemeyi, DNA'nın bireye çok yakın olduğu ve bu düzenlemenin açıkça kendini suçlamaya neden olacağını belirterek anayasaya aykırı bulmuştur. Fakat DNA'nın zorla elde edilen diğer delillere nazaran daha güvenilir olduğu; devletin ve şüphelinin çelişmeli bir pozisyonda olup, DNA almaya yönelik yetki ile devletin bireye karşı üstün olan konumunu istismar etmesi engellendiği ve bu tür durumlarda gerçeğe ulaşmanın kendini suçlamaya zorlanma yasağına üstün tutulması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu dengelemenin yapılması ve DNA elde edilmesine yönelik yetkiye karşı güvenceler bakımından AIHS m. 8 ve 10 hatırlatılmıştır ve AIHM de bu yolu izlemektedir¹⁹⁸. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de kusturucu ilaç uygulamasının susma hakkını engellemeyeceğini, onu ilgilendirmediğini belirtmiştir¹⁹⁹.

Vücuttan örnek alma ve beden muayenesinin susma hakkı kapsamında korunma görmeyişi çeşitli gerekçelere dayandırılmaktadır. Bu tür durumlarda kişinin inanış, bilgi gibi mahrem alanlarının temsil edilmediği²⁰⁰, aksi takdirde ceza muhkemesinin çoğu kez kabul edilemez şekilde yavaşlayacağı²⁰¹; bu tür delillerin kendini suçlayıcı nitelikte olmadığı ve doku gibi fiziksel nünunelerin şüphelinin

¹⁹⁷ [2003] 2 SCR 678.

¹⁹⁸ John Jackson, "Re-Conceptualizing The Right Of Silence As An Effective Fair Trial Standard", **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 58, October 2009, s. 845.

¹⁹⁹ Hauer, "Book Review- Lutz Eidam, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts [The privilege against Self-incrimination in Criminal Proceedings at the Beginning of the 21st Century] (2007), s. 1046.

²⁰⁰ Requiring a Criminal Defendant to Submit to a Government Psychiatric Examination: An Invasion of the Privilege Against Self-Incrimination, s. 657.

²⁰¹ Karakehya, **a.g.e.**, s. 142.

desteğine gerek olmaksızın suç mahalinden ele geçirilmesinin mümkün olduğu²⁰² belirtilmektedir.

Türk hukukuna bakarsak, Anayasa m. 38/5'teki “*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*” ibaresi nedeniyle sanığın, saç teli ve tükürük gibi rahat elde edilebilecek örnekleri bile vermeye zorlanamaması gerektiği ileri sürülmektedir²⁰³. Zira bu madde suçlayan bir beyanda veya bu yolda delil göstermeye zorlanmayı yasaklamıştır. Fakat şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasına ilişkin CMK m. 75'e göre, gerekli şartlar gerçekleştiğinde şüpheli veya sanığın vücudundan delil elde edilmesi mümkündür. Üstelik 25832 sayılı Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 18'e göre mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli, sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır. Bu nedenle şüpheli veya sanığın kendini suçlamaya zorlanma yasağına dayanarak beden muayenesini ya da vücudundan örnek alınmasını reddetmesi mümkün değildir²⁰⁴. Burada dikkati çekebilecek bir husus, şüpheli veya sanık kendini suçlamaya zorlanma yasağı uyarınca muayeneden ve vücudundan örnek alınmasından kaçınmazken; CMK m. 76/4'e göre tanık tanıklıktan çekinme sebebine dayanarak muayeneyi ve vücudundan örnek alınmasını reddedebileceğidir.

²⁰² Kenworthy Bilz, “Self-Incrimination Doctrine is Dead; Long Live Self-Incrimination Doctrine: Confessions, Scientific Evidence, and the Anxieties of the Liberal State”, **Cardozo Law Review**, Vol. 30, 2008, s. 853.

²⁰³ Karakehya, **a.g.e.**, s. 142; Ersan Şen, **Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku- Ceza Özel Hukuku- Ceza Yargılaması Hukuku- Ceza İnfaz Hukuku**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1998, s. 438

²⁰⁴ Bu konudaki bir görüşe göre, sanığın kendi bedenine ilişkin muamelelere rızası yoksa bir müdafie müracaat imkânı tanınmalı, muameleyi durdurucu etkisi olan itiraz hakkı mümkün olmalı ve bir bilirkişinin mütalaası alınmalıdır. Fakat vahim olmayan tedbirlerin alınmasına sanık mani olamamalıdır, Erem, Susma Hakkı, s. 11. Diğer bir görüşe göre ise hâkim kararına rağmen kişi muayene yapmayı kabul etmiyorsa, o işlemin mutlaka yapılmasının gerekip gerekmediğini somut olaydaki koşullara göre gösteren ikinci bir hâkim kararı alınmalıdır. Yapılacak muayene ile kişiye ağır bir zarar verilmesi bu sayede önlenemez, Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 999.

Kanımızca Türk hukukundaki susma hakkına ilişkin anayasal düzenleme çeşitli sorunlar barındırmaktadır. AİHM'in de belirttiği üzere susma hakkı mutlak değildir ve bu nedenle bu hakka çeşitli istisnalar tanımak mümkündür. AİHS'de susma hakkını açıkça düzenleyen bir madde olmadığı; adil yargılanma hakkından hareket edilerek içtihat yoluyla bu hakkın gelişmesi nedeniyle, adil yargılanma ilkesi ihlal edilmeği takdirde bu hakkın çeşitli şekillerde sınırlandırılması mümkündür. Bu nedenle AİHM vücuttan kan, doku vb. örneklerin alınmasının Nemo Tenetur ilkesini yani susma hakkını ihlal etmediğini belirtmektedir. Amerika Birleşik Devletleri Anayasasında kişinin kendi aleyhine tanıklık yapmaya zorlanamayacağı ifade edildiği ve susma hakkının tanıklık ile sınırlandırıldığı için, Nemo Tenetur ilkesi vücuttan nümune alınmasını engellemektedir. Almanya'nın Anayasasında da susma hakkına ilişkin açık bir düzenleme olmadığından, susma hakkının vücuttan alınan nünuneleri içermemesi herhangi bir sorun teşkil etmez. Fakat Türk hukukunda ise susma hakkına ilişkin anayasal düzenleme, bu hakkın sınırlandırılmasını güçleştirmektedir. Zira Anayasa m. 38/5'e göre "*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*" Görüldüğü üzere suçlayıcı nitelikteki her şey susma hakkı kapsamında değerlendirilecektir. Bu nedenle susma hakkının beyan delili ile sınırlandırılmasına yorum yoluyla ulaşmak mümkün değildir. Bu konuda bir sınırlamanın meşru olabilmesi için temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının yer aldığı Anayasa m. 13'teki koşullar sağlanmalıdır; "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*" Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına yönelik kanuni düzenlemeleri Anayasa'da belirtilen susma hakkına ilişkin bir sınırlama olarak kabul etmek mümkün değildir. Zira Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli olabilecek sınırlama nedenleri sadece Anayasa m. 14'te²⁰⁵ ve Anayasanın Başlangıç Kısmındaki ifadelerde²⁰⁶ yer almaktadır²⁰⁷ ki

²⁰⁵ "**III. Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması**

MADDE 14- (1) Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan

bunlarda susma hakkının sınırlandırılmasına dayanak oluşturabilecek gerekçe yoktur. Bunun dışında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi ancak onların düzenlendiği hükümler de yer verilen özel sınırlama nedenleri ile mümkündür²⁰⁸. Fakat Anayasa m. 38’de susma hakkına ilişkin böyle bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Üstelik sınırlama için gerekli tüm koşullar bulunsa dahi, yapılacak sınırlandırma Anayasanın lafzına aykırı olmamalıdır. Temel hak ve hürriyete özel ve yoğun bir koruma getiren güvenceler, kanun koyucunun dahi dokunamayacağı alanlardandır²⁰⁹. Bu nedenle susma hakkının kanun yoluyla sınırlandırılması mümkün değildir. Bu hak konusundaki sorunları çözmek için Almanya gibi susma hakkına ilişkin düzenleme anayasadan kaldırılabilir. Bu takdirde susma hakkı ile ilgili yapılan düzenlemeler ve sınırlamalarda Anayasaya aykırılık sorunu ortaya çıkmayacaktır. Bu hak, adil yargılamanın bir parçası olarak değerlendirilecek ve değişen koşullara da uyum sağlayabilecektir. İkinci bir öneri olarak Amerika Birleşik Devletleri’ndeki gibi sadece tanıklığı içeren bir düzenleme yapılması, yani, Anayasa m. 38/5’in “*Kimse kendisi ya da kanunda belirtilen yakınlarını suçlayan beyanda bulunmaya zorlanamaz.*” şeklinde değiştirilmesi düşünülebilir. Bu takdirde ise susma hakkının dar anlamda kullanılması tercih edilmiş olunacak, beyan kavramı içine giren hususlar dışındaki alanlarda susma hakkı reddedilmiş olunacaktır. Nitekim Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 14/3/(g)’de kendisine suç isad edilen kişinin kendi aleyhine tanıklık yapmaya veya suçu itiraf etmeye zorlanamayacağına yer verilerek²¹⁰ susma hakkı beyan delilleriyle sınırlandırılmıştır.

kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

(2) Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.”

²⁰⁶ “Hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı...”

²⁰⁷ Oktay Uygun, **Kamu Hukuku İncelemeleri, İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik**, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık A.Ş., 2011, s. 295, 304.

²⁰⁸ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 2011, s. 141.

²⁰⁹ Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II**, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011, s. 552.

²¹⁰ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri II. Cilt: Uluslararası Sistemler**, s. 113.

Fiziksel deliller başlığı altında değinilmesi gereken diğer bir konu olan belge delili ise çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntısı ile inceleneceği için burada değinilmeyecektir.

III. NORMATİF KAYNAKLARI

Adil yargılamanın bir gereği olan kendini suçlamaya zorlanma yasağının öneminin fark edilmesi ile birlikte, buna ilişkin olarak çeşitli kaynaklarda düzenlemelere gidilmiştir. 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi m. 2’de baskıya karşı koyma hakkına ve m. 9’da suçsuzluk karinesine yer verilmiřtir²¹¹. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin işkence ve benzeri muameleleri yasaklayan 5. maddesi, hukuksal kişiliğinin tanınması hakkını içeren 6. maddesi, suçsuzluk karinesine ilişkin 11. maddesi de kendini suçlamaya zorlanma yasağı ile ilgili olan dzenlemelerdir²¹². Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 7. maddesinde işkence ve benzeri muameleler engellemekte; suçsuzluk karinesi ve kendini suçlamaya zorlanma yasağı ile bağlantılı olan yargılamada suç ile itham edilen herkese tanınan hakları düzenleyen 14. maddesinde de, açıkça, kişinin kendi aleyhine tanıklık yapmaya ve suç itirafına zorlanması yasaklanmaktadır²¹³. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. maddesinde işkence yasağına, 6. maddesinde adil yargılanma hakkına ve bunun gereklerine yer verilmiřtir²¹⁴. Burada dikkati çeken husus, sözleşmenin bir organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kendini suçlamaya zorlanma yasağı ile ilgili geniş bir içtihadı olmasına karşın, sözleşme metninde bu yasağın ve susma hakkının açıkça dzenlenmeyidiir. Uluslararası Ceza Muhakemesi Roma Statüsü’nn 55. maddesinin 1. fıkrasında açıkça soruşturma evresinde kimsenin kendisini suçlama veya suç ikrarında bulunmaya zorlanamayacağına, işkence ve benzeri muamelelere maruz tutulamayacağına; 2. fıkrasında da sanığın sorgulanma sırasında susmasının onun masum ya da suçlu

²¹¹ (evrimii) <http://anayasametinleri.blogspot.com/2010/09/1789-fransiz-insan-ve-yurttas-haklari.html>, 12 şubat 2012.

²¹² Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri II. Cilt: Uluslararası Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 6, 7.

²¹³ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri II. Cilt: Uluslararası**, s. 104, 111-113.

²¹⁴ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri I. Cilt: Bölgesel Sistemler**, s. 8, 10.

olduğuna dair karineye yol açmayacağına yer verilerek sessiz kalma hakkı vurgulamaktadır²¹⁵. Bu nedenle, statünün biraz önce değindiğimiz milletlerarası belgelere nazaran kendini suçlamaya zorlanma yasağı ile ilgili daha net düzenlemeleri içerdığı sonucuna ulaşmaktayız.

Türk hukukuna bakarsak, 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 17. maddesinin 3. fıkrasında işkence ve benzeri muameleyi yasaklamakta, 38. maddesinin 3. fıkrasında ise suçsuzluk karinesine yer verilmektedir. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise, açıkça, hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı belirtilmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun tanıklıktan çekinmeye yönelik düzenlemelere yer veren 45, 48, 51. maddeleri; yemin verilmeyen tanıklar ile ilgili 50. maddesi; bilirkişilikten çekinme, bilirkişi olarak dinlenemeyenler başlığı taşıyan 70. maddesi, kolluk tarafından yakalanan kişilere kanuni haklarının bildirilmesi gerekliliğine yer veren 90. maddesi, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimin kayda alınamayacağını düzenleyen 135. maddesi; ifade alma ve sorgunun tarzına ilişkin 147. maddesi; ifade alma ve sorguda yasak usullere yönelik 148. maddesi; duruşmada sanığa suç hakkında açıklamada bulunmamasının da dâhil olduğu haklarını bildirme yükümlülüğüne yer veren 191. maddesi; yüklenen suçun hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delillerle ispatlanması gerekliliğine yer veren 217. maddesi kendini suçlamaya zorlanma yasağı ile bağlantılı olan düzenlemelerden bazıları olarak zikredilebilir.

Kendini suçlamaya zorlanma yasağı muhakeme hukukuna ilişkin olmakla birlikte bir de bunun maddi hukukta yansıması vardır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 94. maddesi işkenceyi suç olarak tanımlamıştır. Yine aynı kanunun suçu bildirmeme suçlarına yer veren 279, 280. maddeleri de kendini ve özellikle belirli derecedeki yakınlarını suçlamaya zorlanma yasağına ilişkin olan suç tiplerine örnek olarak sayılabilir. 5326 sayılı Kabahatler Kanununun kimliği bildirme zorunluluğuna yer veren ve aksine tutumu yaptırıma bağlayan 40. maddesi de kendini suçlamaya

²¹⁵ Devrim Aydın, **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, Ankara, Buluş Tasarım ve Matbaacılık Hizmetleri San. ve Tic., 2006, s. 34.

zorlanma yasağı ve kişinin kimliğini açıklama zorunluluğunun varlığına ilişkin tartışmaların temelini oluşturmaktadır. 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununda da kimliği açıklamaya yönelik olarak 4/A maddesi bulunmaktadır. 25832 sayılı Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinde de yasağa yönelik düzenlemelere yer verilmektedir. Yönetmeliğin 23. maddesinde şüphelinin ifadesinin alınması sırasında yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu belirtilmekte; 24. maddesinde ise ifade almada yasak usullere değinilmektedir. Tüm bu düzenlemeler Türk hukukunda kişinin kendini ve kanunda belirtilen derecedeki yakınlarını suçlamaya zorlanma yasağının temelini oluşturmaktadır.

IV. İLKENİN TEMELLENDİRME GEREKÇELERİ

A. Genel Olarak

Her hak ya da ilke belirli bir nedene bağlı olarak ortaya çıkar, onun varlığını temellendiren bir görüş vardır. Bir hakkı temellendiren gerekçeyi öğrenmek bu hakkın varlık nedeni, yorumu ve sınırlarının belirlenmesinde önemli bir rol oynayacaktır. Nemo Tenetur ilkesi ve susma hakkının da bu kapsamda belirli nedenlere dayalı olarak ortaya çıktığı ileri sürülmektedir.

Nemo Tenetur ilkesinin temellendiren gerekçelere geçmeden önce böyle bir ilkenin ya da susma hakkının varlığını açıklamaya uygun ahlaki bir gerekçenin bulunmadığını belirten görüşe değinmek gerekmektedir. Bu görüşe göre kişi cezayı gerektiren bir hareket yaparak, kendi suçunu gizleme, kendini koruma ve mahremiyetine saygı duyulması hakkını kaybetmekte; susarak, itiraf etmeyerek ve sorulara cevap vermeyerek diğerlerini yanıltmaktadır. Bu nedenle devlet, kişi gönüllü olmayınca onun önemli sosyal görevlerini yerine getirmesi için orantılı olarak zorlama yapabilir²¹⁶. Yine, yasalar tarafından yargılanmış ve utanılacak bir duruma düşürülmüş olan kişinin kendi aleyhine beyanda ve itirafta bulunmaya

²¹⁶ Skerker, **a.g.e.**, s. 69, 70.

zorlanarak düştüğü onursuzluktan kurtulacağına ilişkin görüşler de bulunmaktadır. Fakat bu görüşler de aslında kişiyi konuşturmak için uygulanan işkencenin bizatihi kendisinin onursuzluğa yol açacağı yönünde eleştirilmektedir²¹⁷.

Susma hakkının, diğeri bir yandan, gerçek ihmali suçlarda kullanım bakımından elverişsiz olduğu da ileri sürülmektedir. Zira kanunun kişiye belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğü yüklediği hallerde, bu yükümlülüğe aykırılık iddiaları karşısında kişinin susmasından ziyade, kanunun kendisinden beklediği aktif davranışı gerçekleştirdiğini ispat etmesi beklenecektir. Örneğin, kanun belirli kayıtları tutmayı emretmiş ve aksi tutumu cezalandırmakta ise, kişinin bu yükümlülüklerine aykırı olarak bir ihmalinin varlığının iddiası karşısında, susması değil aksine, bu kayıtların varlığına yönelik beyanı lazımdır²¹⁸.

Kanımızca, Nemo Tenetur ilkesinin kabul etmeyen bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira bu görüş yargılanan kişinin suçlu olduğundan hareket etmekle birlikte işkenceyi de meşrulaştırmaktadır. Bu görüşle aynı mantıkla hareket ettiğimizde bir suç işleyen kişi onursuz olarak kabul edildiği için, muhakemeye ilişkin tüm haklarından mahrum bırakılabilecektir. Hâlbuki yargılama sırasında kişinin suç işlediği sabit değildir ve ancak kesin hükümlerle bu durum saptanmış olacaktır. Bu nedenle sanık masum da olabilir ve susma dâhil muhakemeye ilişkin haklarından yararlanabilmelidir. Diğeri yandan susma hakkının gerçek ihmali suçlar için elverişsiz olduğu da kabul edilemez. Zira susma hakkı ve suçsuzluk karinesi sadece icrai suçlar için değil, ihmali suçlar için de söz konusudur. Bir kişinin ihmali bir suç işlediği iddia ediliyorsa, o kişi aslında kanunun kendisinden beklediği icrai hareketi gerçekleştirdiğini ispatlamak zorunda değildir. Aksi ispatlana kadar bu icrai davranışı yaptığı yani suçsuz olduğu kabul edilmelidir.

²¹⁷ Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, çev. Sami Selçuk, 2. bs., Ankara, İmge Yayınevi, 2010, s. 87, 88.

²¹⁸ Klaus Volk, "The Principles Of Criminal Procedure And Post-Modern Society: Contradictions And Perspectives", (Çevrimiçi) <http://www.isrcl.org/Papers/Volk.pdf>, 22 Şubat 2012.

B. İtham Sisteminin Doğası

Susma hakkına ilişkin bir görüşe göre, Nemo Tenetur İlkesinin yani bu hakkın temelinde Anglo-Sakson hukukunun tahkik değil itham sistemine dayanması yatmaktadır²¹⁹. En eski yargılama sistemi diyebileceğimiz Antik Yunan ve Roma’da uygulanan itham sisteminde, özel hukuk yargılamalarında olduğu gibi tarafların egemenliği söz konusuydu²²⁰. Mahkemelerin re’sen harekete geçme yetkisi olmayıp, yargılama için suçlu olduğu iddia edilen kişinin bir başka kişi tarafından itham edilmesi gerekmektedir. Eğer iddia edilen suç, toplumsal bir menfaati korumaya yönelik ise itham, toplumu temsil eden bir kişi tarafından gerçekleştirilmekteydi. İtham sisteminde taraflar eşit konumda olup, iddia eden iddiasını ispatla mükellefi ve bu nedenle suçlanan kişi, suçu işlediği ispatlanana kadar suçsuz kabul edilmekteydi. Aleni, sözlü ve çelişmeli gerçekleşen yargılama sonucunda yargıcın tek görevi sonucun tespitinden ibaretti²²¹. Tahkik sisteminin benimsendiği Kıta Avrupası’nda ise yargılama sanık üzerine kuruludur, ilk ve son söz ona tanınmaktadır. Tanığın sözlerine cevap vermeye davet edilir. Tahkik usulündeki jürinin eksikliği delil kurallarının çoğunluğuna ihtiyacı ortadan kaldırmaktadır. İtham sisteminin aksine, bu sistemde delil toplama olaylara dayanmakta ve hâkim her duruşmada hangi delilin dinleneceğine karar vermektedir²²². Yani delillerin serbest değerlendirilmesi söz konusudur.

²¹⁹ B. Michael Dann, “The Fifth Amendment Privilege Against Self-Incrimination: Extorting Physical Evidence From a Suspect”, **Southern California Law Review**, Vol. 43, 1970, s. 602; Requiring a Criminal Defendant to Submit to a Government Psychiatric Examination: An Invasion of the Privilege Against Self-Incrimination, s. 656.

²²⁰ Timur Demirbaş “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, **Sair Erman’a Armağan**, 1999, s. 189; Bahri Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemeleri Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, s. 32.

²²¹ Ali Yıldırım, “Sanığın Susma Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 45, S. 5-6, Aralık 1988, s. 684; Selâhattin Keyman, **Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s. 34, 35.

²²² Dijkhorst, **a.g.e.**; Stephen C. Thaman, “Taking The Right To Remain Silent Seriously: Miranda v. Arizona In Comparartive Perspective”, www.kcla.net/download.red?fid=98.

Günümüzde bazı değişikliklere uğramakla birlikte Anglo-Sakson ülkeleri tarafından varlığını sürdürmeye devam eden sistemin en önemli özelliklerinden biri, tanık ve sanığın dinlenilmesinin taraf avukatları tarafından gerçekleştirilmesidir²²³.

Kısaca değindiğimiz itham sisteminde “İddia eden, iddiasını ispatla mükelleftir.” kuralı yatmaktadır. Suçlu olduğu iddia edilen kişinin masum olduğunu ispatlaması yerine, onun suçlu olduğunu iddia eden kişinin suçlamayı ispatlaması gerektir. Bu nedenle suçlanan kişi susma da dâhil olmak üzere tüm muhakeme işlemlerini kapsayacak şekilde kendi aleyhine aktif olarak muhakemeye katılmama hakkına sahip olduğu belirtilmektedir²²⁴.

C. Delillerin ve İkrarın Güvenilirliğini Sağlama

Delillerin ve ikrarın güvenilirliğini sağlamak Nemo Tenetur ilkesini açıklamaya yönelik diğer bir gerektirir²²⁵. Bu görüşe göre, susma hakkı geçerli olmadığı takdirde kişi kendini suçlama, yalan yemin ve mahkemeye itaatsizlik arasındaki üçlü çelişkide kalacak iken, masum olup doğruyu söyleyerek tanıklık yapan kişi bu üçüne de maruz kalmayacaktır²²⁶. Hâlbuki kötü muamele ve işkencenin yasaklanmasının amacı, güvenilir delil elde etmektir. Gönüllülük sağlandığı takdirde ise elde edilen ikrarın güvenilir olduğu ve suçu ispatta kullanılacağı belirtilmektedir²²⁷. Böylece, maddi gerçeğe ulaşma hedefine de hizmet edilmiş olunacak²²⁸, masumlar da haksız mahkûmiyetlere karşı korunacaktır²²⁹. Zira

²²³ Keyman, **a.g.e.**, s. 37; Özen Atlıhan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi”, **AÜHFĐ**, C. 8, S. 3-4, 2004, s. 293; Dijkhorst, **a.g.e.**; Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Ankara, Yetkin yayınları, 2002, s. 64.

²²⁴ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 150.

²²⁵ Luis E. Chiesa, “Beyond Torture: The Nemo Tenetur Principle In Borderline Cases”, (Çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=1401401>, 22 Şubat 2012.

²²⁶ Ronald J. Allen, “Theorizing About Self-Incrimination”, **Cardozo Law Review**, Vol. 30, 2008, s. 731; Murphy v. Waterfront Comm’n, 378 U.S. 52, 55 (1964); “Requiring a Criminal Defendant to Submit to a Government Psychiatric Examination: An Invasion of the Privilege Against Self-Incrimination” (Yazarı Belirtilmemiş), **Harvard Law Review**, Vol. 83, 1970, s. 656.

²²⁷ Eileen Skinnider, The Art Of Confessions: A Comparative Look At The Law Of Confessions – Canada, England, The Birleşik Devletler And Australia, **International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy**, December 2005, s. 14.

²²⁸ Schroeder, Yenisey, Peukert, **a.g.e.**, s. 155.

işkenceye maruz kalan kişinin suçsuz olsa da çekilen acıyı sona erdirmek için suçu kabul etmekten başka şansı kalmayacaktır.²³⁰ Ayrıca polis diğer delilleri toplamak zorunda olacak²³¹, aksi takdirde gönüllü ifade vermenin gerekleri ortadan kalkacaktır²³². Aristoteles de “Retorik” adlı eserinde işkence ile elde edilen delilin güvenilirmez olacağını, işkenceden kurtulmak için yalan söylenebileceğini belirtmiştir²³³.

Bu görüşler de eleştiriye açıktır. Deliller belge, beyan ve emare olmak üzere üç çeşit olabilir²³⁴. Beyan, olayla ilgili olarak tanık, şüpheli, sanık tarafından yapılan sözlü açıklamalardır²³⁵. Belge, olay anı ile ilgili verilerdir²³⁶. Emare ise insan kaynaklı olan delilerdendir²³⁷. Kendini suçlamaya zorlanamama ilkesinin delillerin güvenilirliğini sağlamayı amaçladığını ileri süren görüş, beyan delilini esas almaktadır. Diğer delil türlerinde ise kişinin yalan söylemesi ya da delilin güvenilirliğini zedelemesi söz konusu olmamaktadır²³⁸. Ayrıca bu ilkenin polis sorgusunu -ki Türk hukukuna göre şüphelinin soruşturma konusu suçla ilgili dinlenilmesi ifade alma olarak nitelendirilmektedir- sınırladığı ve bu durumun da maddi gerçeğe ulaşmayı engellediği için aslında yanlış beraatleri arttırabileceği belirtilmektedir²³⁹. Fakat ceza adaletinin temel esasları gereğince bir suçlunun cezasız kalmasının bir mâsumun mahkûm olmasına tercih edilmesi gerektiğinden²⁴⁰, kişinin kendini suçlamaya zorlanma yasağına dayanarak susma hakkını kullanması

²²⁹ MacCulloch, **a.g.e.**, s. 220.; Lisa Tarallo, “The Fifth Amendment Privilege Against Self-Incrimination: The Time Has Come for the Birleşik Devletler Supreme Court to End Its Silence on the Rationale Behind the Contemporary Application of The Privilege”, **New England Law Review**, Vol. 27, 1992, s. 165; Leshem, **a.g.e.**

²³⁰ Beccaria, **a.g.e.**, s. 90.

²³¹ C. Dickerman Williams, Problems of the Fifth Amendment, **Fordham Law Review**, Vol. 24, 1955, s. 43.

²³² Skinnider, Gordon, **a.g.e.**, s. 18.

²³³ Aristoteles, **Retorik**, çev. Mehmet H. Doğan, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 1995, s. 91

²³⁴ Mahmut Koca, “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller Değerlendirme Yasağı”, **AÜEHFD**, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 107.; Feridun Yenisey, “Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil”, **CHD**, S. 4, Ağustos 2007, s. 9

²³⁵ Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil, s. 9.

²³⁶ Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil, s. 10.

²³⁷ Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil, s. 9.

²³⁸ Ashworth, **Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure**, s. 21; Dann, **a.g.e.**, s. 603.

²³⁹ Allen, **a.g.e.**, s. 731, 732.

²⁴⁰ Nurullah Kunter, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 327 vd.; Öztürk, v.d., **a.g.e.**, s. 131.

durumunda diğer delillere başvurulmalı; buna rağmen suçu işlediği ispat edilemiyorsa, aksine şüphe ne kadar yoğun olursa olsun hakkında beraat kararı verilmelidir.

D. Kişi Onur ve Haysiyetini Koruma

Nemo Tenetur ilkesinin yargılama sistemi ya da delillerin güvenilirliğinden ziyade, kişi onurunu²⁴¹ ve haysiyetini korumak²⁴² amacı taşıdığı da ileri sürülmüştür. Sanığın uzun bir sürecin ardından muhakemenin sujesi olarak kabul edilmeye başlanması, ona bir takım haklar verilmesini sağlamıştır. İnsan bir obje olmayıp, suçlu olan kişinin dahi saygı gösterilmesi gereken bir haysiyeti vardır²⁴³. Bunun neticesinde ise bireyin delil elde etmek amacıyla bir çeşit devlet terörürü olan işkence²⁴⁴, cebir, tehdit ve hile gibi iradesini sakatlayan muamelelere maruz kalmama hakkı kabul edilmiştir²⁴⁵. Bu da bireysel otonominin korunmasını sağlamaktadır²⁴⁶. Ayrıca hukuka aykırı ifade ve sorgu yöntemleriyle sadece birey zarar görmemekte, devletin onuru da zedelenmektedir²⁴⁷.

İfade alma sırasında zor kullanmanın yanı sıra; hapis ya da para cezasına mahkûm edilme ya da yargıcın sanığın susmasını olumsuz yorumlaması hususunda jüriye tesiri de hem beyanda bulunmaya zorlayıcı hem de ifadesi alınan kişinin susmasını cezalandırıcı nitelik arzeder²⁴⁸. Günümüzde artık işkence metodlarının

²⁴¹ “Procedural Protections Of The Criminal Defendant- Reevaluation Of The Privilege Against Self-Incrimination And The Rule Excluding Evidence Of The Propensity to Commit Crime” (Yazarı Belirtilmemiş), **Harvard Law Review**, Vol. 78, 1964-1965, s. 426; Requiring a Criminal Defendant to Submit to a Government Psychiatric Examination: An Invasion of the Privilege Against Self-Incrimination, s. 656; Neumann, **a.g.e.**; Bahri Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, Ankara, AÜSBH İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995, s. 24.

²⁴² Burcu Demren Dönmez, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, s. 52.

²⁴³ Yenisey, Sanık Haklarının Anayasa Mahkemesi Tarafından Korunması. 123.

²⁴⁴ Geoffrey R. Skoll, “Torture, and Fifth Amendment: Torture, the Global War on Terror, and Constitutional Values”, **Criminal Justice Review**, Vol. 33, No. 1, March 2008, s. 42.

²⁴⁵ Cihan, **a.g.e.**, s. 134, 135; Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 171; Alfred C. Clapp, “Privilege Against Self-Incrimination”, **Rutgers Law Review**, Vol. 10, 1955-1956, s. 544; Skinnider, Gordon, **a.g.e.**, 4; Tarallo, **a.g.e.**, s. 163; Griffin, **a.g.e.**, s. 930; Bilz, **a.g.e.**, s. 842.

²⁴⁶ *Tehan v. Shott* 382 U.S. 406 (1966); Griffin, **a.g.e.**, s. 941, 942; Chiesa, **a.g.e.**

²⁴⁷ Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 162.

²⁴⁸ Skerker, **a.g.e.**, s. 74.

uygulanması azalsa da yeni bir tehlike doğmuştur; aldatma. Özellikle kişi yeterli şüphe olmaksızın mahkeme ya da jüri önüne getirilerek, hukuka aykırı olarak kendini suçlayan beyanlar vermesine çalışılmaktadır. Ayrıca yakalanan kişinin yakalama anında haklarının hatırlatılması zorunlu olduğundan yeterli delil toplanana kadar resmi olarak yakalama gerçekleştirmemekte ve bu sırada kişinin kendini suçlayıcı beyanı elde edilmeye çalışılmaktadır. Bu aşamadaki sessizliğin ceza yargılamasında aleyhe kullanılabilmesi ileri sürülmektedir²⁴⁹. Kişi kendini suçlama ya da susma konusunda da özgür iradesiyle seçimini yapabilmelidir²⁵⁰. İnsan haysiyeti de bunu gerektirir. Kişi zor seçimlere karşı korunmalıdır²⁵¹.

E. Özel Hayatın Gizliliğine Saygı

Sanığın birey olması nedeniyle, yargılama makamlarının da dokunamayacağı, sınırlı da olsa mahrem bir alanının bulunduğu ve Nemo Tenetur ilkesinin de sorgulanan kişinin mahremiyetine saygı duyulması²⁵² ve özel yaşamının gizliliğine saygı duyulmasının da bir gereği olduğu ileri sürülmektedir²⁵³. Ceza muhakemesinde, muhakemenin konusu olan suç tipi ne olursa olsun, şüpheli ve sanığın mahremiyetine daha geniş çapta tecavüz gerçekleşmektedir²⁵⁴. Mahremiyet kendisi ile ilgili açıklamaları kontrol etme gücü olarak kabul edildiğinde, kişisel açıklamalar istendiğinde sessiz kalma bu hakkın kullanımınıdır. Bir kişi kendi hareketlerini kontrol edebiliyorsa, kendi hayatı, vücudu ve düşünceleri ile ilgili ne yapacağına karar verme özgürlüğünden yararlanabiliyorsa, kime ve hangi durumlarda açıklama yapacağını da seçme özgürlüğüne sahip olmalıdır²⁵⁵. AIHS m. 8/1'e göre "Her kişi, özel yaşamına ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine

²⁴⁹ Maria Noella Berger, "Defining the Scope of the Privilege Against Self-Incrimination: Should Prearrest Silence be Admissible as Substantive Evidence of Guilt", **University of Illinois Law Review**, Vol. 1999, No. 3, s. 1042, 1043.

²⁵⁰ Skinnider, **a.g.e.**, s. 11, 14; Matters, **a.g.e.**, s. 56; Matthew Baptiste Holloway, "One Image, One Thousand Incriminating Words: Images of Brain Activity and the Privilege Against Self-Incrimination", **Temple Journal of Science, Technology & Environmental Law**, Vol. 27, No. 1, s. 154.

²⁵¹ Stuntz, **a.g.e.**, s. 1237.

²⁵² Stuntz, **a.g.e.**, s. 1232.; Neumann, **a.g.e.**

²⁵³ Lambert, **a.g.e.**

²⁵⁴ MacCulloch, **a.g.e.**, s. 217.

²⁵⁵ Skerker, **a.g.e.**, s. 43.

saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”²⁵⁶ Kişiden istenen aleyhine bir ceza yargılamasında kullanılabilecek olan cevap, kişinin özel hayatına yönelik de olabilir. Üstelik belki de vereceği cevap o kişinin masum olduğunu kanıtlayabilecek olmasına rağmen, kişi özel hayatını deşifre etmekten kaçınabilir²⁵⁷. Örneğin, cinsel saldırı suçu ile yargılanan kişi, eşcinsel olduğunu söylemekten; cinayetten yargılanan kişi de cinayet saatinde metresinin evinde olduğunu açıklamaktan çekinebilir. Yasak, doğruyu sağlamaya yardımcı olmak yerine, sosyal ve genel politika uyarınca belli menfaatleri ve ilişkileri korumayı amaçlar. Yararlı ve güvenilir olsa da kişinin kendi aleyhine beyanda bulunmaya ya da delil göstermeye zorlanmasını engeller²⁵⁸. Kişinin mahkûmiyet riskini de göze alarak yaptığı tercihe saygı duyulmasını gerektirir²⁵⁹. Fakat mahremiyetin kapsamı, özellikle kan, tükürük gibi ürünlerin kişinin mahrem alanı ile ilgili olduğu takdirde kişiden temin edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Örneğin, kişinin AIDS hastası olup, toplumdan bu nedenle dışlanmamak için hastalığını gizli tutmak istemesi durumunda yargılamada ondan kan numunesi alınması gerekmekte ise AİHS m. 8 gündeme gelirse de bu maddenin sadece zihinsel mahremiyeti kapsadığı ileri sürülmektedir²⁶⁰.

Kişi mahremiyeti ile ilgili bir diğer madde olarak AİHS m. 10 gösterilebilir. AİHS m. 10’a göre “Her kişi ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamları tarafından müdahale olmaksızın ve ulusal sınırlar dikkate alınmaksızın, görüş/(kanaat) sahibi olma ve bilgi/(haber) ve düşünceleri edinme ve yayma özgürlüğünü de içerir.”²⁶¹. Susma hakkı şüpheliye büyük ölçüde mahremiyet, ayrıca bütün sorgu ve savcılık işlemlerine ısrarlı bir yolla itiraz etme imkânı sağlamaktadır²⁶². Kişinin kendi özel yaşamı ile ilgili olan bilgileri kendi belirleyeceği

²⁵⁶ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri I. Cilt: Bölgesel Sistemler**, s. 11.

²⁵⁷ Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 76; Erdener Yurtcan, **CMK Şerhi**, 5. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2008, s. 392.

²⁵⁸ Richard M. Mosk, Tom Ginsburg, “Evidentiary Privileges in International Arbitration”, **International and Comparative Quarterly**, Vol. 50, s. 345; Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2007, s. 166.

²⁵⁹ Bilz, **a.g.e.**, s. 846; Dann, **a.g.e.**, s. 604.

²⁶⁰ Ashworth, **Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure**, s. 20.

²⁶¹ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri I. Cilt: Bölgesel Sistemler**, s. 12.

²⁶² Skerker, **a.g.e.**, s. 80.

kişi, yer, zaman ve şekilde açıklama hakkı korunmalıdır²⁶³. Bu şekilde devlet ile birey arasında önemli bir denge sağlanacaktır²⁶⁴. Nitekim AİHS'nin bir organı olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, K. v. Avusturya davasında²⁶⁵ sanığın kendi aleyhine tanıklıktan çekinme hakkıyla ilgili AİHS m. 10'a değinmiştir. Bu davada bir çiftten uyuşturucu satın aldığı iddiasıyla başvuru hakkında dava açılır ve duruşma ertelenir. Bu sırada uyuşturucu sattığı iddiasıyla bu çift hakkında da ceza davası açılır ve başvuru bu davada tanık olarak beyanda bulunması istenir. Başvuru kendisi hakkında da bu dava ile ilgili yürümekte olan bir yargılama olduğu gerekçesiyle tanıklık yapmayı reddeder. Bunun üzerine ilk olarak para cezasına çarptırılır. Sonra da 5 gün disiplin hapsiyle cezalandırılır. Başvuru her ne kadar bu durum hakkında AİHS m. 5 ve 6 ihlali iddiasında bulunsada, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu AİHS m. 10 çerçevesinde inceleme yapmaya karar verir. Fakat davada barışçıl çözüme varıldığı için Komisyonun somut davayı neden AİHS m. 10 kapsamında incelemeye karar verdiğinin gerekçesine ulaşamamaktayız.

Alman Federal Anayasa Mahkemesine göre, kişiliğin üç alanı vardır; sosyal, kişisel, mahrem. Eğer sır, kişinin mahrem alanında kalıyorsa sonsuza dek korunur. Sosyal alanda kalıyorsa sır söz konusu olmaz. Kişisel alanda ise sırrı koruma ile gerçeği keşfetmedeki menfaat tartılır. Bu dengeleme delil yasakları doktrinin konusunu oluşturur²⁶⁶. Fakat kendini suçlamaya zorlanma yasağı sadece suçlayıcı olan ya da suçlama tehlikesi taşıyan açıklamalara ilişkin olduğundan çoğu kişisel menfaati koruyamamaktadır²⁶⁷. Ayrıca Amerikan hukukunda bağışıklık kanunları uyarınca bir kişinin ceza yargılamasında konuşmasını sağlamak üzere bu ifadelerinden dolayı bir ceza kovuşturmasına maruz kalmayacağına dair garanti verilmekte ve bu takdirde kişi konuşmak zorunda kalmaktadır. Bu nedenle susma

²⁶³ Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 139, 140.

²⁶⁴ Maria Noella Berger, **a.g.e.**, s. 1041; Allen, **a.g.e.**, s. 731.

²⁶⁵ “K. v. Avusturya”, (Başvuru No. 160002/90), Karar Tarihi 02/06/1993. K. kararı için ayrıca bkz. Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 279.

²⁶⁶ Volk, **a.g.e.**

²⁶⁷ Vincent Martin Bonventre, “An Alternative to The Constitutional Privilege Against Self-Incrimination”, **Brooklyn Law Review**, Vol. 49, 1982, s. 48; Michael Steven Green, “The Paradox of Auxiliary Rights: The Privilege Against Self-Incrimination and The Right to Keep and Bear Arms”, **Duke Law Journal**, Vol. 52 2002, s. 135.

hakkının kişinin mahrem alanını korumayı amaçladığını ileri sürmek tutarlı olmayacaktır²⁶⁸.

Bu yasak ile ilgili geleneksel doktrin, suçlanan kişinin yetkili makamlar tarafından kötü muameleye maruz bırakılmamasını destekleyenler ile ceza muhakemesinin etkinliğinin toplumu suçtan daha çok koruyacağını ileri sürenler arasında dengeyi amaçlar²⁶⁹.

F. Sosyal Sözleşme Teorisi

Nemo Tenetur İlkesi Locke'un Sosyal Sözleşme Teorisi kapsamında da değerlendirilmiştir. Locke'un teorisine göre vatandaşlar, doğal hukuku ihlal edenleri yargılama ve cezalandırma da dâhil olmak üzere doğal durumda sahip oldukları birçok haktan feragat eden sosyal bir sözleşme yaparak devleti kurmuşlardır²⁷⁰. Yine bu teoriye göre vatandaşlar topluluğa karşı belirli doğal haklara sahiptir, bunların ihlali halinde bireyler doğal duruma geri dönebilir ve doğal yetkilerini kendilerini korumak için kullanabilir²⁷¹. Kişiler diğer haklarını daha iyi korumak için doğal bir hak olarak meşru savunma hakkına da sahiptir. Susma hakkının kişiye yönelmiş bir suçlama karşısında meşru savunma olarak değerlendirilebileceği düşünülebilse de, doğal durumda bile her şüpheli kendini savunmak için susma hakkına dayanamaz. Kişi doğal hakları ihlal ederek, kendi doğal hakkını da kaybeder ve kaybettiği hakları savunma için susma hakkını kullanamaz. Ayrıca, meşru savunma bir doğal hak ise ancak masum olanların kullanabileceği ileri sürülmektedir²⁷².

Sosyal Sözleşme Teorisi savunan bir diğer düşünür Hobbes'a göre, doğal hukuk kişiye kendini yıkacak davranışlarda bulunmasından sakınmasını zorlar. Hiç

²⁶⁸ Green, The Paradox of Auxiliary Rights: The Privilege Against Self-Incrimination and The Right to Keep and Bear Arms, s. 136.

²⁶⁹ Seidmann, Stein, **a.g.e.**, s. 434.

²⁷⁰ John Locke, **Two Treatises on Government (1680-1690), Book II, Chapter 8, Of the Beginning of Political Societies**, (Çevrimiçi) <http://www.lonang.com/exlibris/locke/loc-208.htm>, 22 Şubat 2012.

²⁷¹ Locke, **a.g.e.**, paras.131, 135, 149, 168, 172, 208.

²⁷² Green, The Paradox of Auxiliary Rights: The Privilege Against Self-Incrimination and The Right to Keep and Bear Arms, s. 138, 139.

kimsenin kendini suçlayıcı olan ya da intiharına neden olan bir rejime rıza göstermesi hayal edilemez²⁷³. Fakat aksi görüşe göre intihar iyiye (yaşama) son vermek iken, doğru ikrar bir iyiyi meydana getirecektir (suç ve hileyi düzelterek). Kişinin sosyal sorumlulukları vardır, suç işleyerek bunu ihlal etmiştir ve bu sorumluluklar kişinin işlediği suçun bir kısmını telafi amaçlı ikrarda da karşısına çıkar²⁷⁴.

G. Aile İçi İlişkileri Koruma

Türk hukukuna göre Nemo Tenetur ilkesi kişinin kanunda belirtilen yakınlarını suçlamadan kaçınma imkânı sağladığından, bu ilkenin aile içi ilişkileri de koruma altına aldığı ileri sürülmektedir²⁷⁵. Diğer yandan kişinin belirli derecedeki yakınlarına yönelik verdiği bu ifadelere tam olarak güvenilemeyeceği gibi, hukuk düzeninin yakınlarını suçlama konusunda kişiyi vicdanı ile mücadele etmeye zorlamaması da gerekir²⁷⁶.

²⁷³ “ Bir insanın kendini korumamak için yaptığı ahit geçersizdir. Güç kullanmaya karşı, kendimi güç kullanarak savunmamak için yapılmış bir ahit her zaman için geçersizdir. Çünkü, daha önce gösterdiğim gibi, hiç kimse kendisini ölümden, yaralanmaktan veya hapsedilmekten korumak hakkını devredemez veya bırakamaz, çünkü bunlardan kaçınılması herhangi bir hakkın bırakılmasının tek nedenidir zaten; ve dolayısıyla şiddete direnmeme vaadi hiçbir sözleşmede bir hak devretmez ve bağlayıcı değildir. Çünkü, bir insan ben şöyle veya şöyle yapmazsam, beni öldürün şeklinde bir ahit yapabilir; fakat şöyle veya şöyle yapmazsam, beni öldürmeye geldiğinizde size direnmeyeceğim şeklinde bir ahit yapamaz. Çünkü insan, doğal olarak, ehven-i şeri seçer; yani, bu durumda, direnmeyince mutlak ve kesin olan ölüm yerine, direnirken ölme tehlikesini seçer. Bunu doğru olduğu herkes tarafından kabul edilir: öyle ki suçlular kendilerini mahkûm eden yasayı önceden kabul ettikleri halde, idama ve hapishaneye silahlı adamlar eşliğinde götürülürler. Hiç kimse kendini suçlamaya zorlanamaz. Bir insanın af güvencesi olmaksızın kendini suçladığı bir ahit de geçersizdir. Çünkü, herkesin yargıç olduğu doğa durumunda suçlamaya yer yoktur: devletin varlığında ise, suçlamanın ardından, güce dayalı olduğu için, insanın direnmemek zorunda olduğu cezalandırma gelir. Aynı şey, bir baba, eş veya velinimet gibi, mahkûm olmaları sonucunda insanın yoksulluğa düşeceği kişilerin suçlanması için de doğrudur. Çünkü, böyle bir suçlayıcının ifadesi, kendi isteğiyle verilmemişse, doğal olarak bozuktur ve bu nedenle kabul edilmemelidir: ve bir insanın ifadesi kabul edilmeyecekse, o insan böyle bir ifade vermek zorunda değildir. İşkence ile elde edilen suçlamalar da ifade olarak kabul edilmemelidir. Çünkü işkence, gerçeğin daha sonraki araştırma aşamalarına ışık tutmak için yapılır: ve bu durumda yapılan itiraf, işkencecilerin bilgi edinmesine değil, işkence edilen kişinin rahatlamasına yarar: ve dolayısıyla yeterli bir ifade olarak kabul edilmemelidir: çünkü itiraf eden kişi kendisini doğru veya yanlış bir suçlama ile teslim ederse, bunu kendi canını koruma hakkına dayalı olarak yapar.” Thomas Hobbes, **Leviathan**, çev. Semih Lim, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 1993, s. 103, 104.

²⁷⁴ Skerker, **a.g.e.**, s. 66.

²⁷⁵ Schroeder, Yenisey, Peukert, **a.g.e.**, s. 155; Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 1420.

²⁷⁶ Ayhan Önder, “Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Şahitlikten Çekinme Hakkı”, **İÜHFİM**, C. 29, S. 4, 1963, s. 885.

H. Görüşümüz

Kanımızca Nemo Tenetur İlkesi, birden fazla menfaati barındırmaktadır. Nitekim Schember v. Kalifornia davasında²⁷⁷ Amerikan Yüksek Mahkemesi, bu ilke kapsamında kişilere tanınan susma hakkının vatandaşların onuru, devlet-birey arasında adil bir dengenin sağlanması, devletin tüm yükü omuzlaması, insan kişiliğinin dokunulmazlığına saygı, devletin sanıktan zorlama ile elde edilenler dışındaki kaynaklardan delil tedarik etmesi gerekliliğini içeren birden çok menfaati korumayı amaçladığını belirtmiştir. İnsan haklarına saygılı, modern ceza hukuku anlayışı artık ne pahasına olursa olsun gerçeğe ulaşma yerine insan onuruna ve bununla bağlantılı mahremiyeti ile ifade özgürlüğüne saygı göstererek yargılama yapılmasını gerektirmektedir. İlkenin, şüpheli ve sanığın maruz kaldığı vahşi delil ve ikrar elde etme uygulamalarına karşı bir tepki olarak ortaya çıktığını göz önünde bulundurduğumuzda, temel olarak insan haklarını korumanın amaçlandığı belirtilmelidir. Ayrıca bu yasağın, delillerin ve özellikle ikrarın güvenilirliğine de hizmet ettiği ileri sürülebilir. Zira kişiye susma hakkı tanındığında, genelde, kendisine yöneltilen sorulara yalan cevap vermesi gerekmeyecektir. Bunun yanı sıra kişinin mahkûmiyetine esas alınacak delilin kendisinden zorla elde edilmesini sınırlandırması, savcılığa hukuka uygun yollardan suçun ispat edilmesi külfeti yüklemesi suretiyle silahların eşitliğini sağlamanın da bir amaç olduğu söylenebilir. İtham sisteminin ise bir gerekçe olarak ileri sürülmesine katılmamaktayız. Belirtmek gerekir ki delil elde etme amaçlı gerçekleşen insan hakları ihlalleri itham usulünden ziyade tahkik sisteminde daha yoğun yaşanmıştır. Dolayısıyla kendini suçlamaya zorlanma yasağı için itham, tahkik ya da karma usul ayrımı yapılmamalıdır.

²⁷⁷ 348 U.S. 762 (1966).

V. TARİHSEL GELİŞİM

A. Roma Hukukunda Nemo Tenetur İlkesi

İlk itiraf doktrini olarak anılan ve ius communeden²⁷⁸ gelen Nemo Tenetur ilkesinin gelişiminin temelinde sanığın muhakemedeki rolü, yargılamanın amacı, delil elde etme metodları ile bir dizi dini ve seküler değerler yatmaktadır²⁷⁹.

İmparatorluk Dönemi Roma hukuku suçların kökünü kazıma gibi bir amaç gütmemekteydi ve ceza muhakemesi de itham sisteminin özelliklerini taşımaktaydı²⁸⁰. İtham sisteminin tahkik sistemine nazaran susma hakkını daha çok koruduğu ileri sürülse de²⁸¹ bu sistemde de sanık ile suçlu arasında fark görülmemekte ve yargılama mahkûmiyeti haklı gösterecek delillere ulaşılma için yapılmaktaydı. İşkenceye rağmen ikrar etmeyen sanık cezalandırılacaktı²⁸². Zira ikrar delillerin kraliçesi olarak ifade edilmekteydi²⁸³. Sanık, tahkik sisteminin ilk devirlerinde olduğu gibi suçunu gizleme ve cezasız kalma hakkına sahip değildi²⁸⁴.

İtham usulünde deliller dikkat çekici özellik gösterir. Masum olana Tanrı'nın yardım edeceği düşünüldüğünden, deliller tam değilse sanığa temizleyici yemin adı verilen masum olduğuna dair yemin verilir veya ilahi imtihan usulleri adı verilen kızgın demir, kaynar su gibi yöntemler kullanılır ya da sanık ile davacı dövüştürülürdü ki buna düello denilmektedir²⁸⁵.

Sanıktan zorla ikrar elde etmenin, işkencenin en yoğun ve kanlı uygulandığı alanlardan biri ise kilise tarafından yapılan yargılamalardır. Kavimler göçü ile

²⁷⁸ Mark A. Godsey, "Rethinking the Involuntary Confession Rule: Toward a Workable Test for Identifying Compelled Self-Incrimination", *California Law Review*, Vol. 93, 2005, s. 479.

²⁷⁹ Maloney, *a.g.e.*, s. 428.

²⁸⁰ Patrick Granfield, "The Right to Silence: Magisterial Development", *Theological Studies*, Vol. 26, 1965, s. 402.

²⁸¹ Dijkhorst, *a.g.e.*

²⁸² Yıldırım, *a.g.e.*, s. 685.

²⁸³ "Confessio est regina probationum."

²⁸⁴ Granfield, *a.g.e.*, s. 402, 403.

²⁸⁵ Taner, *a.g.e.*, s. 10.

başlayan Orta Çağ'da, Avrupa'da mutlak bir otoritenin olmayışı kilisenin güçlenmesini ve adeta bir devlet gibi hareket etmesini sağlamaktaydı. Bu dönemde din bilginleri işkenceyi suç bastırmak için gerekli görmekte, bireyin menfaatini genel yarara feda etmekteydi²⁸⁶. İşkence ceza yargılamasının önemli bir parçası olduğundan kilise bunu yasaklamamakta fakat açıkça da kabul etmemekteydi, bu tür uygulamaları sadece tolere ediyordu²⁸⁷. 8. yy ile 13. yy arasında Papa onaylamasa da dini mahkemelerde itirafı sağlamak için işkence uygulanmaktaydı.

Roma hukuk geleneğinin savunduğu işkencenin ilk defa kınanması ise 9. yy'ın ortalarında kendi halkını Hristiyan yapmak isteyen Bulgar Prensinin, Papa 1. Nikolas'a sorduğu sorulara verilen yanıtlarla olmuştur²⁸⁸. Papa 1. Nikolas'a göre ikrar gönüllü olmalıydı. 1215'te ise 4. Lateran meclisi tarafından işkence kınandı²⁸⁹. Bu tarihin diğer bir önemli yanı Roma hukukunda itham sisteminin terk edilerek, tahkik sisteminin uygulanmaya başlanmasıdır. İtham sisteminin taraf iradelerine dayanmakta ve itham edenin ispat yükü altındaydı. İtham eden bunu başaramazsa eğer başarsaydı sanığa ne ceza verilecekse ithamcıya bu cezanın verilmekteydi. Bu nedenle suçun mahkeme önüne getirilmesinden çekinildiği için Papa Innocent III, kilise yargısında tahkik sistemine geçiş yapmış²⁹⁰ ve Hristiyanlık âlemi genelinde işkence uygulanmasına ilişkin yetkiler vermiştir²⁹¹. Bu sistemde itham sisteminin aksine, yargılama gizli, yazılı, çelişmesizdir ve mutlak maddi gerçeğe ulaşmak amaçlanmaktadır²⁹². 13. yy'da dinden çıkarma ve diğer özel cezalar dinsizlere karşı mücadelede yetersiz kalmış ve yargılamada acı veren metodlara başvurulması gerekli kabul edilmiştir²⁹³.

²⁸⁶ Granfield, **a.g.e.**, s. 406

²⁸⁷ Granfield, **a.g.e.**, s. 407.

²⁸⁸ Granfield, **a.g.e.**, s. 403.

²⁸⁹ Granfield, **a.g.e.**, s. 404.

²⁹⁰ H. Ansgar Kelly, "The Right to Remain Silent: Before and After Joan of Arc", **Speculum**, Vol. 68, 1993, s. 2. Tahkik sistemi sadece tarihidir, bugün kullanılmamaktadır. Sistem başta sanığın sorgusuna ve suçun unsurlarının oluşturulmasının kanıtlanmasına dayanır, Dijkhorst, **a.g.e.**

²⁹¹ Skoll, **a.g.e.**, 32.

²⁹² Yıldırım, **a.g.e.**, s. 684, 685; Keyman, **a.g.e.**, s. 40, 41; Öztürk vd., **a.g.e.**, s. 32.

²⁹³ Granfield, **a.g.y.**, s. 405.

Ortaçağ'a hâkim siyasi ve dini otorite olan kilise tarafından desteklenen zorla ikrar elde etmeye yönelik uygulamalara 15. yy'ın sonu ve 16. yy'ın başlarında güçlenen kraliyetler tarafından da devam edilmiştir. Bu dönemde de ceza yargılamasında sanığın tanıklık etmesi ve kendi mahkûmiyetinin aracı olması benimsenmişti. Bu usul İngiliz hukukuna 15. yy'dan itibaren girmeye başladı ve Orta Çağ hukuku prensiplerine rehberlik etti²⁹⁴.

Nemo Tenetur İlkesinin tarihçesi, dine ve devlete karşı devrimle bağlantılı olduğundan²⁹⁵ ve yargılama sistemlerindeki farklılık nedeniyle²⁹⁶ her yerde aynı gelişim izlenmemiştir. İngiliz hukukunda susma hakkı 18. yy'ın başlarından itibaren belirmeye başlamasına karşın, Kıta Avrupası'nda ise yarım yüzyıl sonra söz konusu olmuştur²⁹⁷.

B. Birleşik Krallık'ta Nemo Tenetur İlkesi

Birleşik Krallık'a egemen olan itham sistemi 12. yy'da terk edilerek tahkik sistemine geçilmiş ve bu yeni sistem önce dini mahkemelerde ardından da Star Chamber'da uygulanmaya başlanmıştı. 1246'da Henry III, kilisenin kabul ettiği ve kişiden kendini suçlayıcı beyanı gerektiren tahkik usulünü Birleşik Krallık'a tanıttığında, bu usulü kınamış, 14. yy'ın başlarında parlamento da yemin gerektiren bu sistemi yasaklamıştı. Kral konseyi bu sistemi Birleşik Krallık'ta kabul etmek isteyince, parlamento bu durumu proteste ederek, Magna Carta'nın 29. maddesini yeniden kabul etti. İlk defa 1354'te, bu kanunlaştırma sırasında dürüst yargılama ibaresi kullanıldı. Şekil olarak kendini suçlamayla ilgili birşey söylemese de, statünün içeriği Magna Carta'nın ihlali ya da dürüst yargılamanın inkârı olduğu için common law mahkemeleri dışındaki uygulamalarda kendini suçlayıcı sorgu tekniklerini kınar²⁹⁸. 1487 tarihli Star Chamber Kanunu ile birlikte sanığın ceza

²⁹⁴ John A Kemp, "The Background of the Fifth Amendment in English Law: A Study of Its Historical Implications", **William & Mary Law Review**, Vol. 1, 1958, s. 247.

²⁹⁵ Kemp, **a.g.e.**, s. 247.

²⁹⁶ Örneğin, Kıta Avrupası ülkelerinde tanıklık doküman üretme yükümlülüğü yüklemeyken, common law ülkelerinde ise tanık bu konuda da zorlanabilir, Pieck, **a.g.e.**, s. 376.

²⁹⁷ Granfield, **a.g.e.**, s. 418.

²⁹⁸ Levy, **a.g.e.**, s. 4.

konusunda uyarı yapılmaksızın tanıklığa çağırılması ve yemin altında dinlenmesi kabul edilmişti. Mahkemelere verilen bu yetki kötüye kullanılarak sanığın özel hayatına müdahaleye neden olmaktaydı²⁹⁹. Bu dönemde ilk defa yemin yeniden düzenlendi ve tam bir tanım kazandı³⁰⁰. İlk zamanlar kendi aleyhine tanıklık etme gereksinimi küçük bir itirazla karşılanmasına rağmen daha sonra güçlü kral otoriteleri tarafından desteklenmeye başladı³⁰¹.

16. ve 17. yy'da ortaya çıkan pozitif hukuk da ikrar talep etmekteydi. Yargılama öncesi soruşturma sanığın zorlama, işkence, tehdit ya da sorguyu yapan tarafından verilen vaad ile kendisini suçlayıcı beyan edilmesine adanmıştı³⁰². Yine kilise hukukundan kalan Tanrı'ya itaat devam etmekte ve bu nedenle yargıca doğruyu söyleme ile itaat görevini yerine getirmeyen sanığın ölümcül günah işlemiş olduğu kabul edilmekteydi³⁰³.

Tanrıya karşı günah işlemek gibi manevi baskının yanı sıra maddi cebrin de uygulandığı Avrupa'daki 1500 ile 1700'ler arasındaki 200 yıllık dönemde, tarihçilere göre milyonlarca kadın cadılık suçuyla idam edilmişti³⁰⁴. Kendilerine uygulanan işkence nedeniyle başka bir çaresi kalmayan kadınlar cadılık suçunu ikrar ediyorlardı³⁰⁵.

Birleşik Krallık'ta 16. yy'ın sonu 17. yy'ın başına doğru susma hakkı ilk olarak dini mahkemelerde, the Star Chamber ve High Commission'da görülmesine

²⁹⁹ Dijkhorst, **a.g.e.**

³⁰⁰ Kemp, **a.g.e.**, s. 249. Burada kısaca belirtmek gerekir ki yeminin de uzun bir geçmişi vardır. İki taraf da söylediklerinin doğru olduğuna dair yemin ederler. Yargıç da taraflara soru sorma hakkına sahipti. Eğer bu sorular yasalsa ve sanık uygun neden olmaksızın cevap vermeyi reddederse bu red, ikrar anlamına gelir, Granfield, **a.g.e.**, s. 411. Belirli bir zaman sonra yemine karşı hem dini olan hem de din dışı itirazlar ileri sürülmeye başlandı. İncil (Bible)'e göre Tanrının adını anarak yemin vermek vicdana aykırı nitelik taşımaktaydı. Griffin, **a.g.e.**, s. 931.

³⁰¹ Kemp, **a.g.e.**, s. 251.

³⁰² Thaman, Taking The Right To Remain Silent Seriously: Miranda v. Arizona In Comparartive Perspective.

³⁰³ Granfield, **a.g.e.**, s. 409; Godsey, **a.g.e.**, s. 479.

³⁰⁴ Larry A. Van Meter, **Miranda v. Arizona, The Rights of the Accused**, Chelsea House Publishers, 2007, s. 24.

³⁰⁵ Meter, **a.g.e.**, s. 24, 25.

karşın³⁰⁶, yargıç sanığı yemin altında dinleme gücüne sahipti. Tanıklık etmekten çekinen sanık cezalandırılabilirdi ve sorguda işkence kullanılması mahkemeler tarafından onaylanmaktaydı. Sanık çoğu zaman neyle suçlandığını bilmeden sorguya maruz kalmaktaydı. 1640'ta sanığın yemin altında dinlenmesine son verildi. Nemo Tenetur ilkesinin çoğu İngiliz için 1641'de İngiliz hukukunun bir parçası olduğu belirtilmektedir³⁰⁷. Fakat 16. yy'ın ortalarından itibaren 18. yy'a kadar, Anglo-Sakson hukukunda sanık için temel korunma susma değil, aksine konuşma imkânının sağlanmasıyla gerçekleştirilmekteydi ve savunma makamı olarak avukattan yararlanma yasaktı. Böylece profesyonel yardım alamayan şüpheli/sanığın kendisine yöneltilen suçlamayla ilgili açıklama yapmasından başka seçeneği kalmıyordu³⁰⁸. Bu yasak 1696'dan 1836'ya kadar özellikle vatana ihanet ve daha sonra ağır suçlar için yumuşatılmasına rağmen savunma makamı 1780'e kadar önemli olmamıştır³⁰⁹. Sanığı konuşturmak için sadece avukat yardımının sınırlanması ya da reddi değil, ayrıca savunma tanıklarının reddi de kullanılmış ve bu sınırlamalar nedeniyle sanık kendi savunmasını mahkemede konuşarak yapmak zorunda kalmıştır. 17. yy'da mahkemelerin duruşmaya gelen ve konuşmak isteyen savunma tanıklarını dinlemeyi reddettiği çeşitli olaylarda görülmüştür. Ayrıca sanığı suçlayıcı beyanda bulunan tanıklar yemin altında dinlenirken, savunma tanıklarına yemin verdirilmemekteydi³¹⁰.

Susma hakkı, Birleşik Krallık'ta 1700'lerin başlarında uygulanmaya başlamıştı³¹¹. Fakat bu hak 19. yy'a kadar bugünkü anlamıyla belirmemişti³¹². 18. yy'ın ikinci yarısından itibaren özgürlükçü felsefi akımların etkisiyle suçsuzluk

³⁰⁶ Maloney, **a.g.e.**, s. 427.

<http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol16/iss2/6>

³⁰⁷ Kemp, **a.g.e.**, s. 285.; Skinnider, **a.g.e.**, s. 6.

³⁰⁸ Sally Ramaga, "The Privilege Against Self-incrimination",

(Çevrimiçi) <http://www.indymedia.org.uk/en/2005/09/323584.html>, 15 Şubat 2012.

³⁰⁹ John H. Langbein, "The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law", **Michigan Law Review**, Vol. 92. March 1994, s. 1047, 1048.

³¹⁰ Langbein, The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law, s. 1055.

³¹¹ Granfield, **a.g.e.**, s. 401, 402; Godsey, **a.g.e.**, s. 479.

³¹² William Porter, "The Constitutional Privilege Against Self-Incrimination-Abolition, Immunity Or Status Quo", **American University Law Review**, Vol. 4, December 1954, s. 2.

karinesi de dâhil olmak üzere sanık hakları tanınmaya başlandı³¹³. Dikkate değer bir gelişim de 19 yy'ın ortalarında din adamlarının sanığın yargıç tarafından sorgulanırken cevap verme zorunluluğunun olmadığını öğretmeye başlamasıyla yaşandı³¹⁴.

Birleşik Krallık'ta 1829'da profesyonel polis gücünün kurulmasıyla polis tarafından yapılan sorguda susma hakkının kullanımı gelişme göstermişti³¹⁵. Fakat bu sefer de kimi sanıklar dinlenmeden mahkûm edilir iken, kimi suçlu sanıklar ise kanun tarafından konuşmaları engellendiği için jüri tarafından beraat ettirilmeye başlanmıştır³¹⁶. Bu nedenle 1898'de Cezai Deliller Kanunu (Criminal Evidence Act) ile yeni bir sistem getirildi. Buna göre sanık, ifade vermeye zorlanamaz. Fakat konuşmayı tercih eder ise yemin altında dinlenecektir³¹⁷. Ancak bu sayede suçlu sanığın susmasından sonuç çıkarılabilecek ve masum sanık kendini aklayabilecekti³¹⁸. 1912'de kabul edilen Yargılama Kurallarına (Judges Rules)'a göre resmi sorulara cevap vermeyi red hakkı kabul edildi. Birleşik Krallık'taki 1917 tarihli Ibrahim v. R davasında³¹⁹ ise polise yapılan ikrarın ancak ikrarı yapan sanığın konuşma ya da susmayı seçim hususunda serbest iradesiyle hareket etmesinin sağlandığının savcı tarafından ispat edilmesi halinde kabul edileceği belirtildi.

Birleşik Krallık'ta soruşturma aşamasında ve duruşmada susma hakkı nadir kullanılmaktadır. İngiliz Yargılama Kuralları (Judge Rules)'nda yer alan ceza muhakemesine katılan uyarı 1937'te iptal edilmiştir. Yanlış inkâr daha ağır cezayı gerektirecektir³²⁰. Şunu söylemek gerekir ki bu susma hakkının statü hukukundan gelmediği, delille ilgili yargılama kuralı olup, temel hak niteliğinde olmadığı belirtilmektedir³²¹. Günümüzde Birleşik Krallık'ta susma hakkı ve bunun kullanımına yönelik kurallara temel olarak 1994 tarihli Ceza Adaleti ve Kamu

³¹³ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 685.

³¹⁴ Granfield, **a.g.e.**, s. 417.

³¹⁵ Skinnider, Gordon, **a.g.e.**, s. 8.

³¹⁶ Dijkhorst, **a.g.e.**

³¹⁷ Skinnider, **a.g.e.**, s. 6.

³¹⁸ Dijkhorst, **a.g.e.**

³¹⁹ [1914] AC 599.

³²⁰ Dijkhorst, **a.g.e.**

³²¹ Porter, **a.g.e.**, s. 2.

Düzeni Kanununda (Criminal Justice and Public Order Act) rastlamaktayız. Bu Kanunun 3. Bölümünde m. 34-40 arasında sanığın susmasından yapılabilecek çıkarımlara ilişkin düzenlenmelere yer verilmektedir. Ayrıca 1988 tarihli Kuzey İrlanda Cezai Deliller Düzeninin 3-6. maddelerinde de belirli durumlarda susma ve bundan çıkabilecek sonuç hakkında hükümlere bulunmaktadır.

C. Kıta Avrupası'nda Nemo Tenetur İlkesi

Kıta Avrupası'nda ise 18. yüzyıla kadar ikrar elde etme metodu olarak işkence önemliydi. Roma hukukunda sanığın susmasına izin veren bir düzenleme olmadığı gibi, bazı ciddi suçlarda mahkûmiyet için ikrar aranmaktaydı³²². Bölgesel Roma Meclisinin tüm dini mahkemelerde yemin etmeyi kaldırmasıyla, 1725'te kilise sanık haklarını tanımaya başlamıştır. Buna göre sanık ancak başkasının davasında tanık olarak dinlenmekteyse yemin etmek zorunda olacaktı³²³. 17 Aralık 1749'da Papa XIV. Benedikt tarafından Roma'da ilan edilen Paterna Caritas Anayasasına göre, sanıklar ikrarda bulunmazlar ise büyük günah işlemiş olacakları konusunda uyarılmalıydı³²⁴.

Fransa'daki yasal reform ile Voltaire ve Beccaire'nin yazıları Avrupa'da büyük etki göstermişti. 1754-1756 arasında Frederick II, Prusya'da işkenceyi kaldırdı ve ceza muhakemesiyle ilgili bağdaşmayan şiddet hakkında sanık lehine bazı düzeltmeler gerçekleştirdi. Rusya'daki II. Catherine, Beccaire'nin prensiplerini temel alan yeni çerçeve bir ceza kanunu düzenledi. 1865'de İtalya'da insani düzenlemeler içeren yeni bir ceza kanunu kabul edildi³²⁵. 18. yy'ın ortalarında önder Avrupa ülkeleri tarafından işkence kaldırılmıştır. 19.yy'da sorguda hukuka aykırı yöntemlerin uygulanması yasakladı; soruşturma hâkiminin yazılı özeti ve suçluluk karinesini esas alan gizli yargılamalar kaldırıldı. Böylece Kıta Avrupası'nda sanığa

³²² Granfield, **a.g.e.**, s. 403.

³²³ Granfield, **a.g.e.**, s. 410

³²⁴ Granfield, **a.g.e.**, s. 412.

³²⁵ Granfield, **a.g.e.**, s. 419.

birçok hak tanınmıştır³²⁶. Susma Hakkı ise Kanon hukukunda ilk defa 1917’de kabul edildi³²⁷.

E. Amerika Birleşik Devletleri’nde Nemo Tenetur İlkesi

Birleşik Krallık’taki hukuk sistemi ve bu alandaki gelişmeler bir İngiliz kolonisi olan Amerika’yı da etkilemişti. Devrimden sonra koloniler mahkemelere karşı bireysel haklarını korumaya yönelik düzenlemeleri anayasalarında yer vermeye başladılar. Birçok koloninin anayasa taslağında kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanmayı yasaklayan düzenlemelere bulunmaktaydı³²⁸. Avrupa’daki işkence uygulamalarını göz önünde tutarak, işkencenin uygulanmaması ve yanlış mahkûmiyetlere karşı temyiz yolunun tanınmasını amaçlayan Amerika Birleşik Devletleri’nin kurucuları, gerekli düzenlemeler yapmıştı³²⁹. Nemo Tenetur İlkesi, 1649 tarihli İngiliz Bill of Rights’tan aynen 1776’da ilan edilen Virginia Bill of Rights’a girmiş ve Amerika Birleşik Devletleri’nin anayasasının bir parçası olmuştur³³⁰.

Susma hakkının uygulanmasında, ilk olarak ifade veren sanığa gönüllülük testi uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu teoriye göre delil kuralları polis tarafından delil elde etme amaçlı olarak şüpheliye yapılan zorlamayı değil, güvenilir delilleri dışlamayı amaçlar³³¹. İtirafın güvenilirliğine göre kabul ya da red edilmelidir. Amerika Birleşik Devletleri’nde gönüllü olmadığı için delil olarak kabul edilmeyen ilk itiraf, mağdura iyilik yapma sözü ile elde edilmiş olan Commonwealth v. Chabcock davasındadır. Bu davada gönüllülük testinin diğer bir amacının da jüriyi gerçekliği şüpheli olan ikrardan koruyarak, yanlış mahkûmiyet olasılıklarını azaltmak olduğu belirtilmiştir³³². İşkenceyle elde edilen ikrarın kabul edilmemesine yönelik en erken Amerikan davalardan biri ise Hector v. Birleşik

³²⁶ Dijkhorst, **a.g.e.**

³²⁷ Granfield, **a.g.e.**, s. 416.

³²⁸ (Çevrimiçi) apps.americanbar.org/abastore/index.cfm?section=Main&fm...pdf, 12 Şubat 2012.

³²⁹ Meter, **a.g.e.**, s. 25.

³³⁰ Kemp, **a.g.e.**, s. 285.

³³¹ Godsey, **a.g.e.**, s. 481, 482.

³³² Skinnider, **a.g.e.**, s. 8.

Devletler³³³ dir. Sanık Hector bir köledir ve yakın bir zamanda gerçekleşen hırsızlık suçunun faili olduğu hususunda ikrarda bulunması amacıyla bir grup tarafından şiddete maruz kalmaktadır. Hector onlara kendisini serbest bırakırlarsa paranın nerede olduğunu göstereceğini söyler. Sonra Hector suçu ikrar eder ve tüm grubu sahibinin evine götürür. Fakat para orada bulunamaz. Hâkim bu davada jüriye sanık tarafından yapılan ikrarın ancak serbestçe veya gönüllü olduğuna kanaat getirirse kabul etmesi gerektiği husunda bilgi verir. Bu dava 2 açıdan önemlidir. İlki, bir açıklamanın güvenilirliği ile onun kabul edilebilirliği arasında bağ kurmuştur³³⁴. İkincisi, bu dava tolere edilemeyecek sorgu teknikleri ile elde edilen güvenilir açıklamaların kabul edilebilirliği tehlikesini içermektedir³³⁵. Gönüllülük testi ilerleyen dönemlerde sadece güvenilirlik değil, ayrıca kişinin karar vermedeki otonomisiyle ilgilenmeye başladı. Buna ilişkin ilk dava Amerika’da 1897 tarihli Bram v. Birleşik Devletler³³⁶ davasıdır. Bu davada yapılan yorumla susma hakkının sadece ceza davalarında geçerli olduğu bu nedenle polis sorgusunda uygulanamayacağı belirtilmiştir³³⁷. Ayrıca bu dava, gönüllü itiraf testinin de başlangıcıdır³³⁸.

İtirafın gönüllüğünün değerlendirilmesinde soruşturmadaki tüm koşullar dikkate alınır. Sorgunun uzunluğu ve zorlamanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin yanı sıra şüphelinin yaşı, ırkı, eğitimi, belirli psikolojik gücü ya da zayıflığı, geçmiş yaşamı, ki bunlar gece yapılan sorgusu sırasındaki tavrını belirleyen bilinçaltını etkilemiş olabilir, gibi sübjektif özellikler de dikkate alınır³³⁹. Fakat bunun uygulanmasındaki zorluk sonradan fark edilmiş ve 1960’larda Miranda kuralları ile içtihat hukukunda değişiklik yapılmıştır³⁴⁰.

³³³ 2 Mo. 166 (1829).

³³⁴ Chiesa, **a.g.e.**

³³⁵ Chiesa, **a.g.e.**

³³⁶ 168 US 532. Skinnider, **a.g.e.**, s. 9.; Bu davadaki ortaya konulan gönüllülük testinin günümüze göre farklı olduğu; sadece tehdit, şiddet doğrudan ya da dolaylı sözler(yarar) dikkate alınırken şimdiki modern itiraf kuralında tüm koşulların değerlendirildiği belirtilmektedir, Godsey, **a.g.e.**, s. 477; Skinnider, **a.g.e.**, s. 21.

³³⁷ Godsey, **a.g.e.**, s. 475.

³³⁸ Godsey, **a.g.e.**, s. 477.

³³⁹ Godsey, **a.g.e.** s. 468, 469.

³⁴⁰ Skinnider, **a.g.e.**, s. 22.

Amerika Birleşik Devletleri'nde Twining v. New Jersey³⁴¹ ve Adamson v. California³⁴² davalarında Yüksek Mahkeme, sanığın beyanda bulunmamasının onun aleyhine yorumlanabilmesini içeren kuralların dürüst yargılama ilkesini ihlal etmediğini açıkça belirtmiştir³⁴³. Kendini suçlamaya zorlanma yasağının özgür yönetiminden köklerini alan özgürlük ve adaletin temel bir prensibi olup olmadığının tartışıldığı Twining v. New Jersey davasında, mahkeme bunun aleyhine karar vermiştir. Twining davasında Yargıç Moody, bu yasağın 1215 tarihli Magna Carta'da yer almadığını ve 1215'ten 4. yy sonra kendini suçlayıcı sorgu pratiklerinin devam etmediğini, 1628 tarihli Petition Right'ın kendini zorlamaya değinmediğini ileri sürmüştür³⁴⁴. Bu nedenle Twining davasındaki mahkeme, Magna Carta'nın anlamını tanımada başarısız olduğu yönünde eleştirilmektedir³⁴⁵.

F. Türkiye'de Nemo Tenetur İlkesi

Türk hukukunda bu ilkenin gelişimi işkencenin yasaklanmasıyla paralel olmuştur. Osmanlı Devletindeki gelişime baktığımızda ise Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesi (24) = s k.'de işkenceye açık hükümlere rastlanmaktadır; “41 .— *Ve bir kimesnenin evinde veya elinde oğrılık nesne bulunsa satın aldıysa satanı bulduralar bulmazsa (ki) müttehim (ola) işkence edeler meğerki. (bulduğu vakit) getirip kadiya teslim ede veyahut yabanda bulduğun ispat ede ama işkencede ihtiyat edelerki kabl el-sübut telef-i nefis olmya ve eğer işkenceden ölürse davası sorulmya.*”, “46.— *Ve hırsız tayıfası işkencede ikrar etse ve alaim dahi delalet etse olikrar muteber ola.*”, “47.— *Eğer hırsız malûm olup ol dahi bir kimesne için şerikimdir dese ve ol kimesne levend ve müttehim ise işkence edeler eğer müttehim değil ise mücerred hırsız sözüyle işkence etmiyeler.*”³⁴⁶. Buna göre elinde veya evinde çalınmış mal bulunan kimse bu malı satın almış olduğunu veya yabancı veya ıssız bir yerde bulduğunu ispat edemezse sanık sayılacak ve işkenceye maruz

³⁴¹ 211 U.S. 78 (1908).

³⁴² 332 U.S. 46 (1947).

³⁴³ Griffin, **a.g.e.**, s. 935.

³⁴⁴ Levy, **a.g.e.**, s. 6.

³⁴⁵ Levy, **a.g.e.**, s. 4, 5.

³⁴⁶ Coşkun Üçok, “Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler”, III, **AÜHF**, C. IV, S. 1-4, Ankara, 1947, s. 58, 59.

kalacaktır. İşkence uygularken suç sabit olmadan sanığın ölmemesine dikkat edilecek; sanık işkenceden dolayı ölür ise ölümünden zarar görenler dava açamayacaktır. Suçu işlediğine dair delilleri olan sanık işkence sırasında suçunu ikrar etmişse, bu ikrarı kabul edilecektir. Kanunnamenin işkence ile sanığı ikrara mecbur etmesi ve bunun gibi hırsızın “şerikimdir” dediği kimselere de işkence edilmesini emretmesi usul bakımından İslâm Ceza hukukuna aykırı düştüğü yönünde eleştirilmektedir³⁴⁷. Zira İslâm hukukunda “*Beraat-i zimmet asıldır*” kuralı esastır ki bu kural herkesin can güvenliğinin teminatına bir örnek teşkil eder³⁴⁸. Ayrıca bu kural uyarınca sanığın suçsuzluğu asıldır, sanığın sadece suçsuz olduğunu söylemesi yeterlidir, onun suçlu olduğunu iddia eden ispatla mükelleftir³⁴⁹. Zaten Şer’i hukuka göre zorlama veya tehdit ile elde edilen ikrar kabul edilmemektedir. Fakat Osmanlı Ceza Kanununda şüphelinin suçlu olduğunu gösteren güçlü emareler bulunmamaktaysa işkence uygulanmamaktaydı³⁵⁰. Fakat belirtmek gerekir ki, işkence uygulaması hırsızlık suçunun yargılaması ile sınırlıydı yani diğer suçlardan dolayı yapılan yargılamalarda işkence yasağı devam etmekteydi³⁵¹.

Tanzimat Fermanı³⁵² ve Islahat Fermanında³⁵³ kişilere karşı eziyet ve işkence yapılamayacağı belirtilmekteydi. Yine Tanzimat döneminde yürürlüğe giren 1840 tarihli Kanun-u Cezanın 3. faslı³⁵⁴ ve 1852 tarihli Kanun-ı Cedidin 2. faslının 4.

³⁴⁷ Üçok, **a.g.e.**, s. 66, 67.

³⁴⁸ Halil Cin, Ahmet Akgündüz, **Türk-İslâm Hukuk Tarihi**, İstanbul, Timaş Yayınları, 1990, s. 186.

³⁴⁹ Cin, Akgündüz, **a.g.e.**, s. 424, 425.

³⁵⁰ Uriel Heyd, **Studies in Old Ottoman Criminal Law**, London, Oxford at the Clarendon Press, 1973, s. 252.

³⁵¹ İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s. 45

³⁵² “...Velhasıl bu kavanini nizamiye hâsıl olmadıkça tahsili kuvvet ve mamuriyet ve asayiş ve istirahat mümkün olmayup cümlesinin esası dahi mevaddı meşruhadan ibaret olduğundan fimabad eshabı cünhanın davaları kavanini şehir’iye iktizasınca alenen berveçhi tetkik görülüp hükmolunmadıkça hiç kimse hakkında hafi ve celi idam ve temsim muamelesi icrası caiz olmamak...”, (Çevrimiçi) http://www.tbmm.gov.tr/kultursanat/yayinlar/yayin001/001_00_005.pdf, 22 Ocak 2012.

³⁵³ “... mücazâtı cismaniye ve eziyet ve işkence müşabih kaffeî muamele dahi kâmilen lağv ve iptal kılınması ve bunun hilafına vukubulacak hareket şediden men ve zecrolunacağından maada bunun icrasını emreden memurin ile bilfiil icra eyleyen kesanın dahi ceza kanunnamesi iktizasınca tekdir ve tedip olunması...”,

(Çevrimiçi) http://www.tbmm.gov.tr/kultursanat/yayinlar/yayin001/001_00_005.pdf, 22 Ocak 2012.

³⁵⁴ Bkz. Ahmet Akgündüz, **Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı**, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1986, s. 812, 813.

maddelerinde³⁵⁵, kamu görevlilerinin kişilere karşı kötü muamele etmeleri suç olarak düzenlenmiştir.

Osmanlı Devletinde, ilk defa 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunun 103. maddesinde³⁵⁶ ifade ve sorgu sırasında işkence ve eziyet eden memurlara verilecek cezalar düzenlenmiştir. Yine 1876 tarihli Kanun-i Esasi m. 26'da "işkence vesair her nevi eziyet katiyen ve külliye memnudur" hükmü ile işkence yasağına yer vermiştir. 1924 Anayasası madde 73'e göre "İşkence, eziyet, zorluluk ve angarya yasaktır." 1961 Anayasası m. 14/3'e göre "Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz."

İlk defa 1961 Anayasası m. 33/4'te açıkça kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlamaya zorlanamayacağına yer vermiştir; "*Kimse, kendisini veya kanunun gösterdiği yakınlarını suçlandırma sonucu doğuracak beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*" CMUK m. 50'e göre "*Bir şahit, kendisine sorulan ve vereceği cevap ile kendisini veya 47 nci maddenin 1,2,3 üncü fıkralarında gösterilen taallükatından birini ceza takibine uğratabilecek suallere cevap vermekten çekinebilir.*" Yine 1412 sayılı mülga CMUK m. 47 "*Şahitlikten Çekinme Halleri*", m. 50 "*Şahidin Kendi Veya Taallükatı Aleyhine Şahitlikten Çekinmesi*", m. 52 "*Yemin Verilmeyen Şahitler*", m. 53 "*Şahitlikten Çekinmeğe Hakkı Olan Kimsenin Çekinmemesi*", m. 69 "*Ehlihibrelikten Çekinme Hakkı, Ehlihibre Olarak Dinlenemeyenler*", m. 135 "*İfade ve Sorgunun Tarzı*", m. 135/a "*Yasak Sorgu Yöntemleri*", m. 245 "*Şahitlikten Çekinme Hakkını Sonradan Kullanan Şahidin İfadesi*" ve m. 254 "*Duruşmanın Bitmesi ve Hüküm*" bu ilke ile ilgili maddeler olarak zikredilebilir. 5271 sayılı CMK'de de çalışmamızın normatif kaynaklar başlığı altında belirtildiği üzere Nemo Tenetur ilkesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

³⁵⁵ Akgündüz, **a.g.e.**, s. 825.

³⁵⁶ Akgündüz, **a.g.e.**, s. 851.

İKİNCİ BÖLÜM

İLKENİN UYGULANMA ŞARTLARI VE TARTIŞMALI OLDUĞU ALANLAR

Nemo Tenetur ilkesi, ancak şartları ve sınırları dâhilinde uygulama alanı bulur. Bu nedenle bu ilke ile aynı anlamda kullanılan susma hakkının kim tarafından, hangi koşullarda kullanılacağına ve sınırlarına değinmek gerekmektedir.

I. İLKENİN KİŞİ BAKIMINDAN UYGULANMA ŞARTLARI

Nemo Tenetur ilkesi, kişinin hem kendini hem de kanunda belirtilen belirli derecedeki yakınlarını suçlamaya zorlanmasını yasakladığı için, ilke kapsamında sunulan susma hakkı kavramının süjelerini 3 başlık altında incelemek mümkündür.

A. Şüpheli ve Sanık Bakımından Uygulanması

Susma hakkı temel olarak, şüpheli veya sanığın kendisini suçlamasına zorlanmasını engellemeyi amaçlar. Fakat Türk hukukunda, bu yasak daha geniş olarak yorumlanmakta, kişinin vereceği cevap ya da diğer delil kendisini değil, kanunda belirtilen yakınlarını suçlayıcı nitelik arz etmekte ise de bu hak gündeme gelebilmektedir.

Susma hakkının şüpheli ve sanık tarafından uygulanmasını incelemeyi önce ceza muhakemesinde şüpheli ve sanık kavramlarına değinmek gerekir. CMK m. 2/(1)/a'ya göre soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiye şüpheli denilmektedir. Soruşturma ise, yine aynı maddenin e bendi uyarınca, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evredir. Sanık, CMK m. 2/(1)/b'ye göre kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişidir. Kovuşturma da iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade etmektedir. Sanıklık kendine özgü bir statüdür ve bu aşamada kişi ne suçludur ne de

aklanmıştır, sadece masum olduğu sanılan kişidir¹. Zira suçlu dersek yargılamaya gerek olmazdı, aklanmış da değildir aksi takdirde masum olan kişiye tutuklama gibi özgürlüğü kısıtlayan bir tedbir uygulanamazdı. Bu evrede kişi masum olduğu zannedilen kişidir ve ancak hükmün kesinleşmesiyle kişinin suçlu olduğu tespit edilecek ya da kişi aklanacaktır.

Şüpheli statüsü için objektif ve subjektif olmak üzere iki kriter dikkate alınır. Objektif nitelikteki kriter, bir suç işlendiğini gösteren makul şüphenin bulunmasıdır. Bu da basit şüphenin somut fiili olgularla desteklenmesiyle oluşacaktır. Subjektif nitelik ise, devletin bu suçu kovuşturmak için harekete geçmiş olmasıdır. Cumhuriyet Savcısının suçla ilgili olarak araştırmaya başlaması bunun bir göstergesidir². İlgilinin hakkında soruşturmaya başlanmış olduğunu bilmesi bu açıdan önem arz etmemekle birlikte³; aktif sanık haklarının doğması için kişinin bu konuda bilgisinin aranması gerektiği ileri sürülmektedir⁴. Yeterli şüphe varsa, iddianame kabul edilir ve sanıklık statüsü başlar⁵. Diğer bir görüşe göre, şüpheli statüsünün başlangıç noktası olarak temel hakların kısıtlandığı an dikkate alınmalıdır⁶. Sanık olabilmek için ise soruşturma evresinde olsa bile ona bu sıfatı verebilecek işlemlerin uygulanması; örneğin, tutuklama kararı verilmesi, sorguya çekilmesi gerektiği kabul edilmekte⁷, suç isnadından itibaren sanık sıfatının başlayacağı da ileri sürülmektedir⁸. Mülga CMUK döneminde ise şüpheli kavramına ayrıca yer verilmediğinden, sanıklık sıfatı suç isnadı ile başlatılmaktaydı⁹. Hükmün kesinleşmesi ile sanıklık sıfatı sona erer ve artık kişi masum ya da suçlu kabul edilir¹⁰.

¹ Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011, s. 152.

² Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s. 418; Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkekeper, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, C. I, 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 37.; Feridun Yenisey, **Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Hazırlık Soruşturması ve Polis**, 2. bs., İstanbul, 1991, s. 105.

³ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 421.

⁴ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 427.

⁵ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 417; Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Genel Kısım**, 4. bs., İstanbul, 1984, s. 625.

⁶ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 422.

⁷ “*Deweer v. Belçika*”, (Başvuru No. 6903/75), Karar Tarihi 5 Şubat 1980.

⁸ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 423.

⁹ Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1996, s. 45, 46.

¹⁰ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 427.

AİHM'e göre ise sanık olabilmek için yetkili bir makam tarafından yapılan ve suç işlediği iddiasını taşıyan resmi bir bildirim gereklidir. Bunun için de şüphelinin durumunun bu bildiri ile önemli ölçüde etkilenip etkilenmediği incelenmelidir¹¹. Yine AİHM'e göre, suçlama temyiz de dâhil olmak üzere konu ile ilgili tüm usullerin yani muhakemenin tamamlanmasıyla sona erer¹².

Şüpheli veya sanığın susma hakkını kendi adına kullanması daha önce de belirttiğimiz üzere Nemo Tenetur ilkesinin en çok bilinen uygulanma şeklini oluşturmakta, yasak ifade alma ve sorgu yöntemleri, bunlarla elde edilen delillerin geçerliliği ve ikrar gibi hususları gündeme getirmektedir. Konumuz kapsamında yeri geldikçe bu hususlara değinilecektir.

Yakınlarını suçlamaya zorlanamama kapsamında ise tartışmalı husus, şüpheli veya sanığın suç ortağının ismini açıklaması durumunda cezasında indirim gidilebileceğini içeren hükümlerdir. Örneğin, TCK m. 38/3'e göre "*Azmettirenin belli olmaması hâlinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hâllerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir.*" Babası tarafından bir suç işlemeye azmettirilen failin, babasını suçlamamak için azmettiren olarak onun ismini vermemesi durumunda bu maddedeki indirimden yararlanamaması, onun açısından aleyhe bir durum meydana getirecektir. Bu nedenle TCK m. 38/3'ün kendini ve yakınlarını suçlamaya zorlanma yasağı ile çatıştığı belirtilmektedir¹³. Zira bu düzenlemeden yaralanabilmek için onu suça yönlendiren kim olursa olsun kişinin onu ihbar etmesi gerekmektedir.

¹¹ "*Eckle v. Almanya*", Başvuru No. 8130/78, Karar Tarihi 13 Temmuz 1982, para.73; "*Deweert v. Belçika*", Başvuru No. 6903/75, Karar Tarihi 27 Şubat 1980, para.46.

¹² "*Eckle v. Almanya*", (Başvuru No. 8130/78), Karar Tarihi 13 Temmuz 1982, para.76.

¹³ Yener Ünver, "Deliller ve Değerlendirilmesi", **Legal Hukuk Dergisi**, S. 32, Ağustos 2005, s. 2886.

B. Tanık Bakımından Uygulanması

Getirdiği yükümlülükler nedeniyle tanıklık statüsünün içeriğinin tespiti gerekmektedir. Tanıklık, iki ayrı bireyi ya da iki ayrı durumdaki aynı kişiyi ifade etmektedir: biri kendi duyu organlarıyla duyan, gören veya öğrenen ve bunu açıklayan doğrudan tanık; diğeri ise başkasından öğrendiğini anlatan dolaylı tanıktır¹⁴. AİHM ise AİHS’te yer alan kavramları otonom yorumlama yetkisine sahip olduğu için tanık kavramını da otonom olarak anlam verir. Mahkemeye göre tanık, ulusal mahkemenin ifadesini dikkate aldığı kişidir¹⁵.

Sanık, isnad edilen suç hakkında susma hakkına sahip iken, tanığın kural olarak beyanda bulunma zorunluluğu vardır¹⁶. Ancak tanık, hukuk devletinin sanığa susma hakkı tanınmasını gerekli gördüğü bir durumda ise, kanun ona da beyandan vermekten çekinme hakkı tanımıştır¹⁷. CMK m. 44’te tanıkların zorla getirilmesi¹⁸, CMK m. 60’ta tanıklıktan veya yeminden sebepsiz çekinme halinde tanığa uygulanacak yaptırım düzenlenmiştir¹⁹. Yine şüpheli ve sanığa yemin verdirilmemesine rağmen CMK m. 54’e göre tanık kural olarak yemin altında dinlenir.

¹⁴ Jeremy Bentham, **A Treatise on Judicial Evidence**, London, Messrs, Baldwin, Cradock and Joy, Paternoster-Row, s. 88.

¹⁵ Haydar Burak Gemalmaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çapraz Sorgu”, **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3- Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver, Seçkin Yay, Ankara, 2004, s. 399.

¹⁶ Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, s. 50; Tanıklık ancak savcılık, hâkim ya da mahkeme karşısında söz konusu olmaktadır. Polis karşısında ise ifade alma ya da sorgu değil, bilgi almadır. PVSK m. 15 uyarınca lüzum görülenlerin ifadesine başvuru ve hukuken tanıklık statüsü olmadığından bu kişiler ifade vermekten kaçınabilirler, Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, 1462.

¹⁷ Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, s. 50, 51.

¹⁸ “(1)Usulüne uygun olarak çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanıklar zorla getirilir ve gelmemelerinin sebep olduğu giderler takdir edilerek, kamu alacaklarının tahsili usulüne göre ödettilir. Zorla getirilen tanık evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse aleyhine hükmedilen giderler kaldırılır. (2) Fiilî hizmette bulunan askerler hakkındaki zorla getirme kararı askerî makamlar aracılığıyla infaz olunur.”

¹⁹ “(1) Yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında, bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber, yemininin veya tanıklığının gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilinceye kadar ve her hâlde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir. Kişi, tanıklığa ilişkin yükümlülüğüne uygun davranması halinde, derhâl serbest bırakılır. (2) Bu tedbirleri almaya naip hâkim ve istinabe olunan mahkeme ile soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi yetkilidir. (3) Davanın görüldüğü sırada bu tedbirler alındıktan ve yukarıdaki süreler suçun türüne göre tümüyle uygulandıktan sonra o dava veya aynı işe ilişkin diğer davada tekrar edilmez. (4) Disiplin hapsi kararına itiraz edilebilir.”

Ceza muhakemesinde tanıklar için geçerli olan birtakım hükümlerin tanık sıfatı verilmeyen kişiler ve sanık hakkında uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Amerika Birleşik Devletleri mahkemeleri bu durumdaki kişilerin taraflara sağlanan imkânlardan yararlanamayacağına hükmetmiştir²⁰. Bu konuda ilk olarak kimlerin tanık olamayacağına bakmak gerekir. Tanığın uyuşmazlığın tarafı olmaması gerektiğinden²¹, sanık tanığa sağlanan imkânlardan yararlanamaz ki zaten ona nazaran çoğu zaman daha geniş haklara sahiptir. Burada şikâyet edenin konumuna değinmek gerekir. Şikâyetçi davaya katılmadığı takdirde tanık sıfatında dinlenebilecek, tanığın hak ve yükümlülüklerine sahip olacaktır²². Aksi takdirde muhakemede üçüncü kişi konumunda olmayacakları için tanık olarak kabul edilemezler, fakat açıklamaları yine de delil olma vasfını korur²³.

Görüldüğü üzere yemin altında ifade verme zorunluluğu olan tanığın bu yükümlülüğünden Nemo Tenetur ilkesini ileri sürerek kurtulması iki şekilde olabilir:

1. Tanığın Kendisi İçin Uygulanması

Anayasa m. 38/5 “*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*” ve CMK m. 48/1’de “*Tanık, kendisini veya 45’inci maddenin birinci fıkrasında gösterilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir. Tanığa cevap vermekten çekinebileceği önceden bildirilir.*” Böylelikle tanıklıkta bulunma zorunluluğunun bir istisnası düzenlenmiştir. Amerika Birleşik Devletleri’nde ise çekinmenin temeli Amerikan Anayasası 5. Ek’te “*...Hiç kimse herhangi bir ceza davasında kendi aleyhine tanıklık yapmaya*

²⁰ John Henry Wigmore, **A Treatise on Evidence in Trials at Common Law, Third Edition, 1955 Pocket Supplement**, Boston, Little, Brown and Company, 1955, s. 3028, 3029; Martin I. Kaminsky, “Preventing Unfair Use of The Privilege Against Self-Incrimination in Private Civil Litigation: A Critical Analysis”, **Brook Law Review**, Vol. 39, 1972, s. 128.

²¹ Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, s. 39.

²² Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, s. 41.

²³ Tosun, **a.g.e.**, s. 757.

zorlanamayacak...”²⁴ olarak ifade edilmiştir. Burada geçen “hiç kimse” ifadesi nedeniyle kendini suçlamaya zorlanma yasağı tanıklara da uygulanabilmektedir²⁵.

CMK m. 48/1’in uygulanması için kişi tanık olmalıdır. Zira kişi şüpheli veya sanık ise bu maddeye gitmesine gerek olmaksızın CMK m. 147/e, 148, 191/c ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m. 23/f, 24/4’e dayanarak susma hakkını kullanabilir. Burada gündeme gelebilecek bir ihtimal ise, failin hataen tanık olarak dinlenmesi durumudur. Tanığın da kendini suçlayacak hususlarda susma hakkını harekete geçirebilmesi imkânı bulunduğundan, bu konuda uyarılmasına rağmen açıklamada bulunan tanığın daha sonradan yargılama konusu suçun faili olduğunun anlaşılması ve sanık konumuna girmesi halinde susma hakkının ihlal edilmiş sayılamayacağı belirtilmektedir²⁶. Fakat kişiye hakları bildirilmemişse ve bu sırada kendisini suçlayıcı beyanlarda bulunmuşsa, normun koruduğu hukuki menfaate aykırılık bulunduğundan, susma hakkı ihlal edilmiştir. Bu bilgiler daha sonraki bir muhakemede onun aleyhine kullanılamaz²⁷. Kanımızca da tanık beyanda bulunmadan önce yapacağı açıklamanın ilerde kendi aleyhine kullanılabileceğine dair aydınlatılmışsa ve buna rağmen konuşmayı tercih etmişse; daha sonra tanık olarak beyanda bulunduğu suçla bağlantısı olduğu açığa çıksa bile önceki beyanlarının susma hakkının ihlal suretiyle elde edildiğini ileri sürememelidir.

Belirtmek gerekir ki, burada yer alan düzenleme tanıklıktan çekinme hakkına nazaran daha dardır. Tanık ancak belirli sorulara cevap vermekten çekinebilmekte fakat diğer konularda beyanda bulunma zorunluluğu devam etmektedir²⁸. Tanığın

²⁴ “..Nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself..”

²⁵ Leonard W. Levy, “The Right Against Self-Incrimination: History and Judicial History”, **Political Science Quarterly**, Vol. 84, No. 1, 1969, s. 17; Akhil Reed Amar, Renée B.Lettow, “First Amendment Principles: The Self-Incrimination Clause” **Faculty Scholarship Series Paper 993**, 1995, s. 861.

²⁶ Burcu Demren Dönmez, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, s. 55.

²⁷ Claus Roxin, “İspat Hukukunun Esasları”, çev. Yener Ünver, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 8, 2005/2, s. 283.

²⁸ Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, s. 217; Öztürk, v.d., **a.g.e.**, s. 277; Roderick R. Ingram, “A Clash Of Fundamental Rights: Conflicts Between The Fifth And Sixth Amendments In Criminal Trials”, **William. & Mary Bill of Rights Journal**, Vol. 5, 1996, s. 303.

vereceği cevaplar ifadenin tümünü etkilemekte ise tanık tüm sorulara cevap vermeme suretiyle tanıklıktan dolayı da olsa tamamen çekilmiş olacaktır²⁹.

Tanığın kendisine sorulan sorulara cevap vermesi halinde uğraması muhtemel ceza kovuşturmasına konu olan suçun takibinin şikâyete bağlı olması, uzlaşmaya veya önödeme tabi bulunması, hatta zamanaşımı veya genel af gibi nedenlerle esasen bir ceza kovuşturmasının mümkün olmadığı durumların varlığı halinde dahi çekinme hakkının kabulü gerektiği ileri sürülmüştür. Bunun gerekçesi olarak da Anayasa m. 38/5 te yer alan düzenlemede sadece “suçlayıcı beyan” ibaresinin kullanılmış olması gösterilmektedir³⁰. Bu tür durumlarda vereceği ifade ile kendini veya kanunda belirtilen yakınlarını ceza takibatına uğratabilecek tanıklara, kendilerini koruma içgüdüleriyle yalan söylemelerine neden olmamak için çekinme hakkı tanınmıştır³¹. Diğer bir görüşe göre, tanığın beyanıyla kendisini veya yakınlarını soruşturmaya uğratma ihtimali ortadan kalkmışsa, örneğin, hukuka uygunluk sebebi yahut cezayı ortadan kaldıran sebep varsa ya da hüküm verilmişse, CMK m. 48’e dayanarak tanıklıktan çekinemez³². Kanımızca hakkında cezai takibat yapılma ihtimali ortadan kalksa da, kişiden kendisini suçlaması beklenmemelidir. Bu, insan doğasına aykırıdır. Üstelik Anayasaya göre verilecek delilin suçlayıcı olması yeterlidir. Aksi takdirde Anayasada tanınmış bir hakkın sınırlandırılması gündeme gelecektir ki bunun için temek hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin rejime uygun düzenleme yapılmalıdır.

2. Tanığın Yakınları İçin Uygulanması

Bir kişinin yapacağı açıklama veya vereceği delilin yakınına suçlayacağı gerekçesiye reddedip reddedemeyeceğine bakmak gerekir. Common Law’da ve bazı Avrupa ülkelerinde eşler diğerinin rızası olmaksızın birbirleri aleyhine tanıklık

²⁹ Önder, **a.g.e.**, s. 909.

³⁰ Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, Erol Güngör Yüksel, **Deliler, Çapraz Sorgu ve İspat**, Ankara, Yayın Matbaacılık, 2008, s. 146.

³¹ Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, s. 215.; Faruk Erem, **Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku**, Ankara, Işın Yayıncılık, 1986, s. 158.

³² Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 240, 241.

yapmaya zorlanamazlar³³. Kimi Avrupa ülkelerinde ebeveynler ile çocuklarının birbiri aleyhine tanıklık yapmalarını önleyen başka imkânlar yer almaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde de ise bu konu hâlâ gündemde yer almakta ve tartışmalar devam etmektedir³⁴. Türk hukukunda ise şüpheli ve sanığın yanı sıra bunların belirli derecedeki yakınları için de Nemo Tenetur ilkesinin harekete geçirilmesi mümkündür. Anayasa m. 38/5'e göre "*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*". Tanığın ifade verme zorunluluğundan yakınları menfaatine çekinmesi için temel dayanak olarak yukarıda zikredilen AY m. 38/5 ve CMK m. 48/1'in yanı sıra, CMK m. 50/1/c'ye göre de "*Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştirakten veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar.*" yeminsiz dinlenebilecektir.

"Kanunda belirtilen yakın" kavramına kimlerin gireceğinin tespiti gerekmektedir. CMK m. 45/1'den yararlanılarak "yakın" kavramı belirlenebilir³⁵. Bu kapsama;

- a) Şüpheli veya sanığın nişanlısı.
- b) Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi.
- c) Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy.
- d) Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dâhil kan veya ikinci derece dâhil kayın hısımları.
- e) Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar.
girmektedir.

³³ Richard M. Mosk, Tom Ginsburg, "Evidentiary Privileges in International Arbitration", **International and Comparative Quarterly**, Vol. 50, 2001, s. 359.

³⁴ Mosk, Ginsburg, **a.g.e.**, s. 360

³⁵ Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre Anayasa'da belirtilen yakın kavramı hususunda Türk Medeni Kanunu'ndaki kan ve kayın hısımlıkları esas alınmalıdır, Özlem Yenerer-Çakmut, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu", **Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006, s. 1056.

a. Şüpheli veya Samiğin Nişanlısı

Türk Medeni Kanunu m. 118/1'e göre, nişanlanma evlenme vaadi ile olur. Bu nedenle nişanlanmanın varlığından söz edebilmek için ayrı cinsiyetten iki kişinin karşılıklı evlenme vaadi olması gerekir³⁶. Nişanlanma herhangi bir şekle tabi değildir³⁷. Tarafların ehliyetli olması, nişanlanmanın emredici hukuk kurallarına, ahlak ve adaba aykırı olmaması ve evlenmenin hükümsüz olmaması koşulu ile geçerli bir nişanlanmadan söz edilebilecektir. Tam ehliyetsizler dışındakiler nişanlanmaya ehildir³⁸. Evlenme engeli olan hısımlığın, evlenmeye engel akıl hastalığının varlığı, evlatlık ilişkisinin bulunması, mevcut bir evliliğin nişanlanmaya engel teşkil etmesi gibi durumlar nişanlanmayı hükümsüz kılar³⁹. Tanıklıktan çekinme gibi sebeplerle muvazaalı yapılan nişanlanmalar da geçersizdir⁴⁰. Nişanlanmanın zamana bağlanması ya da ahlaka, adaba ve kişilik haklarına aykırı olmaması kaydıyla mümkündür⁴¹.

Kanun koyucu evli çiftlere boşansalar da tanıklıktan çekinebilme imkânı tanır. Nişanlı çiftlerin ise tanıklıktan çekinebilmeleri için bu yükümlülüğün bulunduğu süre içinde nişanlılık ilişkisinin var ve devam ediyor olması gerekmektedir. Doktrinde diğer bir görüşe göre tanıklıktan çekinmeye dair hükmün getiriliş amacına uygun yorum yapıldığında nişanlanmanın medeni hukuk anlamında geçersiz sayıldığı durumlarda da tanıklıktan çekinme hakkının varlığının kabul edilmesi gerekir⁴².

³⁶ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s. 19.

³⁷ Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 20.

³⁸ Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 23.

³⁹ Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 24.

⁴⁰ Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 26.

⁴¹ Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 27.

⁴² Bahri Öztürk, v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, s. 11.

b. Evlilik Bağı Kalmasa Bile Şüpheli veya Sanığın Eşi

Şüpheli veya sanığın eşi, ifade vermesini gerektiren olay evlilikten önce, evlilik sırasında ya da evlilik sonrasında olsa da tanıklıktan çekinme hakkına sahip olacaktır⁴³. Burada önemli olan husus geçerli bir evliliğin varlığıdır. Dini nikâh, evlilikten dolayı çekinme hakkı meydana getirmez⁴⁴. Mahkeme tarafından çiftler için belirli bir süreliğine ayrılık kararı verilmiş olması evlilik ilişkisini ortadan kaldırmayacağı gibi; butlanına karar verilmiş olan bir evlilik butlan kararı verilinceye kadar geçerli bir evlilik gibi hüküm ifade edeceği için kanımızca tanıklıktan çekinme hakkı bu durumda da geçerli olmalıdır.

Bu başlık altında nikâhsız birliktelikler hususna değinmek gerekir. Bu durum iki şekilde gündeme gelebilir. En sık rastlanan form; birlikte bir yaşam sürdürme kararında olan, ortak çocuklara sahip, aynı evde yaşayan tarafların nikâhsız ya da dini nikâhla olan birlikteliğidir. Bu tür birlikteliklerde temel tartışmalı nokta, evli çiftlere sağlanan hak ve ayrıcalıklardan istifade etmenin mümkün olup olmadığıdır. AİHM önüne giden yakın tarihli bir davada⁴⁵ mahkeme, resmi nikâhsız birlikteliklerdeki çiftlerin, yasaların resmi nikâhlı çiftlere sağladığı hak ve imkânlardan yararlanamamasının bir ayrımcılık teşkil etmediğini; burada tarafların resmi nikâh yapmaktan kaçınarak kendine özgü bir sözleşme niteliğindeki evlilik sözleşmesinin gerektirdiği sorumluluklardan kaçınmakta olduğunu belirtmiştir. Tanıklıktan çekinebilme hakkının nişanlılara bile tanınması bu konuda bir itiraz olarak karşımıza çıkabilse de, nişanlılık ile nikâhsız birliktelik farklıdır. Nişanlanmada evlenme vaadi vardır ve taraflar belirli hususlarda karşılıklı sorumluluk altına girmektedir.

Van der Heijden v. Hollanda davasına⁴⁶ konu olan olayda ise adam öldürme suçundan dolayı yargılanan sanığın birlikte yaşadığı kişi tanıklıktan çekinme hakkını

⁴³ Ayhan Önder, “Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Şahitlikten Çekinme Hakkı”, *İÜHFİM*, C. 29, S. 4, 1963, s. 894.

⁴⁴ Önder, *a.g.e.*, s. 894

⁴⁵ “Şerife Yiğit v. Türkiye”, (Başvuru No. 3976/05), Karar Tarihi 20 Ocak 2009.

⁴⁶ “Van der Heijden v. Hollanda”, (Başvuru No. 42857/05), Karar Tarihi 3 Nisan 2012.

kullanmak istemektedir. Başvurucu her ne kadar sanıkla arasında resmi nikah olmasa da 18 yıldır birlikte yaşadıklarını, iki çocukları olduğunu ve sanığın bu çocukları resmi olarak tanıdığını belirterek Hollanda Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca tanıklıktan çekinmek istemiştir. Fakat bu talebi kabul edilmemiş, bu nedenle tutuklanmıştır. AİHM bu davanın aile hayatına saygı hakkına müdahale ile ilgili olduğu gerekçesiyle AİHS m. 8 kapsamında incelemiştir. Zira AİHS m. 8 kapsamında aile sayılabilmek için resmi nikah şart değildir. Mahkemeye göre başvurusunun tanıklıktan çekinmesine izin verilmemesi onun aile hayatına saygı hakkına bir müdahale niteliğinde olsa da bu müdahale Ceza Muhakemesi Kanununun 221. maddesine yani yasaya uygundur. Suçluyu kovuşturma ve delili elde etme amaçlanmaktadır. Ayrıca demokratik toplumda gereklidir. Çünkü ciddi suçları kovuşturma ile aile yaşamını devletin müdalesinden koruma gibi iki menfaat çatışmaktadır. Fakat AİHM'e göre burada önemli olan birlikteliğin uzunluğu ve destekleyici niteliği değil, hak ve yükümlülükler öngören yasal bağdır. Başvurucu ve partneri ise yükümlülükler de içeren yasal bir bağ kurmadıklarından Ceza Muhakemesi Kanununun 221. maddesi kapsamında korunan bir aile değillerdir. Bu nedenle başvurusunun tanıklıktan çekinmesinin reddi AİHS m. 8'i ihlal etmez.

Kanımızca nikâhsız birliktelikler konusunda doğru karar verebilmek için tanıklıktan çekinme hakkının kabul edilme amacına bakmak gerekir. Bu hak, şüpheli ya da sanıkla belirli derecede yakın ilişkide bulunan kişilerin ilişkilerinin korunması, yakınlarını suçlama ile mahkemede doğru söyleme arasındaki çelişkiye maruz kalmaması için sağlanan bir haktır. Bu nedenle kanunda sayılan tanıklıktan çekinebilecek kişiler hususunda kıyasın mümkün olması gerektiği düşünülebilse de nikâhsız birliktelikler kanunen tanınmadığı için korunma görmez. Zira AİHM kararlarında da belirtildiği üzere bu tür birliktelikler taraflara yükümlülük vermediği için hak da bahsedemez. Üstelik tanıklıktan çekinme hakkı bir istisna hükmü olduğundan dolayı da kıyas mümkün olmamalıdır.

c. Akrabalık İlişkisi

Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy ile üçüncü derece dâhil kan veya ikinci derece dâhil kayın hısımlarına tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır. Üstsoy ve altsoy bakımından sınır yoktur; anne, baba, büyükanne, büyükbaba ve onlarında anne, baba ya da büyükanne ve büyük babaları, evlat, torun, torun çocuğu, torunun torunu bu kapsamda değerlendirilebilir. İkinci derece kan hısmı kişinin kardeşi, üçüncü derece kan hısmı ise teyze, dayı, hala, amcadır. Birinci derece kayın hısmı, kişinin kayınvalidesi ve kayınpederi; ikinci derece kayın hısmı, kişinin eşinin kardeşidir. Burada dikkati çekmesi gereken husus, kişinin boşanmasına rağmen akrabalık ilişkisinin sona ermeyeceği bu nedenle de kan hısımlığı gibi kayın hısımlığının da bir kez oluşunca devam edeceğidir. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanunî temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilirler. Kanunî temsilci, şüpheli veya sanık ise bu kişilerin çekinmeleri konusunda karar veremez.

d. Evlatlık İlişkisi

Evlat edinmeye dayanan soybağı, evlat edinme ilişkisini kuran mahkeme kararı ile (MK m. 315/1) meydana gelir. Burada da nişanlılık da olduğu gibi tanıklık sırasında evlatlık ilişkisinin bulunması aranır, aksi takdirde tanıklıktan bu sebebe dayanılarak çekinilmez. Yine belirtmek gerekir ki, eşlerden yalnız biri evlat edinmiş ise diğer eş ile evlatlık ilişkisi ve buna dayalı tanıklıktan çekinme mümkün olmaz.

Şüpheli veya sanık ile belirli derecede yakınlığın dayanak oluşturduğu tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanların bu sayılanlarla sınırlı olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Zira ceza muhakemesinde sınırlayıcı ve istisnai hükümler dışında kural olarak kıyas serbesttir⁴⁷. Bu durum doktrinde bazı tartışmalara neden olmaktadır. Örneğin, bakıcı ile bakılan arasında da evlat edinmeye benzer, ahlaki bir

⁴⁷ Tosun, **a.g.e.**, s. 132; Öztürk vd., **a.g.e.**, s. 37; Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 26.

ilişki söz konusu olduğundan, kişinin kendisine bakan ve yetiştiren kimseye karşı tanıklık yapmaya zorlanamaması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁸. Fakat burada kanunen tanınan ve korunan değil, ahlaki bir ilişki söz konusudur. Ahlaki ilişkilerde ise yasal olarak talep edilebilen hak ve yükümlülük söz konusu olmayacağından, tanıklıktan çekinme burada kabul edilmemelidir.

Tanığın yakınlarını suçlamaya zorlanma yasağı kapsamındaki imkânlardan yararlanabilmesi hususunda ikili bir ayırım yapmak gerekir:

Birinci ihtimalde, tanıklık yapacak kişi ile şüpheli ya da sanık arasında CMK m. 45/1'de yer alan ilişkilerden biri söz konusudur. Tanık, CMK m. 45/3 uyarınca dinlenirken de istediği her zaman tanıklıktan çekinebilir. Tanıklıktan çekinmez ise, CMK m. 51 uyarınca yeminden çekinebilir. Bu takdirde gündeme gelebilecek bir husus tanıklıktan tamamen çekinme hakkı bulunan kişinin, kısmen çekinme hakkı olup olmayacağı yani sadece belirli sorulara yanıt vermekten çekinip çekinemeyeceğidir ki tanığa böyle bir hakkın tanınmamasının, ya tanıklıktan tamamen çekinmesi ya da bu hakkından feragat ederek tanıklık yapması gerektiği anlamına geleceği ileri sürülmektedir⁴⁹. Kanımızca, şüpheli veya sanığa kısmi susma hakkı tanınan bir hukuk sisteminde, Nemo Tenetur ilkesinin başka bir uygulanma şekli olan tanıklıktan çekinme hususunda da kısmi çekinme hakkı tanınmalıdır. Zira kişi tanıklık yapmayı tercih ettiğinde doğru beyanda bulunmakla yükümlü olmakla birlikte, sonradan tanıklıktan çekinme hakkını kullanabilecekse, kısmi çekinme hakkı yani bazı sorulara yanıt vermekten kaçınma hakkı da kabul edilmelidir. Bir hakkın çoğuna sahip olan birinin evleviyetle azını da kullanabilmesi gerekir. Tanık ifadesi ceza yargılamasında mutlak gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından önemli olmakla birlikte kanuni delil niteliğini haiz olmadığı için bu tür durumlarda hakim, tanığın ifadesini vicdani kanaatine dayanarak değerlendirilecektir. Bu nedenle ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacı da susma hakkının kısmi olarak uygulanmasına bir engel teşkil etmez.

⁴⁸ Önder, **a.g.e.**, s. 897

⁴⁹ Önder, **a.g.e.**, s. 925.

İkinci ihtimalde ise, tanığın tanıklıktan çekinmesine neden olacak yakını, söz konusu davada şüpheli ya da sanık konumunda değildir. Bu takdirde kanun koyucu tanıklıktan bütünüyle çekinmeyi kabul etmemiş, ancak yakınlarını ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara yanıt vermeme hakkı tanımıştır. Burada da tanık tarafından yapılacak açıklamanın onun kanunda belirtilen yakını hakkında kovuşturmaya neden olacak olup olmaması ya da onu suçlayıcı nitelikte olmasının kâfi görülüp görülemeyeceğine ilişkin yukarıda yapılan açıklamalara atıfla yetiniyoruz.

Bu başlık altında incelenebilecek hususlardan bir diğeri de 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 278, 279, 280, 281. maddelerinde yer alan suç ihbar suçlarıdır.

İptal edilen TCK m. 278 suçu bildirmeme suçunu düzenlemekteydi;

“(1) İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması hâlen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürlü olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır”.

Maddenin Anayasa Mahkemesine taşınmasına neden olan olayda bir çocuk kardeşleri tarafından cinsel istismara uğramış, fakat diğer kardeşleri ve annesi bu durumu bilmesine rağmen yetkili makamlara bildirmediği için haklarında suçu bildirmeme suçu nedeniyle dava açılmıştır. Bunun üzerine Cumhuriyet savcısı suçu bildirmeme suçuna ilişkin düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu iddiasında bulunmuş ve bu iddiayı ciddi bulan Genç Asliye Ceza Mahkemesi bu maddenin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi de bu maddede yakın akrabalık durumu ile ilgili bir düzenleme yer almadığından, Anayasanın 38/5.

maddesinde düzenlenen “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” şeklindeki hükme aykırı bularak maddeyi iptal etmiştir⁵⁰.

Madde iptal edilmeden önce doktrinde bu suçun faili konusunda tartışmalar yer almaktaydı. CMK m. 45’te gösterilen yakınlarından biri suç işlemekte ise ya da sebep verdiği neticenin halen sınırlandırılmasının mümkün olduğu bir suç işlemiş ise kişinin bu suçun ihbar etmemesinin akıbetinin ne olacağı hususunda çeşitli görüşler bulunmakta idi. Şunu belirtmek gerekir bu tartışmalar TCK m. 279, 280, 281 için de uygulanabilir niteliktedir.

Birinci görüşe göre, Anayasa m. 38/5 doğrudan uygulanabilir bir kural olduğundan, işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte neticesinin sınırlandırılmasına olanak bulunan suçun faili veya suç ortağı, bu suçun faili olamaz⁵¹. Hekimin kendisinin yahut yakın akrabalarının fail olduğu suçlara ilişkin bildirim yükümlülüğü bakımından da Anayasanın 38/5’teki hak ileri sürülebilir⁵². Sır saklama yükümlülüğü de hakkın kullanılması kapsamında bu suç açısından hukuka uygunluk nedeni oluşturacaktır⁵³. Yani bu görüşe göre kişinin kendisi ya da kanunda belirtilen yakınlarını suçlayan beyanda bulunmasını gerektiren ve bunun aksine tutumu suç sayan durumlarda Anayasa m. 38/5 devreye girerek, bu suçlar bakımından hakkın kullanılması kapsamında bir hukuka uygunluk sebebi oluşturacaktır⁵⁴.

⁵⁰ E. 2010/52, K. 2011/113, 30.6.2011.

⁵¹CGK, 178/159, 16.06.2009; Mustafa Ruhan Erdem, “Suçu Bildirmeme Suçu”, **TBB Dergisi**, S. 80, 2009, s. 109; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. bs., Ankara, Turhan Yayınevi, 2010, s. 1067; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 964; Çakmut-Yenerer, **a.g.e.**, s. 1056; Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 492, 496.

⁵² Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s. 5543.

⁵³ Erdem, **a.g.e.**, s. 116.

⁵⁴ Fatih Selami Mahmutoğlu, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 110. Ayrıca bkz. dipnot 111.

İkinci bir görüşe göre ise, TCK m. 278, 279, 280 düzenlemelerinin kendini ve yakınlarını suçlamaya zorlanma yasağı yani Nemo Tenetur ilkesiyle çelişmekte⁵⁵; hastanın tıp mensubunca ihbarının, bizzat hastanın kendisi hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılmasına neden olması ihtimalinde, hekimlerin tedavi yapması ve fakat ihbar yükümlülüğü altında olmaması gerekmektedir⁵⁶. Bu maddelerde belirtilen suç ihbar etmeme suçlarının yanı sıra delilleri bildirmeme suçu gündeme gelse de delilleri bildirmeme suçunun failinin asıl suçun faili olamayacağı belirtilmektedir⁵⁷. Yine aynı görüşe göre, Anayasa m. 38/5 doğrudan uygulanabilir değildir. Aksi takdirde, Anayasada yer alan tüm normların doğrudan uygulanması gerekecek; bu durum da keyfiliğe yol açacaktır. Bu nedenle suçun kendisi ya da yakınları lehine işlenmesi kanunda açıkça şahsi bir cezasızlık sebebi olarak düzenlenmelidir⁵⁸. Aynı yazar Anayasa m. 38 ile CMK m. 48'in birlikte dikkate alınması gerektiğini ve CMK m. 48'de yer alan “kovuşturmayla uğratabilecek” ibaresinin yerine Anayasa m. 38 ile uyumlu olacak şekilde “soruşturma açılmasına neden olabilecek” şeklinde genişletilerek Anayasanın tanıdığı hakkın kısıtlanmaması gerektiğini belirtmektedir⁵⁹. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Anayasa m. 38'de yer alan kendini ve yakınlarını suçlamaya zorlanma yasağının bir hak olmakla birlikte, maddi ceza hukuku uygulamasında suç tipleri açısından susma hakkının kullanılması bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemektedir. Üstelik bu durumun sadece şahsi cezasızlık olabileceği ve suç tiplerinin yer aldığı maddelerde açıkça “şahsi cezasızlık” olarak düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. TCK m. 281/1'de yer alan suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu bakımından ise kanun koyucunun bu durumu kusuru etkileyen bir durum olarak düzenlediği ileri sürülmüştür⁶⁰.

Üçüncü bir görüş, yalan tanıklık ve suçluyu kayırma gibi suçu bildirmeme suçuna nazaran daha ağır sonuçları olan suçlar bakımından bile kişinin belirli

⁵⁵ Yener Ünver, “Deliller ve Değerlendirilmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, S. 32, Ağustos 2005, s. 2888.

⁵⁶ Ünver, Deliller ve Değerlendirilmesi, s. 2887.

⁵⁷ Ünver, Deliller ve Değerlendirilmesi, s. 425.

⁵⁸ Yener Ünver, **Adliye Karşı Suçlar (TCK m. 267-298)**, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi, 2010, s. 257.

⁵⁹ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar (TCK m. 267-298)**, s. 174.

⁶⁰ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar (TCK m. 267-298)**, s. 293.

derecedeki yakınlarını suçlamaması şahsi cezasızlık nedeni olarak kabul edildiğine göre, suçu bildirmeme suçu bakımından da bu sonuca varılması gerektiğini belirtmektedir⁶¹. Fakat burada dikkatten kaçan husus, şahsi cezasızlık sebeplerinin sınırlı sayıda olduğudur. Ancak açıkça belirtilen durumlarda şahsi cezasızlık sebepleri uygulanabilir.

Dördüncü bir görüşe göre, belirli meslekler için öngörülen sır saklama yükümlülüğü ile suçu ihbar yükümlülükleri birbiriyle çelişmez. Zira hukuk düzenini ihlal etmeyen hususlar sır olarak nitelendirilip, hukuki değer olarak korunmaya alınır⁶². Kişinin yakının işlediği suçu ihbar etmemesi ise mazeret nedenidir ve bu takdirde ihbar yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişiye ceza verilmez⁶³.

Diğer bir görüşe göre, Anayasa m. 38/5'te yer alan düzenleme doğrudan uygulanabilir olmayıp, her bir suç için şahsi cezasızlık sebebine yer verilmesi gerekmektedir birlikte, TCK m. 268 için buna gerek olmadığı ileri sürülebilir. Çünkü TCK m. 268 kişilere faili değil, suçu ihbar etme yükümlülüğü yüklediğinden Anayasa ile tutarsızlık arz etmemektedir⁶⁴.

Kanımızca, burada ilk başta Anayasa m. 38/5'te yer alan kendini ve yakınlarını suçlamaya zorlanma yasağı ve bu kapsamda susmanın hukuki niteliğine göre çözüme gidilmelidir. Susma sübjektif bir hak ise, TCK m. 279, 280, 281'de yer alan suçlar için TCK m. 26/1'deki hakkın kullanılması kapsamında bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmelidir. Zira hukuk sistemi bir bütündür ve bir alanda hak olarak kabul edilen husus her alanda bu niteliğini korumalıdır.

Normlar hiyerarşisine göre kanunlar Anayasaya uygun olmak zorunda olup, bunun denetimi de Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilmektedir. Kanunlar

⁶¹ Faruk Erem, Nevzat Toroslu, **Türk Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, Ankara, Savaş Yayınevi, 6. bs., 1994, s. 185.

⁶² İlhan Üzülmmez, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu", **V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, "Tıp Hukukunun Güncel Sorunları"**, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara 2008, s. 844.

⁶³ Üzülmmez, **a.g.e.**, s. 840; Özgenç, **a.g.e.**, s. 140.

⁶⁴ İsa Döner, "Suçu Bildirmeme Suçu(TCK m. 278)", **AÜEHFD**, C. 9, S. 3-4, 2005, s. 87, 88.

Anayasa'nın tanıdığı temel hak ve hürriyetleri daraltan hükümler içeremez. Bu nedenle Anayasa m. 38/5'te yer alan düzenlemenin ceza hukukunda da uygulama alanı bulması gerekir. Suç tipleri açısından Anayasanın bu hükmünün uygulanamayacağını ileri sürmek Anayasadaki normların uygulanmasını işlevsiz kılacağı gibi, normlar hiyerarşisine de aykırı düşecektir. Zira Anayasa m. 11'de belirtildiği üzere, *“Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.”* Hukuka uygunluk nedenleri sözleşmeden bile doğabileceğine göre, Anayasadan kaynaklanamayacağını ileri sürmek mümkün değildir. Bu nedenle kişinin kendisi ya da yakınları için Nemo Tenetur ilkesinden yararlanması mümkündür ve bu nedenle kanunlarda ayrı bir düzenlemeye gerek bulunmamaktadır.

Bu konuda kanun koyucu ise suçu bildirmeme suçunu düzenleyen TCK m. 278'i 30/6/2011 tarihli ve E.:2010/52, K.:2011/113 sayılı kararı ile iptal ettikten sonra 2/7/2012 tarihinde 6352 sayılı Kanun ile yaptığı değişiklik ile maddeye *“Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz.”* ibaresini eklemiştir. Yani Anayasa m. 38/5'te yer alan susma hakkının bir hukuka uygunluk sebebi olarak doğrudan uygulanması kabul edilmeyerek, bu husus TCK m. 278 açısından bir şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiştir. Burada Anayasa m. 38/5'in hukuki nitelendirilmesi ve doğrudan uygulanabilirliğine ilişkin tutarsızlığa dikkat çekmek gerekir. Zira Anayasa Mahkemesinin TCK m. 278'in iptaline ilişkin kararında⁶⁵ Anayasa m. 38/5'te yer alan düzenleme, susma hakkı olarak nitelendirilmeyip, bunun evrensel bir ceza hukuku ilkesi olduğu belirtilmiştir. İptalinden sonra TCK m. 278'in yeni düzenlemesinde yakınlarının işlediği suçu ihbar etmeme bir şahsi cezasızlık nedeni olarak kabul edilmiştir. Hâlbuki Anayasa Mahkemesi VUK m. 359/a-2'e ilişkin kararında⁶⁶ ise Anayasa m. 38/5'te yer alan *“Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.”* ifadesi susma hakkı olarak tanımlanmıştır.

⁶⁵ E. 2010/52, K. 2011/113, 30.6.2011.

⁶⁶ E. 2004/3, K. 2007/11, 31.01.2007.

Kanaatimizce Anayasa'nın "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlığını taşıyan İkinci Bölümünün 38. maddesinin 5. fıkrasındaki düzenleme susma hakkına yöneliktir. Temel bir hak olan susma hakkı da diğer temel haklar gibi sınırları dâhilinde uygulanabilir. Kişinin kendisini ya da yakınlarını suçlamasını gerektiren ve aksine tutumu suç olarak kabul eden hususlarda hakkın kullanılması kapsamında bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle kanunda bu konuda şahsi cezasızlık sebebine yer verilmesine gerek yoktur. Nitekim Yargıtay "...Hiç kimsenin kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağına ilişkin Anayasa'nın 38/5. maddesindeki düzenleme karşısında atılı suçu bildirmeme suçundan sorumlu tutulamayacak olan sanık B. A.'ün beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi..."nin kanuna aykırı olduğunu belirtmiştir⁶⁷. Eğer susma hakkı bir hukuka uygunluk nedeni değil de kusuru etkileyen bir durum olarak kabul edilse idi CMK m. 223 uyarınca sanık hakkında beraat değil, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekirdi. Şahsi cezasızlık sebebi, susma hakkının kapsamı dışında kalan hususlarda gündeme gelmelidir. Örneğin, susma hakkı yalan söyleme hakkını bahşetmediği için bu hak TCK m. 272'de düzenlenen "Yalan tanıklık" suçu bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olarak uygulanamaz. Bu nedenle TCK m. 273'te kişinin kendisinin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmayaya uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunması halinde verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebileceği belirtilmektedir.

C. Tüzel Kişiler Bünyesinde İşlenen Suçlar Bakımından Uygulanması

1. Tüzel Kişilerin Kendisi İçin Uygulanması

Nemo Tenetur ilkesinin bireyi temel aldığı ve bu ilkenin ortaya çıktığı dönemde tüzel kişilik yapılanmalarının pek de yaygın olmadığını görmekteyiz. Süreç içinde tüzel kişilik kavramının oluşumu, özellikle ticari yaşama aktif katılımı, tüzel

⁶⁷ (5. CD., E. 2010/10706, K. 2011/2656, T. 4.4.2011).

kişilerin bünyesinde işlenen suçlardan dolayı sorumluluğu ve bu kapsamda susma hakkının onlara uygulanıp uygulanamayacağı sorularını gündeme getirmiştir.

İlk zamanlarda tüzel kişiliğin devletin izni ile kurulduğu⁶⁸ ve bu nedenle devletten bağımsız ve hak sahibi olamayacağı ileri sürülmekteydi. 19. yy'ın başlarında ise tüzel kişiliğin devlet izni ile değil de, devlet ile tüzel kişilik arasında gerçekleştirilen bir sözleşme ile doğduğunun kabul edilmesiyle tüzel kişilik devletten bağımsızlığını kazanmıştır⁶⁹. Böylece hukuk sistemlerinde tüzel kişilikle ilgili yasal düzenlemelere yer verilmeye başlanılmıştır⁷⁰.

Tüzel kişilik ile ilgili iki sorun gündeme gelebilir. Birincisi, Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık'ta olduğu gibi tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun kabul edildiği hukuk sistemlerinde, gerçek kişilere uygulanan susma hakkının tüzel kişiliğin bünyesine uygun düşüp düşmeyeceğidir. İkinci husus ise Türkiye ve Almanya gibi tüzel kişilerin hareket yeteneğinin varlığının kabul edilmediği sistemlerde, tüzel kişiliğin bünyesinde işlenen suçlardan dolayı ona uygulanacak yaptırım ya da güvenlik tedbirlerine ilişkin yargulamalarda susma hakkının tanınıp tanınmayacağıdır.

Türk Ceza Kanunu m. 20/(2)'e göre “*Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.*” TCK m. 60 ise tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerini düzenlemektedir: (1) *Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir.*

(2) *Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.*

⁶⁸ Scott A. Trainor, “A Comparative Analysis Of Corporation’s Right Against Self-Incrimination”, **Fordham International Law Journal**, Vol. 18, 1995, s. 2163.

⁶⁹ Trainor, **a.g.e.**, s. 2164.

⁷⁰ Trainor, **a.g.e.**, s. 2166.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hâllerde uygulanır.

Türk hukukunda tüzel kişilerin hareket yeteneği ve cezai sorumluluğu kabul edilmediğinden, şüpheli ya da sanık olarak nitelendirilmeleri mümkün değildir⁷¹. Fakat tüzel kişiler, haklarında güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına karar verilebilmesi için yapılacak olan soruşturma ya da kovuşturmada CMK m. 249'a göre⁷² gerçek bir kişi tarafından temsil edileceğinden, bu aşamada tüzel kişiliğe kendini suçlamaya zorlanma yasağı kapsamında susma hakkından yararlanma imkânının tanınıp tanınmayacağına dair problem ortaya çıkabilir.

Amerika Birleşik Devletleri⁷³, Birleşik Krallık hukukunda⁷⁴ ve AİHM içtihatlarında ise tüzel kişilerin cezai sorumluluğu bulunduğundan, tüzel kişilerin susma hakkından yararlanıp yararlanamayacağına incelemek gerekir. Bu konuda iki görüş bulunmaktadır;

a. Tüzel Kişilerin Susma Hakkı Olduğunu İleri Süren Görüş

19. yy'ın sonlarına kadar susma hakkının sadece gerçek kişilere uygulanabileceği kabul edilmekteydi. Fakat zamanla bu hakkın kişisel olmadığı, tüzel kişilik bünyesinde çalışanların, tüzel kişi işverenleri adına da bu haktan

⁷¹ Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 57. Fakat bir tüzel kişiliğin hareket yeteneği ve cezai sorumluluğu kabul edilmemesine karşın, suçtan sadece nicelik itibarıyla farklı olan kabahatleri işleyebileceği ve bu nedenle idari para cezasına maruz kalabilmesi düşündürücüdür (Kabahatler Kanunu m. 8/1).

⁷² "(1) Bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada tüzel kişinin organ veya temsilcisi, katılan veya savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla duruşmaya kabul edilir.

(2) Bu durumda, tüzel kişinin organ veya temsilcisi bu Kanunun katılana veya sanığa sağladığı haklardan yararlanır.

(3) Birinci fıkra hükmü, sanığın aynı zamanda tüzel kişinin organ veya temsilcisi sıfatını taşıması hâlinde uygulanmaz."

⁷³ Bkz. Zeynel Temel Kangal, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 118, 119.

⁷⁴ Bkz. Kangal, **s.g.e.**, s. 107-115.

faydalanabileceği fikri uyanmaya başladı⁷⁵. Amerika Birleşik Devletleri Anayasası 5. Ek'te yer alan hakkın sadece yaşam değil, özgürlük ve malvarlığını da koruduğu dikkate alındığında tüzel kişilik yapısında bulunmadan dolayı bireyin bu haklarından mahrum kalmaması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁶.

Alman hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi sadece gerçek kişi fail olabilir, tüzel kişilerin cezai sorumluluğu yoktur. Fakat para cezası, müsadere, tüzel kişiliğin feshi gibi yaptırımlar da cezai niteliği taşımaktadır. Bu nedenle Nemo Tenetur ilkesi'nin “temel, yasal bir hak” gibi “yasal bir kurum” olduğunu dikkate alan Federal Alman Anayasası m. 19(3)'e göre⁷⁷ bu ilke kapsamındaki susma hakkının tüzel kişiliğe de uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir. Yine bu görüşe göre, mevcut hukuk Nemo Tenetur prensibinin şirketlere de uygulanacağını varsayar⁷⁸.

Diğer bir görüşe göre, insanı temel alan gerekçeler yerine devletin gücünün dengelenmesi susma hakkının tüzel kişilere de uygulanmasını sağlar. Zira tüzel kişi de hukuka aykırı delil elde etme yöntemlerine maruz kalabilir⁷⁹.

Tüzel kişi tarafından susma hakkının ileri sürüldüğü bir dava söz konusu olmadığından, AİHM'in bu konudaki tavrı henüz belli değildir. Kural olarak AİHS'de yer alan haklar, hakkın niteliğinin izin verdiği ölçüde tüzel kişilere de uygulanır. AİHS m. 6 ise “herkes” ibaresi ile başladığından ilk başta bu ibarenin tüzel kişileri kapsadığı söylenemez ise de, aksi de iddia edilemez⁸⁰. AİHS m. 2, 3, 5, 12'tekiler gibi bazı haklar nitelikleri gereği tüzel kişilere uygulanamayacağından,

⁷⁵ Wigmore, **A Treatise on Evidence in Trials at Common Law, Third Edition, 1955 Pocket Supplement**, para. 2259, at 3116 (1st ed. 1905).

⁷⁶ Joseph M. Proskauer, Corporate Privilege Against Self Incrimination, **Virginia Law Register**, Vol. 17, No. 6, October 1911, s. 425.

⁷⁷ “Temel haklar niteliğinin elverdiği ölçüde yurt içindeki tüzel kişilere de uygulanacaktır.”

⁷⁸ Judith Hauer, “Book Review- Lutz Eidam, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts [The privilege against Self-incrimination in Criminal Proceedings at the Beginning of the 21st Century] (2007), **German Law Journal**, Vol. 09, No. 08, s. 1044.

⁷⁹ Trainor, **a.g.e.**, s. 2181.

⁸⁰ Christoph Heinrich, Christian Rauch, Axel Wiehrer, “«Nemo» Tenetur Se Ipsum Accusare?” (Çevrimiçi) <http://www.ejtn.net/.../Themis%20written%20pap>, 22 Şubat 2012.

tüzel kişilere uygulanma bakımından her bir hakkın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir⁸¹.

b. Tüzel Kişilerin Susma Hakkı Olmadığını İleri Süren Görüş

Kendini suçlamaya zorlanma yasağının çeşitli gerekçelerle tüzel kişilere uygulanamayacağı ileri sürülmektedir.

Bu konudaki birinci görüşe göre, söz konusu yasak kişi onuru da dâhil olmak üzere birçok temel insan hakkıyla bağlantılı olduğundan bu yasak kapsamındaki susma hakkı tüzel kişiler tarafından ileri sürülemez⁸². Susma hakkının düzenlendiği Amerikan Anayasası 5. Ek'te geçen "kimse" ibaresinin de sadece gerçek kişileri kapsamakta olduğu, tüzel kişiler ve birliklerin bu ibare dâhilinde olmadığı belirtilmektedir⁸³. Hale v. Heykel davasında⁸⁴ Amerikan Yüksek Mahkemesi tüzel kişilerin bu haktan yararlanamayacağını çünkü hakkın sadece tanıklık yapan kişiye yönelik olduğunu, tüzel kişilik bünyesinde çalışanların tüzel kişilik adına hak talep edemeyeceklerini belirtmiştir. Birleşik Devletler v. White davasında⁸⁵ bir soruşturma sırasında işçi sendikasıdan tüzüğü de dâhil tüm kayıtlarının kopyası istenir. Kendini birliğin müdür yardımcısı olan tanıtan fakat bu kayıtları muhafaza hususunda resmi yetkisi olmayan kişiden, tanıklık yapması ya da sendikanın kayıtlarını teslim etmesi bireysel olarak talep edilmez. Yine de bu kişi sendikadan istenen belgeleri sendikayı, onun bir çalışanı sıfatıyla ya da bireysel olarak kendisini suçlayacağını ileri sürerek

⁸¹ Heinrich, Rauch, Wiehrer, **a.g.e.**

⁸² Margaret Wilson, "Aspects Of Privilege: Self-Incrimination", **Bar Association of Queensland Conference 2006**, Sanctuary Cove, 4 March 2006, s. 3; The Abrogation Of The Privilege Against Self-Incrimination, (Yazarı Belirtilmemiş) **Discussion Paper WP**, No 57, Queensland Law Reform Commission, August 2003, s. 16, 17; Klaus Volk, "The Principles Of Criminal Procedure And Post-Modern Society: Contradictions And Perspectives", (Çevrimiçi) <http://www.isrcl.org/Papers/Volk.pdf>, 22 Şubat 2012.

⁸³ Peter Lushing, "Criminal Law Testimonial Immunity and the Privilege Against Self-Incrimination: A study in Isomorphism", **The Journal of Criminal Law & Criminology**, Vol. 73, No. 4, 1982, s. 1697.

⁸⁴ John Fabian Witt, "Making the Fifth: The Constitutionalization of American Self-Incrimination Doctrine, 1791-1903", **Texas Law Review**, Vol. 77, Issue 4, March 1999, s. 902, dipnot 69-71; McAlister v. Henkel, 201 U.S. 90, 91 (1906) (Susma hakkını tanığın kendisi için kişisel kabul etmekte ve kimsenin bir başkasının ya da bir tüzel kişinin hakkını kullanarak cevap vermeyi reddedemeyeceğini belirtmektedir.).

⁸⁵ 322 U.S. 694, 699-700 (1944).

reddeder. Bu davada kendini suçlamama hakkının tümüyle kişisel olduğu ve bir organizasyon adına veya onun tarafından kullanılamayacağı belirtilmiştir. Bu görüşe göre, hak kişisel olduğundan tüzel kişiler ya da tüzel kişiliği bulunmayan ortaklıklar tanıklığa çağrıldığında ya da kendilerinden belge hazırlanması istendiğinde tanıklık veya belge tüzel kişilik çalışanını veya ortaklığın temsilcisini kişisel olarak suçlayacak nitelikte olsa bile bunlar tanıklık yapmayı ya da belge teslimini reddedemezler⁸⁶.

İkinci olarak, tüzel kişilerin doğası gereği tanıklık yapamayacağı; ancak onun bünyesinde çalışan kişilerin tanıklığının söz konusu olabileceği ve bu tanıklık kişinin şahsi menfaatini ilgilendiriyorsa zaten susma hakkının himayesinde olacağı; aksi takdirde susma hakkının tüzel kişi için uygulanamayacağı belirtilmektedir. Bunun yanı sıra, susma hakkının tüzel kişilere uygulanması halinde, tüzel kişilerin faaliyetlerini düzenleyen kanunların uygulanmasının engelleneceği ileri sürülmektedir⁸⁷.

Amerikan mahkemelerinin şirketler konusundaki ayırımına da değinmek gerekir. Mahkeme tek kişinin sahip olduğu şirkette, sahibi ile şirketin ortak kaderini dikkate alarak şirkete ait kişisel olmayan işle ilgili kayıtlar konusunda diğer tüzel kişilere göre farklı bir değerlendirme yapar. Birleşik Devletler v. Doe davasında⁸⁸ Yüksek Mahkeme, içeriği herhangi bir zorlama olmaksızın oluşturulmuş şirkete ait kayıtların bazı durumlar dışında susma hakkı kapsamında kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.

Amerikan uygulamasında bir şirket çalışanı, çalıştığı şirketin suçlanacağı iddiasıyla tanıklık etmekten ya da belgeleri vermekten çekinemez. Aynı şekilde tüzel kişiliği olmayan ortaklıkların müdürü de organizasyonun kişisel olmadığı, üyelerden

⁸⁶ Kaminsky, **a.g.e.**, s. 129-130.

⁸⁷ The Abrogation Of The Privilege Against Self-Incrimination, s. 17.

⁸⁸ 465 U.S. 605 (1984).

oluştugu, aktiviteleri kişisel ve mahrem değil, topluluğun ya da grubun menfaatine yönelik olduğu için belgeleri teslim etmek zorundadır⁸⁹.

Avrupa Birliği Adalet Divanı ise savunma hakkına dayandırarak susma hakkının tüzel kişilere de uygulanabileceğini belirtmiştir⁹⁰.

Görüldüğü üzere Birleşik Krallık, ABD’de olduğu gibi tüzel kişilerin de belirli nitelikteki suçları işleyebileceği ve bu suçlardan dolayı yine para cezası gibi bünyelerine uygun düşen yaptırımlara tabi tutulabileceğinin kabulü durumunda haklarında yapılan yargılamada susma hakkı gündeme gelebilir⁹¹. Kanımızca tüzel kişilerin susma hakkına sahip olup olmayacağına ilişkin yapılacak değerlendirmede Nemo Tenetur ilkesinin altında yatan temel gerekçeye bakmak gerekmektedir. Bu ilke sadece insan onurunu korumak amacıyla yaratılmış olsa idi tüzel kişilerde insan onurundan ziyade ticari itibardan söz edilebileceği; insanlık dışı, küçük düşürücü muamele ya da işkencenin tüzel kişilere uygulanması mümkün olmadığından susma hakkının sadece gerçek kişiler için geçerli olduğunu ileri sürebilirdik. Fakat bu ilke savunma hakkı, silahların eşitliği de dâhil olmak üzere birçok menfaati korumaya yönelmiştir. Hukuka aykırı delil elde etme işkence ve benzeri muamelelerle sınırlı değildir, tüzel kişilik de adil yargılanma hakkına sahiptir.

Hukuk sistemleri çağın gereksinimlerine uygun olarak oluşturulmalı ve yorumlanmalıdır. Tüzel kişilerin günümüz yaşamında oynadığı aktif rol dikkate alındığında, gerçek kişiler temel alınarak düzenlenmiş olan normların, bünyesine uygun düştüğü takdirde ve derecede tüzel kişilere de uygulanabilmesi gerekmektedir. İşkence yasağı ya da evlenme hakkının tüzel kişiler için geçerli olduğu ileri sürülemeyecekse de, adil yargılanma hakkının hem gerçek hem de tüzel kişilere

⁸⁹ William H. Frasher, “The Privilege against Self-Incrimination as Applied to Custodians of Organizational Records, *Washington Law Review & State Bar Journal*, Vol. 33, 1958, s. 446; Wigmore, *A Treatise on Evidence in Trials at Common Law, Third Edition, 1955 Pocket Supplement*, s. 133.

⁹⁰ C-374/87, *Orkem v Avrupa Topluluğu Komisyonu*, [1989] E.C.R 3283, Trainor, *a.g.e.*, s. 2173.

⁹¹ Örneğin, Anglo Sakson hukuk sisteminde geçerli olan kimlik teorisine göre şirketlerde diğerlerine nazaran daha çok sözü geçen kişilerin davranışları tüzel kişilerin davranışı olarak kabul edilir, Kangal, *a.g.e.*, s. 138.

uygulanması mümkündür. Susma hakkının sadece kişinin kendini suçlayıcı nitelikteki beyanlarla sınırlı olduğu ve tüzel kişilerin beyanda bulunamayacağına ilişkin görüşe de katılmak mümkün değildir. Zira tüzel kişinin bir suç işleyebilmesi ve bundan dolayı sorumlu olması mümkün olduğuna göre, hareketleri tüzel kişiliğe atfedilen kişinin beyanı da tüzel kişiliğin beyanı olarak kabul edilmelidir.

Diğer bir mesele de tüzel kişilerin hareket yeteneği olmadığı iddia edilen sistemlerde susma hakkının uygulanabilirliği sorunudur. Türk ve Alman hukukunda ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereğince tüzel kişilerin hareket ve kusur yeteneği olmadığı kabul edilmektedir. Alman ve Türk hukukuna göre tüzel kişiler kabahatlerin faili olabilmekte ve idari para cezasına maruz kalabilmektedir. Hatta tüm bunları bile bir kenara bırakırsak, Türk Ceza Kanununa göre bünyesinde bir suç işlendiği takdirde tüzel kişilik hapis cezası ya da adli para cezasına muhatap olamayacaksa da aynı kanunun 60. maddesi uyarınca izninin iptali ya da müsadere kararı verilebilmesi tüzel kişilik bakımından yadsınamayacak derecede önem taşımakta ve güvenlik tedbiri olarak adlandırılrsa da ceza gibi etki doğurmaktadır. Bu nedenle tüzel kişilerin haklarında yürütülmesi muhtemel olan güvenlik tedbirlerine ilişkin yargılamalarda da kendini suçlamaya zorlanma yasağının uygulanması gündeme gelebilir fakat bu hukuk sistemlerinde tüzel kişinin hareket yeteneği olmadığı yani onun bünyesinde hareket eden kişinin fiilleri tüzel kişinin kendi fiili olarak kabul edilmediği için, tüzel kişinin susma hakkından yararlanması mümkün değildir. Zira susma hakkı kişinin kendisini suçlayıcı nitelikte delili vermesine zorlanmasını yasaklar. CMK m. 249'da belirtildiği üzere, Türk Ceza Hukukuna göre tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada tüzel kişinin organ veya temsilcisi sadece katılan veya savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla duruşmaya kabul edilir, bu kanunun katılana veya sanığa sağladığı haklardan yararlanır ama onların hareketleri tüzel kişinin hareketi anlamına gelmez. Bu nedenle kendini suçlamaya zorlanma yasağı uygulanamaz.

2. Tüzel Kişilik Bünyesindeki Kişiler İçin Uygulanması

Tüzel kişilik bünyesinde işlenen suçlardan dolayı o tüzel kişilik bünyesindeki gerçek kişilerin cezai sorumluluğu söz konusu olacak ise, bu kişilerin susma hakkından yararlanıp yararlanamayacakları, tüzel kişilik bünyesinde işlenen suçlar bakımından incelenmesi gereken diğer bir noktadır.

Tüzel kişilik bünyesindeki gerçek kişilerin susma hakkını kullanması konusunda ikili bir ayrıma gidilmektedir. Verilecek bilgi, bilgiyi vereni suçlayıcı nitelik taşıyacak ise kendini suçlamaya zorlanma yasağı gündeme gelir⁹². Bilgi şirketin bünyesindeki ya da temsilindeki kişilerin kişisel menfaatine ilişkin olmayıp, tüzel kişiliği oluşturan kişilerin genel ya da grup menfaatine yönelik olduğu takdirde susma hakkının uygulanmayacağı kabul edilmektedir⁹³. *Braswell v. Birleşik Devletler* davasında⁹⁴ Yüksek Mahkeme, bir celbin muhatabı olan şirket çalışanın susma hakkını ileri sürmesine izin verilirse, devletin şirketler, birlikler ve ortaklıklar kapsamında gerçekleşen beyaz yaka suçlarını öğrenmesinin, kovuşturmasının ve gözetim gücünü kullanmasının engelleneceğini belirtmiştir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi tüzel kişilikte çalışan kişinin susma hakkından yararlanmasına ilişkin bazı sınırlamalar kabul etmiştir⁹⁵. Buna göre, tüzel kişiliğin müdürü ya da ortaklığın kayıtlarını elinde tutan kişi kendini suçlayacak nitelikte olsa da bu belgeleri vermek zorundadır⁹⁶. Şirket feshedilse de, devralan kişi önceki şirketle ilgili kayıtları susma hakkını ileri sürerek vermektan kaçınmaz. Fakat kişi

⁹² John Henry Wigmore, *A Treatise on the System of in Trials at Common Law Including the Statutes and Decisions of All Jurisdictions of the United States and Canada*, Boston, Little, Brown and Company, 1940, s. 3116; Wigmore, *A Treatise on Evidence in Trials at Common Law, Third Edition, 1955 Pocket Supplement* paras. 2175-2396, s. 133; Trainor, *a.g.e.*, s. 2168.

⁹³ Delwyn D. DeVries, Bruce D. Fisher, "Limits of Documentary Privilege Against Self-Incrimination", *The CPA Journal*, April 2003, s. 62; *Wilson v. United States*, 221 U.S. 361, 382 (1911); *Essgee Co. v. United States*, 262 U.S. 186 (1923); *Oklahoma Press Pub. Co. v. Walling*, 327 U.S. 186, 204-5 (1946). Bernard D. Meltzer, "Required Records, The Mccarran Act, And The Privilege Against Self-Incrimination", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 18, No. 4, 1951, s. 701.

⁹⁴ 487 U.S. 99, 129 (1988).

⁹⁵ Trainor, *a.g.e.*, s. 2168.

⁹⁶ Trainor, *a.g.e.*, s. 2170.; 154 A.L.R. 279 (19), Meltzer, *a.g.e.*, s. 701.

⁹⁶ *Wheelerv. United States*, 226 U.S. 478 (1913); *Grant v. United States*, 227 U.S. 74, 79- 8 o(1913). Meltzer, *a.g.e.*, s. 701.

hazırlanmamış bir belgenin nerede olduğuna ya da var olmamasının nedenine ilişkin olarak sorgulanamayacağı gibi⁹⁷, kendisini suçlayacağı nitelikte olduğunu ileri sürerek şirketle ilgili konularda tanıklıktan çekinebilir.

Yine Amerikan Mahkemelerine göre kendisini suçlayacak nitelikteki şirket belgelerini hazırlaması istenen şirket çalışanından ayrıca bunların doğruluğunu ispat etmesi de istenebilir⁹⁸. Bu anlayışın temelinde şirketlerin kamu yararına devlet tarafından yaratıldığı ve devletin bunlar üzerindeki denetim yetkisini saklı tuttuğu görüşü yatmaktadır. Buna karşın devletin denetim yetkisinin susma hakkının yer aldığı anayasal kaidelerle sınırlanması gerektiği de ileri sürülmektedir⁹⁹.

Kanımızca kişi suç işlendiği iddiası karşısında kendini suçlamaya zorlanma yasağı kapsamında birey olarak bazı imkânlardan faydalanabiliyorsa; bir tüzel kişilik çerçevesinde işlendiği iddia edilen suç karşısında cezai sorumluluğu söz konusu olduğu takdirde susma hakkından yararlanamamasının mantıklı bir açıklaması olamaz. Fakat bu olasılıkta şirkete ait kanunen tutulması gerekli belge ve kayıtlar hakkında susma hakkının sağladığı himayenin kapsamı ve koruma gücü tartışılabilir ki bu da çalışmamızın ilerleyen kısmında ayrıntısı ile incelenecektir.

II. CEZA MUHALEMESİ ÖNCESİ, MUHAEME VE MUHAEME SONRASI EVRELERDE İLKENİN UYGULANMASI

Nemo Tenetur ilkesinin uygulanması yargılamanın değişik evrelerinde gündeme gelebilir. Bu nedenle susma hakkı ile ilgili her ihtimal ayrı ayrı incelenmelidir.

⁹⁷ Curcio v. United States, 354 U.S. 118 (1957); Kaminsky, **a.g.e.**, s. 130.

⁹⁸ United States v. Austin-Bagley Corporation, 31 F. 2d 229, 253-54 (C.A. 2d, 1929), 279 U.S. 863 (1929); Pulford v. United States, 155 F. 2d 944, 947 (C.A. 6th, 1946). Meltzer, **a.g.e.**, 702.

⁹⁹ Meltzer, **a.g.e.**, s. 702.

A. Ceza Muhakemesi Öncesinde

Kendini suçlamaya zorlanma yasağının tartışmalı olduğu alanlardan birini ceza muhakemesi öncesi oluşturur. Bu aşamada henüz soruşturmanın başlaması için makul bir başlangıç şüphesi dahi söz konusu değildir ki, bu durum özellikle idare hukuku uyarınca yapılan düzenli denetimler sırasında gündeme gelir.

Modern çağda belirli faaliyetleri düzenlemek ve kontrol altında tutma amacıyla kanunlar bireylere belirli yükümlülükler yüklemektedir. Özellikle vergi hukuku ve mali hukuk alanlarında faaliyet gösterenlere belirli kayıtları tutma, bunları saklama ve istendiği takdirde kamu makamlarına sunmaya ilişkin yükümlülükler içeren düzenleyici kurallar bulunmaktadır. Temel problem, yetkili makam tarafından yapılan denetim sırasında ilgilinin bu kayıt ve belgeleri susma hakkına dayanarak teslim etmektan kaçınıp kaçınamayacağı ya da teslim ettiği takdirde buradaki bilgilerin kendisi aleyhine kullanılıp kullanılmayacağıdır.

Konuya Türk hukukundan bir örnekle başlamak yerinde olur. Vergi Usul Kanununun “*Defter ve belgelerle diğer kayıtların ibraz mecburiyeti*” kenar başlıklı 256. maddesinde “*Geçen maddelerde yazılı gerçek ve tüzel kişiler ile mükerrer 257 nci madde ile getirilen zorunluluklara tabi olanlar, muhafaza etmek zorunda oldukları her türlü defter, belge ve karneler ile vermek zorunda buldukları bilgilere ilişkin mikro fiş, mikro film, manyetik teyb, disket ve benzeri ortamlardaki kayıtlarını ve bu kayıtlara erişim veya kayıtları okunabilir hale getirmek için gerekli tüm bilgi ve şifreleri muhafaza süresi içerisinde yetkili makam ve memurların talebi üzerine ibraz ve inceleme için arz etmek zorundadırlar. Bu zorunluluk Maliye Bakanlığınca belirlenecek usule uygun olarak, tasdike konu hesap ve işlemlerin doğrulanması için gerekli kayıt ve belgelerle sınırlı olmak üzere, bu hesap ve işlemlere doğrudan ya da silsile yoluyla taraf olanlara, defter ve belgelerinin tetkiki amacıyla yeminli mali müşavirler tarafından yapılan talepler için de geçerlidir.*” VUK m. 359/a-2’de “*Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya **gizleyenler** veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, hakkında onsekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Varlığı noter*

tasdik kayıtları veya sair suretler ile sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir” hükmüne yer verilmiştir.

Defter, kayıt ve belgeleri gizlemenin suç olarak kabul edilmesi ve yaptırımının hürriyeti bağlayıcı ceza olması nedeniyle bu konu iki defa itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. İlk olarak defter, kayıt ve belgeleri gizleyenlere hapis cezası uygulanmasının Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Ankara 7. Asliye Ceza Mahkemesince Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi, *“kuralda belirtilen hürriyeti bağlayıcı ceza, devlet ile vergi mükellefi arasında sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün değil, kanunda belirtilen şartların yerine getirilmemesinden doğan bir yaptırımdır. ... Diğer taraftan iptali istenen kuralla getirilen özgürlüğün kısıtlanması idarî bir uygulama sonucu olmayıp, kanunda belirtilen şartların yerine getirilmemesinden dolayı bağımsız yargı kararı ile hükme bağlanacak olan bir yaptırımdır. ... Anayasa ve yasalarla kamu giderlerinin karşılanabilmesi için herkese ödev olarak öngörülen vergi ödeme yükümlülüğünün, zamanında ve eksiksiz yerine getirilmesi durumunda kanunlarla idareye yüklenen kamu hizmetlerinin aksatılmadan sürdürülmesi mümkün olacaktır. Bunun sağlanması için de Anayasanın 38. maddesi ve ceza hukukunun genel ilkeleri gözetilerek para cezalarında yanında özgürlüğü bağlayıcı cezalar konulmasında hukuk devleti ilkesine aykırılık yoktur”* gerekçesiyle *“defter, kayıt ve belgeleri gizleyenler”* yönünden hapis cezası uygulanmasına yönelik kuralın Anayasa aykırı olmadığına oy birliği ile hükmetmiştir¹⁰⁰. Bu karardan sonra, kanunda düzenlenen hapis cezasının, defter, kayıt ve belgeleri gizleyenler bakımından Anayasanın 38. maddesine aykırılık oluşturduğu iddiasıyla, Adana 8. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından yeniden itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur¹⁰¹. İkinci başvuruda (esas inceleyeceğimiz kararda) ise, VUK’un 359. maddesinin a bendinin 2 numaralı alt bendinin *“gizleyenler (varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere ibraz*

¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, 11.03.2003 gün ve E. 2002/55, K. 2003/8, RG., 16.12.2003, S. 25318.

¹⁰¹ Anayasanın 152/4. maddesinde; *“Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz”* hükmü yer almaktadır.

edilmemesi gizleme demektir)... hakkında altı aydan üç yıla kadar hapis cezası hükmolunur” bölümünün anayasaya aykırılığı ileri sürülmüştür. İtirazın gerekçesinde ise, bu hükmün Anayasanın m. 38/5’te yer alan susma hakkının ihlali niteliğinde olduğu vurgulanmış böylece susma hakkı da değerlendirilmiştir¹⁰².

Türk Anayasa Mahkemesinin oy çokluğuyla kabul ettiği susma hakkı ile ilgili 31.01.2007 tarihli E. 2004/31, K. 2007/11 sayılı kararına göre;

“Devletin üslendiği kamu hizmetlerinin finansman kaynaklarından biri olan verginin, etkinliğini, vergi kaynaklarının en az kayıpla değerlendirilmesini sağlamak için alınan diğer önlemlerin yanında vergi kanunlarına aykırı davranışlar suç sayılmış ve bu suçlar için ceza öngörülmüştür.

Ceza siyasetinin konusu, hangi eylemlerin suç olacağını ve suç olarak kabul edilen eylemlere ne tür ve miktarda ceza verileceğini belirlemektir. Vergi suç ve cezalarında amaç, vergi yasalarının iyi biçimde uygulanarak vergi borçlarının tespiti, zamanında ve eksiksiz ödenmesinin sağlanması, böylece devletin gelir kaynaklarının güvence altına alınmasıdır. Bu durumda defter tutma, saklama ve ibraz etme ödevlerine uyulmamasının suç kabul edilmesi, vergi borcunun tespiti ve sonuçta ödenmesini sağlayarak vergi kaybını önlemek, kamu hizmetlerinin finansmanı için gerekli fonların toplanması suretiyle kamu yararını sağlamak içindir. Anayasa’nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında, “Hiç kimse kendisini ve kanununda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” hükmüne yer verilmiştir. İnsan hakları arasında yer alan, manevi işkenceyi meneden, insan haysiyetinin ve kişi dokunulmazlığının teminatı olan bu düzenlemeye, ceza yasalarında sanığın “susma hakkı” olarak yer verilmiştir. Bu hak, suçlanmayla başlayan bir haktır. Kovuşturma ve soruşturmanın her aşaması için geçerlidir.

¹⁰² Doğan Şenyüz, **Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları)**, Bursa, Ekin Yayınevi, 2011, s. 425; Billur Yaltı, “Vergi Hukukunda Susma Hakkı (VUK 359)(a)(2)’nin Anayasaya Aykırılığı Sorunu”, **Vergi Dünyası**, S. 285, Mayıs 2005, s. 144, 149.

Kamu hizmetlerinin finansmanına, vergiler aracılığıyla katılmak bireylere yüklenen Anayasal bir ödevdir. Yasalar ile yükümlülerin ve onlarla hukuki ilişkide bulunan üçüncü kişilerin vergi ile ilgili kayıtlarının denetlenmesi amacıyla kimi defter, kayıt ve belgeleri tutmak, saklamak ve istenildiğinde yetkililere ibraz etmek zorunluluğuna uyulmamasının suç olarak kabul edilmesi ile suçla itham edilme birbirinden farklı durumlardır. Vergi ile ilgili defter tutma, saklama ve ibraz etme zorunluluğu yasalarla yükümlülere verilen bir görevdir. Bu görevler yerine getirilmediği takdirde suç oluşmaktadır. İtiraz konusu kural ile herkesin geliri oranında vergiye katılımının sağlanması ve ödenmesi gereken vergi miktarının tespiti için, Vergi Yasası'nda öngörülen defterlerin tutulmasının ve bu defterlerin istendiğinde ibraz edilmesinin zorunlu kılınması, mükellefin Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen, kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak nitelendirilemez.”

Bu karara katılmayan mahkeme üyelerinden Osman Ali Feyyaz Paksüt'ün susma hakkının ihlaline gerekçeleri şu şekildedir;

“Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan esaslar ve bunların güvence altına aldığı haklar, Anayasa'nın 12. maddesi uyarınca herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardan olup; yine Anayasa'nın 13. maddesine göre bunlar ‘... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ... sınırlanabilir.’

Suç ve cezalara ilişkin esaslar başlıklı 38. madde, tüm vatandaşlar, hatta yabancılar için geçerli on bir fıkradan oluşmaktadır. Hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağına ilişkin beşinci fıkroda herhangi bir sınırlama sebebi belirtilmemektedir.

Muhterem çoğunluk, ret gerekçesinde, ‘susma hakkı’ olarak kabul edilen bu hakkın ‘suçlanmayla başlayan bir hak’ olduğuna hükmetmiş ve ‘suç ile ilgili soruşturma ve kovuşturmayla başladığı andan itibaren susma hakkı söz konusudur’

demıştır. Susma hakkının ancak belirli koşullarda yani kişi hakkında soruşturma veya kovuşturma başlaması durumunda doğacağı kabul edilmekle, bu temel hakkın ancak 'sanık' ya da 'şüpheli' konumundaki kişiler için geçerli olacağı sonucuna varılmakta ve böylelikle, hak süjesi yönünden bir sınırlandırma yapmaktadır. İlgili maddesinde herhangi bir sınırlama nedeni belirtilmeyen bir hakkın, bu hakkı kullanabilecek kişi veya bu kişinin konumu yönünden sınırlandırılması olanağı yoktur. 38. maddedeki sınırlamalar sadece, onuncu fıkranın ikinci cümlesinde silahlı kuvvetler personeli yönünden, on birinci fıkrada da Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın getirdiği yükümlülükler yönünden yapılan sınırlamalardan ibarettir. Bunlar dışında, 38. maddeye yorum ve içtihat yoluyla sınırlama getirilemez. Kaldı ki, susma hakkının sanıklık veya şüphelilik hali ile sınırlı olduğu kabul edilecek olursa, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi karşısında, kendisi sanık veya şüpheli olmayan kişinin yakınları için de susma hakkından yararlanacağı nasıl olup da Anayasada belirtilmektedir? Çoğunluk görüşünün aksine, susma hakkının kullanılmasının sanık veya şüpheli statüsü ile sınırlı olmadığı açıktır.

Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında bu tarz daraltıcı yorumların yapılması, demokratik gelişimin akışı sürecine ters düşen ve bu hak ve özgürlüklerin içinin boşaltılması yolunun açılmasına zemin oluşturan, tehlikeli bir yöntemdir. Esasen 38. maddedeki diğer hak ve güvenceler (lehe kanun uygulaması, masumluk karinesi, kanunsuz elde edilmiş delil, zamanaşımı gibi) ceza hukukundaki soruşturma ve kovuşturma işlemleri ile sınırlı olmayan, idari cezalar, disiplin cezaları ve kabahatler için de geçerli olan evrensel kurallardır. Susma ve kendisini veya yakınlarını suçlayıcı delil göstermeye mecbur edilememe hakkının farklı şekilde değerlendirilmesi mümkün değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, İngiltere aleyhine açılan bir davada, 19.9.2000 tarihli ve 29522/95 sayılı kararı ile ' ... şirket devrini soruşturan müfettişlere cezai yaptırım tehdidi ile verilen ifadedeki beyanların yargılama sırasında kullanılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlalini oluşturduğuna hükmetmiştir. ' ”

Türk hukukunda çeşitli kanunlarda buna benzer düzenlemeler yer almaktadır; 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 47/(A-3)¹⁰³, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununun m. 4¹⁰⁴, Bankacılık Kanunu m. 153¹⁰⁵. Bu kanun maddelerinin ortak noktası, hakkında henüz suç şüphesi bulunmayan kişilerden söz konusu faaliyetlerle ilgili tüm bilgilerin yer aldığı ve ilgilinin hukuka aykırı faaliyetinin tespitini sağlayabilecek olan tutmakla ve saklamakla yükümlü oldukları kayıtların teslim edilmemesinin suç olarak tanımlanmasıdır. Bu tür yükümlülükler sadece ekonomik suçlarla da sınırlı değildir. Amerikan yasaları kumarbazların, silah sahiplerinin ve Komünist örgütlere üyelerin kaydolmasını gerektiren düzenlemeleri içermektedir. Kayıt, aktivitelerin detaylarını tedarik etmeyi gerektirmese de sadece başvuru dökümanını doldurmak ve vergiyi ödemek kamu makamlarını hukuka aykırı davranış hakkında uyarılmış olacaktır¹⁰⁶. Trafik suçunu bildirim veya trafik kazasının raporlaması zorunluluğu da bu duruma örnek olarak verilebilir¹⁰⁷.

Susma hakkının burada ileri sürülebilmesi için, bu hakkın uygulanma şartlarını incelemek gerekir;

Anayasa m. 38/5'e göre "*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*" Amerika Anayasası 5. Ek'e göre de "*...Hiç kimse herhangi bir ceza*

¹⁰³ "Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi veren, haber yayan, yorum yapan ya da açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamayan gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler... iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."

¹⁰⁴ "Kanuna veya genel ahlaka uygun olarak sağlandığı ispat edilmeyen mallar veya ilgilinin sosyal yaşantısı bakımından geliriyle uygun olduğu kabul edilemeyecek harcamalar şeklinde ortaya çıkan artışlar, bu Kanunun uygulanmasında haksız mal edinme sayılır."

¹⁰⁵ "Bu Kanunla yetkilendirilen mercilerin ve denetim görevlilerinin istedikleri bilgi ve belgeler ile bu Kanun kapsamındaki kuruluşların, konsolide finansal tabloların hazırlanmasını teminen 38 inci madde kapsamında istedikleri bilgi ve belgeleri vermeyen kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşyüz günden binbeşyüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu Kanunla yetkilendirilen denetim görevlilerinin görevlerini yapmalarına engel olan kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

¹⁰⁶ Mark Berger, "Compelled Self-Reporting and the Principle Against Compelled Self-Incrimination: Some Comparative Perspectives", **European Human Rights Law Review**, Vol. 1, No. 14, 2006, s. 34.

¹⁰⁷ Berger, Compelled Self-Reporting and the Principle Against Compelled Self-Incrimination: Some Comparative Perspectives, s. 25, 26.

davasında kendi aleyhine tanıklık yapmaya zorlanamayacak...”¹⁰⁸. İlk olarak tespit edilmesi gereken husus, susma hakkını kullanacak kişinin kim olacağıdır. Bu konudaki iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, yasağın kapsamına girmek için kişi bir suç isnadı ile karşı karşıya kalmalı yani kişi en azından şüpheli sıfatına sahip olmalıdır¹⁰⁹. Aksi takdirde vergi hakkında bilgi mükellefe dayandığı için susma hakkının kullanılması durumunda hiçbir bilgi elde edilemeyeceği; vergi yükümlüsünün vergi hukukundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçacağı belirtilmektedir¹¹⁰. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 26.12.2003 tarihli E. 2000/8, K. 2003/104 sayılı kararı da bu görüşü desteklemektedir. Suç isnadını AİHM, *Eckle v. Almanya* davasında¹¹¹ “kişinin suç teşkil eden bir hareketi gerçekleştirdiğine ilişkin yetkili merci tarafından bireye yapılmış resmi tebliğ” olarak tanımlamıştır. Bu konu ile ilgili olarak ikinci bir görüş, Anayasa m. 38’de “hiç kimse” ibaresi kullanıldığından bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilmek için sanık (ya da şüpheli) statüsünde olmanın gerekli olmadığı, maddede yer alan suçlayan ibaresinin de bunu destekler nitelikte olduğunu ileri sürmüştür¹¹². Kanımızca da Anayasanın lafzından hareket edildiğinde şüpheli ya da sanık sıfatını haiz olmak aranmadığından, herkes bu yasağın kapsamına girebilmelidir. Çünkü yasak, kişinin kendini suçlamaya zorlanmasını engellemeyi amaçlamaktadır; sadece sanık hakları bağlamında değerlendirilip, yasağın uygulama alanı sınırlandırılmamalıdır. Zira tanıklıktan çekinme hakkı bir sanık hakkı olmamasına rağmen, susma hakkı kapsamındadır. Bu nedenle temel bir insan hakkı ve hürriyeti olarak değerlendirilen susma hakkının sınırlandırılması için Anayasa m. 13’teki şartlar gerçekleşmelidir, aksi takdirde Anayasa’da yer alan hak ve hürriyetin sınırlandırılması mümkün olamaz.

¹⁰⁸ “...Nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself...”

¹⁰⁹ Mahmutoğlu, **a.g.e.**, s. 110.

¹¹⁰ Ümit Süleyman Üstün, “Susma Hakkı Çerçevesinde Defter, Kayıt Ve Belgeleri Gizleme Suçu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, Y. 2011, S. 3, s. 387.

¹¹¹ “*Eckle v. Almanya*”, (Başvuru No. 8130/78), Karar Tarihi 15 Temmuz 1982.

¹¹² Selman Dursun, **Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006, s. 245; Sahir Erman, **Bankacılık Suçları, Ticari Ceza Hukuku**, C. V, İstanbul, Nazım Terzioğlu Atölyesi, 1984; s. 302; Uğur Yiğit, **Bankacılık Suçları**, İstanbul, Has Matbaacılık Tic. Ltd. Şti., 2006, s. 314; Ali Hakan Evik, “Susma Hakkı”, **Güncel Hukuk Dergisi**, İstanbul, Aralık 2004, s. 48.

Kendini suçlamaya zorlanma yasağı için ikinci olarak aranacak koşul ise bir ceza tehdidinin varlığıdır. Talep edilen belgeleri verme ya da soruları yanıtlama kişinin kendisi ya da kanunda belirtilen yakınları açısından gerçek ve mevcut bir suçlama tehlikesi yaratmalıdır¹¹³.

Gözden düşme¹¹⁴, maddi zarar veya bu gibi durumlar susma hakkının harekete geçirilmesi için uygun değildir¹¹⁵. Fakat mali makamlar tarafından gerçekleştirilen araştırmanın sadece ilgili mali düzenlemelere uyulup uyulmadığını tespit amacıyla yapılıp yapılmadığının belirlenmesinin güç olduğu¹¹⁶ belirtilmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi içtihatlarına göre kendi “aleyhine tanıklık” ibaresinde yer alan “aleyhe” ibaresi, mahkûm edilme ya da cezanın arttırılmasına neden olabilecek, suçun işlenişini gösteren veya bu bilgili sağlayacak açıklamadır¹¹⁷. Bir suçu işleme niyeti içeren bilgi de susma hakkı kapsamındadır¹¹⁸. Verilecek cevabın kesin kovuşturmayı gerektirecek ya da bu konuda tehdit edecek olması gerekmez. Fakat bu cevap suçun bir unsuru ya da niteliğine ilişkin olmalı veya suçun açığa çıkmasını sağlayacak delil zincirini temsil etmelidir¹¹⁹. Nitekim *Blau v. Birleşik Devletler* davasına¹²⁰ konu olan olayda kişiye bir büyük jüri önünde Kominist Parti ve onun buradaki görevi ile ilgili çeşitli sorular sorulur. Kişi ise vereceği cevapların kendisini suçlayıcı olacağı gerekçesiyle cevap vermeyi reddeder.

¹¹³ Kaminsky, **a.g.e.**, s. 131; Lushing, **a.g.e.**, s. 1698; Matthew Baptiste Holloway, “One Image, One Thousand Incriminating Words: Images of Brain Activity and the Privilege Against Self-Incrimination”, **Temple Journal of Science, Technology & Environmental Law**, Vol. 27, No. 1, s. 156; “*Weh v. Avusturya*”, (Başvuru No. 38544/97), Karar Tarihi 8 Nisan 2004, paras. 44, 45.; Michael J. Zydney Mannheimer, “Ripeness of Self-Incrimination Clause Disputes”, **The Journal Of Criminal Law & Criminology, 2005 by Northwestern University, School Of Law**, Vol 95, No. 4, s. 1273; Joseph R. Ashby, “Declining to State A Name In Consideration Of The Fifth Amendment’s Self-Incrimination Clause and Law Enforcement Databases After Hubel”, **Michigan Law Review**, Vol. 104, February 2006, s. 795.

¹¹⁴ *Brown v. Walker*, 161 U.S. 591 (1896).

¹¹⁵ Kaminsky, **a.g.e.**, s. 131, 132; İlk zamanlarda devlet davalarında tanıkların ya da tarafların cevap vermesi toplum nazarında onları utandıracaksa ya da onların rezil olmasına neden olacaksa bunu yapmaya ya da cevap vermeye zorlanamayacakları kabul edilmekte idi. Levy, **a.g.e.**, s. 22.

¹¹⁶ Meltzer, **a.g.e.**, s. 718.

¹¹⁷ Lushing, **a.g.e.**, s. 1756.

¹¹⁸ Lushing, **a.g.e.**, s. 1707, 1708. Fakat Türk Hukukunda kişinin dışa yansımamış niyeti cezalandırılmamaktadır. Kişinin bir suçtan dolayı cezalandırılabilmesi için en azından eylemleri teşebbüs aşamasına varmış olmalıdır. Bir suçu işleme niyetinin açığa çıkması, o kişi için suçlayıcı nitelikte olmadığından, susma hakkı gündeme gelmez.

¹¹⁹ Kaminsky, **a.g.e.**, s. 134.; Ashby, **a.g.e.**, s. 783; C. Dickerman Williams, “Problems of the Fifth Amendment”, **Fordham Law Review**, Vol. 24, 1955, s. 24.

¹²⁰ 340 U.S. 159 (1950).

Zira Kominist partide görev almak suçtur. Amerikan Yüksek Mahkemesi bu kararında işlenildiği iddia edilen suça ilişkin delil zincirini sağlayan açıklamaların suçlayıcı olduğu sonucuna varır.

Hoffman v. Birleşik Devletler davasında¹²¹ mahkemeye göre, bir tanığın vereceği yanıt suçun ispatına yönelik delil zincirine etki ediyorsa suçlayıcı olduğu kabul edilir. Ohio v. Reiner davasında¹²² Yüksek Mahkeme yargılama boyunca suçsuz addedilen tanığın vereceği cevapların dava konusu olan çocuğun ölümünün kovuşturulması için gerekli delil zincirini sağlayacağı gerekçesiyle susma hakkının uygulanabileceğine karar vermiştir. Örneğin, sarhoş olmanın bir suç olarak kabul edildiği bir durumda, sarhoş birine 6 yaşındayken yıl kaçtı sorusu susma hakkı kapsamında korunmaktadır¹²³. Eğer kişi aynı suçtan dolayı hâlihazırda yargılanmış ise susma hakkını ileri süremeyecektir. Fakat yargılamanın sanık aleyhine yenilenmesi riski devam etmekteyse yine susma hakkı gündeme gelebilir. Hak kaybı ihtimalinde de susma hakkının harekete geçirilebileceği örneğin, avukat barodan ihraç edilme tehlikesi ile karşı karşıya kalınacaksa susma hakkından yararlanabileceği ileri sürülmüştür¹²⁴.

Bir açıklamanın suçlayıcı olup olmadığını tespit etmek bazen kolay değildir. İlk bakışta aklayıcı gibi görünen açıklama aslında kişinin diğer açıklamalarının güvenilirliğini sarsmak gibi nedenlerle aleyhine kullanılabilir¹²⁵. Yapılacak açıklamanın aklayıcı ya da suçlayıcı olduğunun tespit edilemediği durumlarda çeşitli kriterlerden yararlanılabilir. Takip eden açıklama aklayıcı ise, bu takdirde ilk açıklamanın da suçlayıcı olmadığı ileri sürülebilir. Elde edilen delil ya da açıklama ilk açıklamada kabul edilmeyen suçun bir unsurunu ima ediyorsa, bunu takip eden açıklamalar suçlayıcı olabilir¹²⁶.

¹²¹ Lisa Tarallo, “The Fifth Amendment Privilege Against Self-Incrimination: The Time Has Come for the United States Supreme Court to End Its Silence on the Rationale Behind the Contemporary Application of The Privilege”, **New England Law Review**, Vol. 27, 1992, s. 146.

¹²² Ohio v. Reiner, 532 US 17 (2001).

¹²³ Holloway, **a.g.e.**, s. 159, 160.

¹²⁴ Kaminsky, **a.g.e.**, s. 134.

¹²⁵ Williams, **a.g.e.**, s. 25.

¹²⁶ Testimonial Waiver of the privilege against self-incrimination, 1757.

Üçüncü aşamada ise, kendini suçlamaya zorlanma yasağının belgelerin teslimi için kullanılıp kullanılmayacağına bakılmalıdır. Boyd v. Birleşik Devletler davasına¹²⁷ konu olan olayda gümrük gelirlerine ilişkin kanuna aykırılık nedeniyle bir miktar dökme cama el konulur. Mahkeme daha önceden 29 kutunun daha bu şekilde hukuka aykırı olarak ithal edildiğini iddia eder. Bunun için söz konusu ihlali yaptığı iddia edilen kişilerden bu 29 kutunun faturasını kendilerine temin etmesi istenir. Bu kişiler kendilerine yöneltilen talebin anayasal haklarına aykırı olduğu hususunda itirazda bulunsalar da söz konusu faturaları hazırlayıp mahkemeye verirler. Amerikan Yüksek Mahkemesi bu davada susma hakkının ihlal edildiğini tespit etmenin yanı sıra; kişinin kendi hazırladığı, özeline ilişkin kâğıtların özellikle tuttuğu günlüklerin, delil olarak aleyhine kullanılmasına ilişkin zorlamanın dahi bu hakka aykırı olduğu sonucuna varır. Fakat Yüksek Mahkeme zamanla bu içtihadından değiştirmiş ve tanıklık ile fiziksel delili birbirinden ayırarak, ilkinin susma hakkı kapsamında korunacağını, diğerinin ise tanıklık kapsamına girmediğine karar vermiştir¹²⁸.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Doe v. Birleşik Devletler davasında verdiği karar göre Amerikan Anayasası 5. Ek'te belirtilen susma hakkının uygulanması için kişi kendi aleyhine tanıklık etmeye yani beyanda bulunmaya zorlanmalı ya da devlete beyan anlamına gelebilecek delil tedarik etmelidir. Beyanda olayla ilgili açıkça ya da zımni olarak bir şey ileri sürülmeli veya bilgi açıklanmalıdır¹²⁹. Yani bu karara göre sadece beyan delili 5. Ek anlamında tanıklık kapsamına girmektedir. Zira beyan delilinin insan tarafından şekillenir iken, gerçek (fiziksel) delilin ise şeylerin durumundan çıkarıldığı¹³⁰, dolaylı ve durumsal olduğu belirtilmektedir¹³¹. Hatta bu görüşü desteklemek amacıyla İngilizce tanık anlamına

¹²⁷ 116 U.S. 616 (1886). Amar, Lettow, **a.g.e.**, s. 883.

¹²⁸ Amar, Lettow, **a.g.e.**, s. 888, 889.

¹²⁹ 487 U.S. 201, 210 (1988).

¹³⁰ Bentham, **A Treatise on Judicial Evidence**, s. 12.

¹³¹ Bentham, **A Treatise on Judicial Evidence**, s. 12, 13; Yenisey, s. 9.

gelen “witness” sözcüğünün Eski İngilizce’de bilme anlamına gelen “witan” dan türetildiği ileri sürülmüştür¹³².

Schember v. Kaliforniya davasında¹³³ beyan, tanıklık ve gerçek (fiziksel) delil ayırımına yine dikkat çekilmiştir. Susma hakkı, konuşma, yazılı not veya beden dili yani işaret ya da baş sallama da dâhil beyanın tarzı ne olursa olsun uygulanır. Fiziksel delil ve tanıklık arasındaki fark Fisher v. Birleşik Devletler ve Birleşik Devletler v. Hubbell davalarında netleşir. Fisher v. Birleşik Devletler kararına¹³⁴ göre var olduğu bilinen belgelerin teslimi mekanik bir durum iken; Birleşik Devletler v. Hubbell¹³⁵ kararında belirtildiği üzere varlığı bilinen vergi formlarının hazırlanmasında kişinin zihnindekileri kullanması, aktif katılımı gerekir ve bu durum tanıklık kapsamında değerlendirilir. Fisher v. Birleşik Devletler davasında Amerikan Anayasası 5. Ek’te yer alan susma hakkının vergi mükellefini suçlayıcı nitelikteki belgelerin teslimini istemekle değil, kişinin zorlama yoluyla yaptığı tanıklıktaki kendini suçlayıcı ifadeleri ile ihlal edilmiş olacağı belirtilir. Birleşik Devletler v. Doe davasında¹³⁶ ise diğer davadan farklı olarak, varlığı ya da bu belgelerin sanığın hâkimiyeti altında olduğu bilinmemektedir. Aldatma kullanımı suretiyle belge istenmesinin suçlayıcı tanıklık niteliği taşıdığı sonucuna varılır.

Kısacası, bir görüşe göre, Amerikan hukukunda vergiye ilişkin belgelerin teslimi tanıklık yapma yani beyanda bulunma olarak kabul edilmediğinden Anayasa 5. Ek kapsamında korunmasa da, savcının doğru belgeye ulaşma amacıyla yüzlerce belge istemesi durumunda belgelerin teslimi tanığın ifade vermesi gibi bir durum yaratmaktadır¹³⁷. Bu durumun vergi sistemi menfaatine kabul edildiği, bu şekilde elde edilen delilin ceza muhakemesinde kullanılmasının kesin olarak yasaklanmasıyla telafinin sağlanabileceği belirtilmektedir¹³⁸. Diğer bir görüşe göre

¹³² Webster’s Third New International Dictionary 2627 (1971)’den naklen, Amar, Lettow, **a.g.e.**, s. 889.

¹³³ Schember v. California, 384 U.S. 757,764, 765.

¹³⁴ 425 U.S. 391 (1976).

¹³⁵ 530 U.S. 27 (2000).

¹³⁶ 465 US 605 (1984).

¹³⁷ Holloway, **a.g.e.**, s. 165.

¹³⁸ Hauer, **a.g.e.**, s. 1047.

ise belge ve menkul kıymetin teslimi de susma hakkının koruması kapsamındadır¹³⁹. Fakat herhangi bir suç isnadı altında olmayan kişinin bilgisi dâhilinde elde edilen belge ve menkul kıymetlerin delil olarak kullanılabilceği ileri sürülmektedir¹⁴⁰.

Amerikan Yüksek Mahkemesi belgelerin teslimi ile ilgili değişik standartları kullanmıştır. Bunlardan ilki olan ve 1976'ya kadar kullanılan "Mahremiyet Standardı"na göre, şirket kayıtlarının kamu kaydı ve şirket çalışanlarının da bu kayıtlara nezaret eden olarak kabul edilmesi gerekmektedir¹⁴¹. İkinci standart olan "Tanıklığa Zorlama Standardı"na göre, belgelerin teslimi ile içeriği farklı şeylerdir. Kamu makamları, kişiyi belgeyi oluşturması için zorlamamışsa belgenin içeriği zorlanmış değil, gönüllüdür¹⁴². Belgeyi teslim etmeye yönelik zorlama ise sadece teslim hareketine yönelik zorlama anlamındadır¹⁴³. Fakat hukuka aykırı faaliyetlere ilişkin kayıt ya da vergi yükümlülüğünü gerektiren kanunun, bu faaliyetlerin içeriğine ilişkin geniş bir bilgi içermese de, susma hakkına darbe niteliğinde olduğu, zira hukuka aykırı aktiviteler hususunda kamu makamlarını uyandırma ve kişinin kendini suçlamasına zorlanmasına neden olacağı belirtilmektedir¹⁴⁴.

Birleşik Devletler v. Zakutansky davasında¹⁴⁵ gelir vergisiyle ilgili muhasebeci tarafından tutulan belgeler ve makine kayıtları kamu denetçisi tarafından onaylanmış olmasa da, çalışma belgesi olarak kabul edilmiştir. Bu belgelerin vergi mükellefinden ziyade, muhasebeciye ait olduğu ve susma hakkından yararlanamayacağı; fakat vergi mükellefinin belirli sürelerde muhasebecisine teslim ettiği kişisel defter ve kayıtlarda susma hakkının uygulanacağı, bunlar muhasebeci ya da avukatta olduğu sürede de bu haktan vazgeçilmiş sayılmayacağı ileri sürülmüştür.

¹³⁹ Wigmore, *A Treatise on the System of in Trials at Common Law Including the Statutes and Decisions of All Jurisdictions of the United States and Canada*, s. 3123.

¹⁴⁰ Wigmore, *A Treatise on the System of in Trials at Common Law Including the Statutes and Decisions of All Jurisdictions of the United States and Canada*, s. 3124.s

¹⁴¹ 221 US 361 (1911).

¹⁴² Organizational Papers and The Privilege Against Self-Incrimination (Yazarı Belirtilmemiş), *Harvard Law Review*, Vol. 99, January, 1986, s. 644.

¹⁴³ Organizational Papers and the Privilege Against Self-Incrimination, s. 645, Fisher, 425 U.S. at 410.

¹⁴⁴ Berger, Compelled Self-Reporting and the Principle Against Compelled Self-Incrimination: Some Comparative Perspectives, s. 34.

¹⁴⁵ 401 F.2d68, 71 (7th Cir. 1968), DeVries, Fisher, *a.g.e.*, s. 62.

“Talep edilen kayıtlar” doktrinine göre, idari makamların düzenleyici fonksiyonu yerine getirebilmeleri için bireyler ve kurumlar geniş kapsamlı bilgi vermeye zorlanabilir. Örneğin, gelir vergisi beyannamesi doldurmak, endüstrilerin kirlilik bilgisi gibi¹⁴⁶. Kanun uyarınca tutulması gereken kayıtların kişisel ve özel kayıtlar değil, yarı özel olduğu ve bu nedenle bu kayıtlar hakkında susma hakkının uygulanamayacağı belirtilmiştir¹⁴⁷.

Belge tesliminin susma hakkı kapsamında korunma görüp görmediğine ilişkin AİHM kararlarından da yararlanılabilir. AİHM’e göre susma hakkının, hem muhakeme öncesi araştırma safhasını ve cezalandırma riski taşıyan vergi inceleme süresini ve hem de ceza muhakemesini kapsadığı belirtilmektedir¹⁴⁸. AİHM, I.J.L. ve Diğerleri v. Birleşik Krallık davasında¹⁴⁹ idari bir mercii olan DTI’nin müfettişlerinin yaptığı denetimlerde başvuruçuların kanunen sunmak zorunda oldukları belgelerin kovuşturma makamları tarafından da kullanılmasına ilişkin olarak, bu denetiminin niteliği ve amacından hareket eder. Başvuruçuların, DTI ile yargı makamlarının işbirliği olmasaydı kovuşturmalarının mümkün olmayacağına ilişkin iddiaları karşısında, mahkeme, AİHS m. 6’nın kişilere kovuşturulmama imkânı sağlamadığını, bu iddialara ilişkin hususların AİHS m. 6/1 ihlali teşkil etmeyeceğini belirtir. Üstelik AİHM’e göre duruşma hazırlığı safhasındaki işlemlerde, sonradan diğer yetkili makamları harekete geçirmeye temel oluşturabilecek vakıaları saptama ve kaydetme amacı var olsa da AİHS m. 6/1 uygulanmayacaktır¹⁵⁰. Saunders v. Birleşik Krallık davasına¹⁵¹ konu olan olayda ise başvuruçunun denetim sırasında DTI müfettişlerine yaptığı açıklamalar onun aleyhine bir ceza yargılamasında kullanılmıştır. AİHM başvuruçunun bu açıklamalarının onun aleyhinde ceza yargılaması sırasında kullanılmasının, ona

¹⁴⁶ Organizational Papers and The Privilege Against Self-Incrimination, s. 653.

¹⁴⁷ United States v. Kamps, D.C.N.D.Ia., 59 Fed. Suppl.905., (1945).

¹⁴⁸ Yaltı, Vergi Hukukunda Susma Hakkı (VUK 359)(a)(2)’nin Anayasaya Aykırılığı Sorunu, s. 29.

¹⁴⁹ “I.J.L, G.M.R. ve A.K.P. v. Birleşik Krallık”, (Başvuru No. 29522/95; 30056/96; 39574/96), Karar Tarihi 19 Eylül 2000, para.101.

¹⁵⁰ Heinrich, Rauch, Wiehrer, a.g.e.

¹⁵¹ “Saunders v. Birleşik Krallık”, (Başvuru No. 19187/91), Karar Tarihi 17 Aralık 1996, paras. 67-76. Saunders kararı için ayrıca bkz. Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 275.

yargılama sırasında konuşmasını sağlamak amacıyla ek bir baskı yarattığını belirtir ve bu nedenle susma hakkının ihlal edildiği sonucuna varır. Bu karara muhalefet şerhi koyan hâkimlerden Martens ve Kuris ise, özellikle “beyaz yaka suçları” olarak anılan suçlarda suçun kovuşturulması için önem taşıyan delillerin o organizasyonun kendisi veya temsilcileri tarafından tutulan resmi kayıt ve organizasyonun belgelerinden oluştuğunu belirtmiştir. Bu nedenle organizasyon sorumlusu tarafından susma hakkı ileri sürülürse, otoritelerin bireyleri denetleme yetkisi ve bu organizasyonun kovuşturulmasının engellenmiş olacağına ilişkin Braswell v. US 487 US 99 (1988) kararına atıf yapmıştır.

Görüldüğü üzere susma hakkı, idari mercilere yapılan açıklamalarda da gündeme gelebilir. Bu nedenle kişinin kanunda belirtilen çeşitli konularda talep edilmesine rağmen açıklamada bulunmayı reddetmesinin özellikle mali konularda suç olarak düzenlenmesinin, her ne kadar belirli faaliyetlerin düzenlenmesi ve denetim altına alınması için önem arz etmekte ise de, susma hakkı bakımından doğru olmadığı ileri sürülmektedir. Bu tür hususların suç olarak düzenlenmesi yerine idari mercilerin başka şekilde delil elde etmesi gerektiği¹⁵²; talep edilen kişiyi suçlayıcı nitelikteki bilgi ya da belgelerin verilmemesine ilişkin suçlar bakımından da susma hakkının, hakkın icrası kapsamında bir hukuka uygunluk sebebi olacağı sonucuna varılmaktadır¹⁵³. Diğer bir görüşe göre yaptırımın sadece idari para cezası olarak belirlenmesi suretiyle sorun çözülecektir ki¹⁵⁴, AİHM’e göre bu durumda da susma hakkı devreye girer. Zira AİHM bir hukuka aykırılığın ulusal hukukta suç ya da kabahat olarak tanımlanması ile bağlı değildir. Mahkeme, ulusal hukukta idari para ceza ile cezalandırılan bir hukuka aykırılığı suç olarak kabul edebilir. Başka bir görüşe göre ise susma hakkı ile kamu düzenini koruma arasında dengeyi kurmak için sadece belge gizlemenin bir hak kullanma olarak değil de, işlediği iddia edilen bir suçtan kaçınma olarak yorumlanması gerektiği belirtilmektedir¹⁵⁵.

¹⁵² Evik, **a.g.e.**, s. 48.

¹⁵³ Mahmutoğlu, **a.g.e.**, s. 110.

¹⁵⁴ Üstün, **a.g.e.**, s. 387

¹⁵⁵ Süheyl Donay, **Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları**, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2008, s. 135

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nda da bu husus gündeme gelmiştir. Orkem v. Avrupa Topluluğu Komisyonu davasında¹⁵⁶ limited şirket olan Orkem SA'dan 17 No'lu Regülasyonun 14. maddesi uyarınca yapılan bir soruşturma kapsamında Regülasyonun 11/1. maddesi uyarınca kendisine sorulan sorular kapsamında bilgi vermesi istenmiştir. 17. Regülasyonun 11/2 ve 11/5 maddelerine göre Avrupa Komisyonu, gerekli bilgi elde etmek için kişilerden talepte bulunabilir veya bu konuda karar alabilir. Bu talebe yanlıs ya da eksik cevap vermeyi de para cezası ile cezalandırabilir. Bu davada Adalet Divanı bu düzenlemenin rekabet kurallarının ihlalini oluşturacağı gerekçesiyle soruşturma yapılmasını engelleme hakkı içermediğini, aksine, Komisyonun soruşturma konusu ile ilgili tüm bilgilere ulaşabilmesi için ilgiliye Komisyonla işbirliği yapma yükümlülüğü yüklediğini belirtmiştir. Fakat Adalet Divanı'na göre bu maddenin etkinliğini sağlama amacıyla Komisyon, var olan belgelerin teslimini isteyebilirse de ikrar anlamına gelebilecek cevap vermeye zorlayamaz.

Kanımızca, Anayasa m. 38/5'te yer alan kendini ve yakınlarını suçlamaya zorlanma yasağının uygulanması için kişinin şüpheli ya da sanık sıfatını haiz olması gerekmemektedir. Bu madde kapsamında susma hakkından yararlanabilmek için belge temini kişi hakkında bir soruşturma tehlikesi yaratmalı ya da var olan bir soruşturma veya kovuşturmada itham edilen suçun cezasını arttırıcı vakıaları destekleyici olmalıdır¹⁵⁷. Bunun da varlığını tespit ettikten sonra belgelerin tesliminin hangi kapsamda değerlendirileceğine bakmak gerekir. Zira susmayı bu kapsamda bir hak olarak nitelendiriyorsak, belgelerin teslim edilmemesine ilişkin suçlar açısından bu hak bir hukuka uygunluk sebebi oluşturabilir.

Özellikle mali konularda ve belirli sektörlerde denetim belge yoluyla olmaktadır. Üstelik Türkiye'nin taraf olduğu birçok uluslararası belge de, belirli

¹⁵⁶ C-374/87, Orkem v Avrupa Topluluğu Komisyonu, [1989] E.C.R 3283.

¹⁵⁷ Aksi görüşe göre ise Türk hukukunda susma hakkının kapsamı Anayasa m. 38'de, CMK'ya göre daha geniştir. Çünkü CMK ceza kovuşturmasına uğratabilecek beyandan çekinmekten bahsederken, Anayasanın herhangi bir ayırım yapmaksızın kişinin kendini veya kanunda sayılan yakınlarını suçlamaya hiçbir şekilde zorlanamayacağı öngörülmektedir. Bu nedenle cezalandırma tehlikesi bulunmasa bile kişinin kendisini ya da yakınlarını suçlamadan çekinebilecektir. Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, s. 217.

alanlarda belge denetimi yapma yükümlülüğünü getirmektedir¹⁵⁸. Bu nedenle kendini suçlayıcı nitelikte belgeleri susma hakkına dayanarak vermekten kaçınabilme imkânı tanıdığımızda denetim yapılması ve bazı suçların ortaya çıkarılması neredeyse imkânsız hale gelecektir. Bu ve benzeri nedenleri dikkate alan AİHM de kural olarak belgeleri kendini suçlamaya zorlanamama ilkesi dışında tutmaktadır. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri'nde de aynı görüş benimsenmiştir. Türk hukukunda ise Nemo Tenetur ilkesinin dayanağı olan Anayasa m. 38/5'te kişinin kendisi ya da yakınları aleyhine beyanda bulunmaya zorlanmasının yasaklanmasına değil, kendisi ya da yakınlarını suçlamaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağına yer verdiği için fiziksel delil kapsamında değerlendirilen belgeler de susma hakkı kapsamında korunma görecektir. Bu nedenle fiziksel delil kapsamında değerlendirilen diğer bir konu olan vücuttan örnek alınması hususunda ileri sürdüğümüz öneriyi burada da desteklemekteyiz. Yani ya AİHS ve Almanya'nın Anayasasında olduğu gibi Nemo Tenetur ilkesine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemeli ya da Amerika Birleşik Devletleri Anayasasında olduğu gibi susma hakkı beyan delilleriyle sınırlanmalıdır. Çünkü belgelerin de susma hakkı kapsamında kalması durumunda suçla mücadele ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerdeki yükümlülüklerini yerine getirmesi zorlaşacaktır. Fakat bu belgenin de niteliği önem arz edebilir. Bu belge günlük gibi kişinin mahrem alanına ilişkin olduğu takdirde özel hayatın gizliliğine ilişkin standartlar devreye girerek sonuca varılmalıdır.

Bazı durumlarda ise belge teslimi adeta beyan delili gibi bir durum da oluşturabilir. Buna örnek olarak Funke v. Fransa davası verilebilir. Yabancı ülkede bir hesabının bulunup bulunmadığını tespit etmek isteyen ve bu konuda tam olarak

¹⁵⁸ Uyuşturucu ve Psicotrop Maddeler Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Konvansiyonu, 1988)'nde uyuşturucu ve psicotrop maddelerin kaçakçılığına karşı daha etkili olunması ve bunun önlenmesi için, bankacılıkta sır saklama yükümlülüğünün, uyuşturucu madde ile ilgili araştırmalar nedeniyle, bankalardan istenilen bilgilerin verilmesine engel teşkil ettiği dikkate alınmıştır. Bu nedenle sözleşmeye taraf devlet mahkemelerinin veya diğer yetkili makamlarının, bankalardan mali ve ticari raporları almaları için yetkili kılınmaları istenmiştir. Suç Kaynaklı Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Zapt edilmesi ve Müsadere Edilmesine İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Strazburg Konvansiyonu, 1990) aklamaya ile mücadelenin özel niteliğini dikkate alarak, gelirin tespitini, takibini ve bununla ilgili delillerin toplanmasını kolaylaştıran özel araştırma yetki ve tekniklerinin kullanılmasına imkân verecek yasal düzenlemelerin yapılmasını istemektedir.

emin olmayan otoritelerin ilgiliden banka kayıtlarını istemesi durumunda, kişinin bu belgeleri teslimi aslında “Yabancı ülkede hesabın var mı?” sorusunu “Evet” olarak yanıtlamakla aynı anlamına gelecektir. Geniş kapsamda sorulan sorulara cevap niteliğinde belge temini tanıklık gibidir¹⁵⁹. Bu nedenle AİHM de burada susma hakkını devreye sokmuştur.

B. Ceza Muhakemesi Evrelerinde

Ceza Muhakemesinde Nemo Tenetur ilkesinin uygulanmasını incelemeyen önce ceza muhakemesinin başlangıç ve bitişini tespit etmek gerekir. CMK m. 2/1/(e)'ye göre, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre soruşturma evresi olarak tanımlanır. Suç şüphesinin ihbar, şikâyet vasıtasıyla ya da doğrudan yetkili mercilere ulaşması soruşturma evresinin başlamasını sağlayacaktır. CMK m. 2/1/(f)'ye kovuşturma evresi ise iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evredir. Hükmün kesinleşmesi ile muhakeme evresi sona erer ve hükmün infazına geçilir.

Kendini suçlamaya zorlanma yasağının ihlali iddialarının en yoğun gündeme geldiği alanlardan biri soruşturma evresidir. Bu aşama suç isnadı ile başlamaktadır. AİHM'e göre, kişinin kendini suçlayacak nitelikteki delilleri elde etmek için zor kullanımı ile ilgili davalarda susma hakkı gündeme gelir; yani kişi bir suç ile itham edilmiş olmalıdır. Mahkeme ulusal hukuktaki nitelendirme ile bağlı olmaksızın itham kelimesine otonom anlam verme hakkına sahiptir¹⁶⁰. Engel davası ile AİHM suç isnadı hususunda 3 kriter ortaya koymuştur: suçun ulusal hukukta sınıflandırılması, suçun niteliği, cezanın ağırlığı. Eğer bir ihlal ulusal hukukta suç olarak tanımlanmışsa, diğer kriterlere gerek yoktur¹⁶¹. Aksi durumda ikinci kriter devreye

¹⁵⁹ “*Funke v. Fransa*”, (Başvuru No. 10828/84), Karar Tarihi 25 Şubat 1993, para.44; Ashby, **a.g.e.**, s. 792. Funke kararı için ayrıca bkz. İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 273.

¹⁶⁰ “*Weh v. Avusturya*”, (Başvuru No. 38544/97), Karar Tarihi 8 Nisan 2004, para.42; “*Funke v. Fransa*”, (Başvuru No. 10828/84), Karar Tarihi 25 Şubat 1993, para.44; “*Heaney ve McGuinness v. İrlanda*”, (Başvuru No. 34720/97), Karar Tarihi 21 Aralık 2000, paras.55-59; “*J.B. v. İsviçre*”, (Başvuru No. 31827/96), Karar Tarihi 3 Mayıs 2001, paras. 66-71.

¹⁶¹ Heinrich, Rauch, Wiehrer, **a.g.e.**

girer ama bu kriter ilkinde göre daha az kullanılmaktadır ve tutarsızdır. Üçüncü kritere göre ise, suç isnadı için bunun yaptırımının kâfi derecede ağır olması gerekir. Bu üç kriterden birinin bulunması suç isnadı hususunda karar verilebilmesi için yeterlidir. Fakat ayrı ayrı uygulanmaları açık bir sonuca ulaştırmıyorsa bu kriterler kümülatif olarak da değerlendirilebilir. Eğer itham yoksa ki Serves davası buna örnektir, susma hakkı gündeme gelmez. Serves davasında tanığın yemin etme zorunluluğunun ve bunun aksine davranışın cezalandırılmasının, hâkime anlatılanların doğruluğunu sağlamaya yönelik olduğu belirtilir. Ayrıca bu tür durumlarda bir suçla itham söz konusu olmadığı gibi, tanık da delil vermeye zorlanmadığı için AİHS m. 6/1 ihlal edilmiş olmaz¹⁶².

Zorlama olmaksızın elde edilen beyan ya da diğer deliller Nemo Tenetur ilkesinin kapsamı dışındadır¹⁶³. Bunun için zorlama kavramı üzerinde durmak gerekmektedir.

Zorlamada olayın tüm koşulları dikkate alınır¹⁶⁴. Miranda davasında zorlama ifadesi geniş yorumlanmıştır. Buna göre gözaltında kişiye soru sormak bile başlı başına zorlayıcı etki taşır¹⁶⁵. Amerikan Yüksek Mahkemesi çeşitli davalarda bireyi tanık olarak beyanda bulunmaya zorlamanın yanı sıra, 5. Ek'te tanınan susma hakkından vazgeçmesini sağlamaya yönelik ekonomik ya da diğer türlü yaptırımlarla tehdit etmenin de yasakladığını belirtmektedir¹⁶⁶. Fiziksel bir zorlama söz konusu ise kendini suçlamaya zorlanma yasağının tespiti daha basittir ve işkence yasağı da gündeme gelir. Fakat günümüzde fiziksel müdahaleden çok, psikolojik baskı uygulanmakta ve delil elde etmede hileli yöntemlere başvurulmaktadır.

¹⁶² “*Serves v. Fransa*”, (Başvuru No. 20225/92), Karar Tarihi 10 Ekim 1997, para. 47. Serves kararı için ayrıca bkz. İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 280.

¹⁶³ William J. Stuntz, “Self-Incrimination and Excuse”, **Columbia Law Review**, Vol. 88, 1988, s. 1262; Amar, Lettow, **a.g.e.**, s. 865; Tarallo, **a.g.e.**, s. 147; Jacqueline R. Kanovitz, **Constitutional Law**, United States, Twelfth Edition John C. Klotter Justice Administration Legal Series, 2010, s. 379; Lushing, **a.g.e.**, s. 1709; Zydney, **a.g.e.**, s. 1273.

¹⁶⁴ Holloway, **a.g.e.**, s. 155.

¹⁶⁵ Mark A. Godsey, “Rethinking the Involuntary Confession Rule: Toward a Workable Test for Identifying Compelled Self-Incrimination”, **California Law Review**, Vol. 93, 2005, s. 500.

¹⁶⁶ *Minnesota v. Murphy*, 465 US. 420, 434 (1984), *Lefkovwitz v. Cunningham*, 431, US. 801, 806 (1977) William Wesley Patton, “The World Where Parallel Lines Converge: The Privilege Against Self-Incrimination in Concurrent Civil and Criminal Child Abuse Proceedings”, **Georgia Law Review**, Vol. 24, 1990, 516.

Ceza muhakemesinde susma hakkı çeşitli şekillerde gündeme gelebilir. Örneğin, *Bykov v. Rusya* davasında¹⁶⁷ V. Adli şahısla yaptığı konuşmalar sırasındaki kendini suçlayıcı beyanı mahkeme tarafından delil olarak kabul edilen kişi, polis tarafından aldatıldığını, bu durumun AİHS m. 6/1'i ihlal edici nitelikte olduğunu ileri sürerek AİHM'e başvurmuştur. *Heglas* davasında¹⁶⁸ başvuru polis tarafından görevlendirilen, kıyafetlerinin altında kayıt cihazı gizleyen bir kişi ile konuşurken bir hırsızlık suçuna iştirak ettiğini itiraf eder. AİHM burada başvuru kişinin itham sisteminin yararlandığını, mahkûmiyetinde bu kayıt yerine diğer delillere dayanıldığı, bu tedbirin ciddi suçları araştırma amacı taşıdığından önemli bir kamu yararı olduğunu belirtir. Ayrıca başvuru kişinin bu gizli kayıttan önce bir suç ile itham edilmediği ve resmi olarak sorgulanmadığı için susma hakkına aykırılık bulunmadığı sonucuna varır.

Allan davasında¹⁶⁹ ise başvuru (pre-trial detention) gözaltında ve sorgulanırken susma hakkını kullanmak istediğini belirtir. Polis başvuru kişiyi uzun süre sorgular. Ardından ikrar elde etmek için onun nezarethanedeki arkadaşını kullanır. AİHM bu davada zorlama ve baskı ile başvuru kişinin iradesine aykırı olarak açıklama elde edildiği için adil yargılanmaya aykırılık oluştuğunu saptar.

Tutuklama ya da gözaltı aşamasında kefaletin reddi de kişiyi kendini suçlamaya zorlama vasıtası olarak sayılabilir¹⁷⁰.

Kendini suçlama yasağı sadece kolluk tarafından yapılan ifade alma işlemleri sırasında gündeme gelmez. Örneğin, Türk hukukunda 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanununa göre memur ve diğer kamu görevlilerinin görevleri dolayısıyla işledikleri suçlardan dolayı soruşturma izni verilmesi gerekmektedir ve bu izni verecek makam ön inceleme yapar. Bu ön inceleme sırasında da susma hakkı gündeme gelebilir. Çünkü bu ön inceleme sonucunda kişi hakkında yargılama başlaması riski vardır.

¹⁶⁷ “*Bykov v. Rusya*”, (Başvuru No. 4378/02), Karar Tarihi 10 Mart 2009.

¹⁶⁸ “*Heglas v. Çek Cumhuriyeti*”, (Başvuru No. 5935/02), Karar Tarihi 1 Mart 2007.

¹⁶⁹ “*Allan v. Birleşik Krallık*”, (Başvuru No. 48539/99), Karar Tarihi 5 Kasım 2002.

¹⁷⁰ Hauer, **a.g.e.**, s. 1049, 1050.

Dava pazarlığı uygulaması da kendini suçlamaya zorlanma yasağının gündeme geldiği alanlardan biridir. Zira ikrarın cezayı azaltma suretiyle ödüllendirilmesi riski suçlu ve masum sanığa ikrar konusunda baskı yaratır¹⁷¹. Örneğin, Amerikan hukukundaki dava pazarlığı uygulanmasına göre sanığa susma hakkı da dâhil Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının 5. Ek'inde yer alan tüm haklarından vazgeçmezse, suçu kabul şeklinde haklarından vazgeçseydi alacağı cezadan daha fazlasına katlanmak zorunda kalacağı anlatılır. Bu durum da sanığa kendini suçlama konusunda baskı yapmaktadır¹⁷².

Kendini suçlamaya zorlanma yasağının gündeme gelebileceği bir diğer durum da kişinin akıl sağlığının incelenmesidir. Ceza muhakemesinde bu inceleme 2 durumda söz konusu olur. Birincisi, kişinin suçu işlediği zaman akıl hastası olup olmadığı yani algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olup olmadığıdır. Zira aksi takdirde suçu işlediği anda kusur yeteneği olmayan sanığa ceza değil, güvenlik tedbiri uygulanacaktır. CMK m. 74'e göre şüpheli ya da sanık akıl sağlığının tespiti amacıyla gözlem altına alınabilir¹⁷³. İkinci olarak da suçu işledikten sonra akıl hastalığına tutulan sanığın durumudur. Bu takdirde hastalık savunmanın esaslı şekilde yapılmasına da engel olmaktaysa yargılama şartı gerçekleşmemiş olur ve buna ilişkin hükümler uygulanır.

Kişinin akıl sağlığını incelemenin Nemo Tenetur ilkesi kapsamında kalıp kalmadığına ilişkin tam bir belirlilik yoktur. Psikolojik testin tanıklığa daha yakın

¹⁷¹ Hauer, **a.g.e.**, s. 1048; Stuntz, **a.g.e.**, 1263.

¹⁷² Stuntz, **a.g.e.**, s. 1270.

¹⁷³ (1) *Fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için; uzman hekimin önerisi üzerine, Cumhuriyet savcısının ve müdafinin dinlenmesinden sonra resmî bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilebilir.*

(2) *Şüpheli veya sanığın müdafii yoksa hâkim veya mahkemenin istemi üzerine, baro tarafından bir müdafî görevlendirilir.*

(3) *Gözlem süresi üç haftayı geçemez. Bu sürenin yetmeyeceği anlaşılırsa resmî sağlık kurumunun istemi üzerine, her seferinde üç haftayı geçmemek üzere ek süreler verilebilir; ancak sürelerin toplamı üç ayı geçemez.*

(4) *Gözlem altına alınma kararına karşı itiraz yoluna gidilebilir; itiraz, kararın yerine getirilmesini durdurur.*

(5) *Bu madde hükmü, 223'üncü maddenin sekizinci fıkrası gereğince yargılamanın durması kararı verilmesi gereken hâllerde de uygulanır."*

olduğu belirtilmektedir¹⁷⁴. Zira bu görüşe göre, psikiyatristler kişiyi konuşturmaya ve bu amaçla da kandırmaya çalışır¹⁷⁵. Bir kişinin suç işlediği anda akıl sağlığının yerinde olup olmadığına yönelik inceleme ister istemez olayla ilgili bilgileri de kapsar. Kişi bu aşamada kendini suçlayacak nitelikte bir delil verebilir. Bu aşamadaki susma hakkı ihlaline ilişkin Amerika Birleşik Devletleri'ndeki mahkemelerinin önüne çeşitli davalar gitmiştir. Estelle v. Smith davasında¹⁷⁶ adam öldürme suçu işlediği iddia edilen sanık, duruşma ehliyetine sahip olup olmadığının tespiti amacıyla psikiyatrik incelemeye tabi tutulur ve bu incelemenin ardından ehliyetli olduğu kabul edilir. Yargılanıp ölüm cezasına çarptırılan sanığın bu cezasının infazı için incelenmesi gereken hususlardan biri, onun toplum açısından tehlikeli olup olmayacağı yani ileride suç işleyip işlemeyeceğidir. Bu konuda onun psikiyatrik olarak incelemesini yapan aynı doktor, kişinin tehlikeli olacağına ilişkin beyanda bulunur. Bu davada psikiyatristin kişinin fiziksel özelliklerine değil de, onun söylediği ve söylemeyi ihmal ettiği açıklamalara dayandığı için susma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılır. Zira kişiye psikiyatrik inceleme öncesi susma hakkının olduğu ve bu aşamada yaptığı açıklamaların aleyhine kullanılabileceği bildirilmemiştir. Buchanan v. Kentucky¹⁷⁷ davasında adam öldürme suçu ile suçlanan sanık, psikiyatrik tedaviye uygun olup olmadığının tespiti için incelenmeye tabi tutulmak ister. Yargılama sırasında ise kendi akıl sağlığı ile ilgili iddialarına karşı onun talebi üzerine gerçekleştirilen psikiyatrik inceleme neticesinde elde edilen raporlara dayanılır. Sanık bu raporlara dayanılmasının Amerikan Anayasası 5. ve 6. Ek'teki haklarını ihlal ettiğini ileri sürse de, Yüksek Mahkeme bu iddiaları red eder. Zira burada incelenmeye tabi tutulmayı sanık kendi istemiştir. Bu nedenle inceleme sırasında ulaşılan sonuçlardan onun iddialarını çürütmek için faydalanılabilir. Bu durum susma hakkına aykırılık teşkil etmez.

¹⁷⁴ Requiring a Criminal Defendant to Submit to a Government Psychiatric Examination: An Invasion of the Privilege Against Self-Incrimination (Yazarı Belirtilmemiş), **Harvard Law Review**, Vol. 83, 1970, s. 655.

¹⁷⁵ Requiring a Criminal Defendant to Submit to a Government Psychiatric Examination: An Invasion of the Privilege Against Self-Incrimination, s. 659.

¹⁷⁶ 451 U.S. 454 (1981).

¹⁷⁷ 107 S.Ct. 2906, 97 L.Ed.2d 336 (1987).

Diğer yandan failin fiili işlediği sırada akıl hastası olduğunun tespitinin de Nemo Tenetur ilkesini gündeme getirebileceği belirtilmektedir. Türk hukukunda akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri TCK m. 57’de düzenlenmiştir¹⁷⁸. Bu maddeye göre fiili işlediği anda akıl hastası olan kişi yüksek güvenlikli bir sağlık kurumuna koruma ve tedavi amaçla alınır ve özgürlüğü kısıtlanır. Bu nedenle bu tür tedbirler hapis cezasına mahkûmiyete benzer¹⁷⁹. Üstelik hapis cezasının süresi belirlidir ve koşullu salıvermeden yararlanma mümkündür. Hâlbuki akıl hastaları için toplum açısından tehlikeliliğin kalkması ya da önemli ölçüde azalması aranmaktadır. Dolayısıyla, akıl hastalığı nedeniyle uygulanacak güvenlik tedbiri süresinin üst sınırı belirli değildir. Kişi serbest bırakılsa bile, güvenlik bakımından tıbbi kontrol ve takibe tabi tutulabilir. Bu tıbbi kontrol ve takipte kişinin akıl hastalığı açısından tehlikeliliğinin arttığına anlaşılması halinde yine aynı güvenlik tedbirine tabi tutulacak olması da kendini suçlamaya zorlanma yasağının gündeme gelmesine neden olabilir. Ayrıca bazı akıl hastalıklarının tedavi edilebilir olmamasına rağmen hastaneye yatırılması nedeniyle bu durumun tedavi amacından çok cezai olduğu da ileri sürülmektedir¹⁸⁰.

¹⁷⁸ (1) Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi hakkında, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastaları, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar.

(2) Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmiş olan akıl hastası, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığına veya önemli ölçüde azaldığına belirtilmesi üzerine mahkeme veya hâkim kararıyla serbest bırakılabilir.

(3) Sağlık kurulu raporunda, akıl hastalığının ve işlenen fiilin niteliğine göre, güvenlik bakımından kişinin tıbbi kontrol ve takibinin gerekip gerekmediği, gerekiyor ise, bunun süre ve aralıkları belirtilir.

(4) Tıbbi kontrol ve takip, raporda gösterilen süre ve aralıklarla, Cumhuriyet savcılığınca bu kişilerin teknik donanımı ve yetkili uzmanı olan sağlık kuruluşuna gönderilmeleri ile sağlanır.

(5) Tıbbi kontrol ve takipte, kişinin akıl hastalığı itibarıyla toplum açısından tehlikeliliğinin arttığı anlaşıldığında, hazırlanan rapora dayanılarak, yeniden koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Bu durumda, bir ve devamı fıkralarda belirlenen işlemler tekrarlanır.

(6) İşlediği fiille ilgili olarak hastalığı yüzünden davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişi hakkında birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yerleştirildiği yüksek güvenlikli sağlık kuruluşunda düzenlenen kurul raporu üzerine, mahkûm olduğu hapis cezası, süresi aynı kalmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, mahkeme kararıyla akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.

(7) Suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hâkim kararıyla serbest bırakılabilir.

¹⁷⁹ Requiring a Criminal Defendant to Submit to a Government Psychiatric Examination: An Invasion of the Privilege Against Self-Incrimination, s. 661.

¹⁸⁰ Requiring a Criminal Defendant to Submit to a Government Psychiatric Examination: An Invasion of the Privilege Against Self-Incrimination, s. 663, 664.

Ceza muhakemesi sırasında susma hakkı ile ilgili gündeme gelebilecek diğer bir husus CMK m. 253’de¹⁸¹ düzenlenen uzlaşma girişiminin başarısız olması sonucu

¹⁸¹ “ (1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur.

a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.

b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),

2. Taksirle yaralama (madde 89),

3. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),

4. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234),

5. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239), suçları.

(2) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir.

(3) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez. Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz.

(4) Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tabi olması halinde, Cumhuriyet savcısı veya talimatı üzerine adli kolluk görevlisi, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanuni temsilcilerine yapılır. Cumhuriyet savcısı uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır.

(5) Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukuki sonuçları anlatılır.

(6) Resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye veya bunların kanuni temsilcisine ulaşılamaması halinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır.

(7) Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir.

(8) Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir.

(9) Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi, uzlaştırmacı olarak avukat görevlendirilmesini barodan isteyebilir veya hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirebilir.

(10) Bu Kanunda belirlenen hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebepleri, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulur.

(11) Görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısınca uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Cumhuriyet savcısı uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır.

(12) Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Cumhuriyet savcısı bu süreyi en çok yirmi gün daha uzatabilir.

(13) Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanuni temsilci, müdafî ve vekil katılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanuni temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır.

(14) Uzlaştırmacı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilir; Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya talimat verebilir.

uzlaştırıcı tarafından elde edilen delillerin soruşturma dosyasında kalması durumudur. Nasıl sonuçlanırsa sonuçlansın uzlaşma sürecinde ortaya çıkan deliller başka bir soruşturma ya da kovuşturmada kullanılmamalıdır¹⁸². Uzlaşma başarısız ise dosyada bulunan delil ve ikrar hâkimin vicdani kanaati engelleyeceğinden, hukuka aykırı kabul edilip, dosyadan çıkarılması gerektiği, aksi tutumun kendini suçlamaya zorlanma yasağının ihlali anlamına geleceği belirtilmektedir¹⁸³. Nitekim CMK m. 253/3'te de bu hususa açıkça yer verilmiştir. Bu nedenle uzlaşma işlemleri sırasında konuşan sanığın susma hakkından feragat ettiği sonucuna varılmamalı ve bu müzakereler sırasındaki kendini suçlayıcı nitelikteki beyanları kullanılmamalıdır. Hâkimin kanaatine etki etmemesi için de bu beyanlara dava dosyasında yer verilmemesi daha doğru olacaktır.

(15) Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte Cumhuriyet savcısına verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır.

(16) Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler.

(17) Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder.

(18) Uzlaşmanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez.

(19) Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, 171'inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171'inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38'inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır.

(20) Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz.

(21) Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunduğu tarihten itibaren, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek Cumhuriyet savcısına verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez.

(22) Uzlaştırmacıya Cumhuriyet savcısı tarafından çalışma ve masraflarıyla orantılı bir ücret takdir edilerek ödenir. Uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri, yargılama giderlerinden sayılır. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde bu giderler Devlet Hazinesi tarafından karşılanır.

(23) Uzlaşma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak bu Kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir.

(24) Uzlaşmanın uygulanmasına ilişkin hususlar, yönetmelikle düzenlenir.”

¹⁸² Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 487.

¹⁸³ Ünver, Deliller ve Değerlendirilmesi, s. 2906, 2907.

C. İnfaz Aşamasında

Süresi içinde yasayollarına başvurulmaması ya da yasayoluna başvuru yolu kapalı ise kararın verilmesiyle hüküm kesinleşir ve kesinleşen hükmün infazına başlanır.

İnfaz aşamasında da Nemo Tenetur ilkesi gündeme gelebilir. Bu duruma örnek olarak Minnesota v. Murphy davası¹⁸⁴ verilebilir. Bu davada cinsel dokunulmazlığa karşı suç işleyen ve koşullu salıvermeden yararlanan Murphy'e denetimli serbestlik görevlisine her konuda doğru bilgi vermesi gerektiği söylenir. Murphy bu memura önceden işlediği bir suçu anlatır ve bunun sonucu olarak da koşullu salıverme kararı kaldırılır. Bu kişi Amerikan Anayasası 5. Ek'te yer alan susma hakkının ihlal edildiğini ileri sürse de Amerikan Yüksek Mahkemesi, kişinin koşullu salıvermeden yararlanması durumunda bu statüsü ile ilgili olarak denetim memuruna doğru bilgi vermekle yükümlü olduğu ve bu memurun soru sorarken Miranda uyarılarını yapmak zorunda olmadığını belirtmiştir. Ancak, Yüksek Mahkemeye göre memur, kişiyi kendisini suçlayıcı nitelikteki sorulara cevap vermeyi reddetmesi halinde ceza uygulamakla tehdit ederse, burada koşullu salıvermeden yararlanan kişi ileri sürmese de susma hakkı ihlal edilmiştir¹⁸⁵. Birleşik Devletler v. York davasında¹⁸⁶ da koşullu salıvermeden yararlanan York, periyodik olarak yalan makinasına girmesi suretiyle kendini suçlayıcı sorulara cevap vermek zorunda kalmasının susma hakkını ihlal ettiğini ileri sürse de, mahkeme bu durumun koşullu salıverme ve tedavi programının bir gereği olduğuna ve susma hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir. Birleşik Devletler v. Johnson davasında¹⁸⁷ cinsel dokunulmazlığa karşı işlediği bir suçtan mahkûm olup da koşullu salıvermeden yararlanan kişinin denetimli serbestlik süresi içinde sadece denetim, durum takibi ve tedavi ile ilgili sorulara cevap vermek zorunda olduğu kabul edilmiştir. Doğru verilen cevap, kişinin hali hazırda yargılanıp mahkûm edildiği suç dışındaki bir suç

¹⁸⁴ 465 U.S. 420 (1984), Stephen Vance, "Looking at the Law: An Updated Look at the Privilege Against Self-Incrimination in Post- Conviction Supervision", **Federal Probation**, Vol. 75, No. 1, (2011), s. 33.

¹⁸⁵ 465 U.S. at 435, Vance, **a.g.e.**, s. 33.

¹⁸⁶ 357 F.3d 14 (1st Cir. 2004) Vance, **a.g.e.**, s. 34.

¹⁸⁷ 446 F.3d 272, Vance, **a.g.e.**, s. 35.

dolayısıyla kovuşturulmasına neden olacaksa susma hakkı ileri sürülebilecektir. Birleşik Devletler v. Lee davasında¹⁸⁸ hükümlünün denetimli serbestlik süresinde belirli periyodlarla yalan makinesine bağlanması susma hakkının ihlali olarak görülmemekle beraber, bu makineye bağlı iken sorulan soruya vereceği cevap onun takip eden bir ceza yargılamasında suçlanmasına neden olacaksa susma hakkını ileri sürerek cevap vermeyi reddedebileceği belirtilmiştir. Birleşik Devletler v. Antelope davasına¹⁸⁹ konu olan olayda cinsel istismar suçundan mahkûm olan Antelope'e tedavi programı uygulanmaktadır. Bu program belirli sürelerle yalan makinesi girme ve geçmişte işlenen tüm cinsel suçlarla ilgili bilgi vermeyi içermektedir. Antelope bilgi vermeyi reddettiğinde özgürlüğünden mahrum edildiği için, bu davada susma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Başka bir durum da aileyi bir araya getirme amaçlı olarak mahkeme tarafından yürütülen terapi sırasında, aileyi çocuğa kötü muamele yapıldığına ilişkin itirafa zorlamadır. Bu tür durumlarda susma hakkının uygulanıp uygulanamayacağı net değildir. Minnesota'da çocuğa kötü muamele edilmesine ilişkin bir davada aile, bunu kendilerinin yapmadığını ve yapanı da bilmediklerini söyler. Fakat babanın tanıklığı ile çocuğun yaralarının incelenmesi suretiyle elde edilen adli tıp raporu birbiri ile çelişir. Bunun üzerine mahkeme çocuğu aileye iade eder ama ailenin ailelikle ilgili psikolojik danışmaya katılmasına hükmeder. Burada ailenin çocuğun bakımı ya da tedavisine ilişkin herhangi önemli bir değişiklik yapmadan önce, çocuğun yaraları ile ilgili açıklama yapmaya ihtiyaç duyacakları için Nemo Tenetur ilkesi gündeme gelse de bu durumun ihlal oluşturmayacağına karar verilmiştir. Mahkeme bu kararı verirken susma hakkından feragat etmenin herhangi bir ceza ya da yaptırıma bağlanmadığını; ayrıca ailenin -burada söz konusu olan ebeveyn babadır- susma hakkı ile devletin çocuğu korumadaki menfaati ve çocuğun güvenli bir çevrede bulunma haklarının dengelenmesi gerektiğini belirtir. Babanın yardım etmemesi sonucu ebeveyn haklarına son vermenin Anayasaya aykırı bir ceza olmadığını; fakat ebeveyn eksikliklerini ıslah etmedeki başarısızlığının gerekli bir

¹⁸⁸ 315 F.3d 206 (3d Cir. 2003), Vance, **a.g.e.**, s. 35.

¹⁸⁹ 395 F.3d 1128 (9th Cir. 2005), Vance, **a.g.e.**, s. 36.

sonucu olduğu vurgulanır¹⁹⁰. Minnesota Yüksek Mahkemesine göre, ebeveyn mahkeme tarafından yürütülen terapide bir suç itirafında bulunurlarsa, kendi kendilerini suçlamış olacak ve cezai sorumluluğu bulunacaktır.¹⁹¹ Ayrıca mahkemeye göre, bu terapi sırasında önemli sayılabilecek suçlayıcı açıklamalar elde edilemezse çocuk koruyucu aileye verilecek ya da ebeveynin çocuk üzerindeki haklarına son verilmesi talep edilecektir. Bu durum da susma hakkı kapsamında tehdit ya da ceza değil, ailesi tarafından sömürülen ya da zarar verilen çocuğun korunmasına yönelik bir sonuçtur¹⁹². Baltimore City Department of Social Services v. Bouknight davasında¹⁹³ da ailesi tarafından sömürülen çocuk, belirli aralıklarla durumunun gözden geçirilmesi şartıyla annesine teslim edilir. Çocuğu kendisine teslim edilen anne bu şartı yerine getirmeyi susma hakkına dayanarak reddeder. Amerikan Yüksek Mahkemesi ise annenin çocuğu ile birlikte yaşamak için bu şartı kabul ettiğini belirtmiş, bu nedenle bu davada susma hakkının uygulanamaz olduğuna ve annenin hapsedilmesine karar vermiştir. Görüldüğü üzere bu kararda çocuğun korunması amacıyla susma hakkına istisna getirilebileceğine ulaşmaktayız.

Türk hukukunda yalan makinesine bağlanma söz konusu olmasa da, erteleme ve koşullu salıverme hususlarında kendini suçlamaya zorlanma yasağı gündeme gelebilir. TCK m. 51’de hapis cezasının ertelenmesi düzenlenmiştir¹⁹⁴. Erteleme,

¹⁹⁰ Patton, **a.g.e.**, s. 511, 512.

¹⁹¹ Patton, **a.g.e.**, s. 512.

¹⁹² Patton, **a.g.e.**, 513.

¹⁹³ Balt. City Dep’t of Soc. Services v. Bouknight, 493 U.S. 549 (1990). Patton, **a.g.e.**, s. 112.

¹⁹⁴ “(1) İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin;
a) **Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması,**
b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması,
Gerekir.

...

(3) Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz.

...

(5) Mahkeme, denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklardan kurtulmasını ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya nezdinde çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir.

işlediği bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olan kişinin, kanunun aradığı şartları taşıması halinde cezaevine girmesine gerek kalmaksızın hapis cezasının infazını sağlayan bir imkândır. Hükümlü, denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemez ise veya yükümlülüklerine aykırı davranmazsa cezası infaz edilmiş sayılacaktır. Bu nedenle bazı durumlarda kişinin mahkûmiyet sonrası vereceği cevaplar da suçlayıcı nitelikte olabilir, susma hakkı gündeme gelebilir.

Koşullu salıverme 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 106. maddesinde düzenlenmiştir¹⁹⁵. Koşullu salıverme, hapis cezasının belirli bir kısmını ceza infaz kurumlarında çeken hükümlünün, kanundaki şartları sağladığı takdirde denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulması, bu sürenin

(6) Mahkeme, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlemeden veya uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine de karar verebilir.

(7) **Hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi** veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi hâlinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir.

(8) **Denetim süresi yükümlülüklerle uygun veya iyi hâlli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır.**"

¹⁹⁵ (1) Koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için mahkûmun kurumdaki infaz süresini iyi hâlli olarak geçirmesi gerekir.

...

(6) Koşullu salıverilen hükümlünün tâbi tutulacağı denetim süresi, yukarıdaki fıkralara göre infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürenin yarısı kadardır. Ancak süreli hapislerde hakederek tahliye tarihini geçemez.

(9) Hâkim, denetim süresinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklar edinebileceği çevrelerden uzak kalması ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya yanında çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir.

(10) Hâkim, koşullu salıverilen hükümlünün kişiliğini ve topluma uyumdaki başarısını göz önünde bulundurarak; denetim süresinin, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmadan veya herhangi bir yükümlülük belirlemeden geçirilmesine karar verebileceği gibi, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasını veya belirlenen yükümlülükleri denetim süresi içinde kaldırabilir.

...

(12) **Koşullu salıverilen hükümlünün, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi** veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi hâlinde **koşullu salıverilme kararı geri alınır.**

(13) Koşullu salıverilme kararının geri alınması hâlinde hükümlünün;

a) Sonraki suçu işlediği tarihten itibaren kalan cezasının aynen,

b) Yükümlülüklerine aykırı davranması hâlinde, koşullu salıverilme kararının geri alınması kararının kesinleştiği tarih ile hakederek salıverilme tarihi arasındaki süreyi geçmemek koşuluyla takdir edilecek bir sürenin,

Ceza infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir. Koşullu salıverilme kararının geri alınmasından sonra aynı hükmün infazı ile ilgili bir daha koşullu salıverilme kararı verilmez.

(14) Denetim süresi yükümlülüklerle uygun ve iyi hâlli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır.

yükümlülükler uygun geçirilmesi ve yine bu süre içinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlememesi halinde cezanın infaz edilmiş sayılmasını sağlayan bir kurumdur. Burada da denetimli serbestlik süresi içinde, yani ceza muhakemesi sonrası hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suçun işlenmesi koşullu salıverme kararını ortadan kaldıracığından, böyle bir suçun işlenip işlenmediğine ilişkin bilginin hükümlüden elde edilmesi durumu kendini suçlamaya zorlanma yasağını gündeme getirir.

III. İDARİ YARGI VE HUKUK MUHAKEMESİNDE İLKENİN UYGULANMASI

Nemo Tenetur ilkesinin uygulanması için kişiden elde edilecek açıklama ya da delilin kişinin kendisini suçlayacak nitelikte yani onun aleyhine bir ceza davasında kullanılma ihtimalinin olması gerektiğinden hangi davaların ceza davası olduğunun tespiti gerekmektedir¹⁹⁶.

Bir davanın ceza davası olup olmadığının tespitinde, bu yargılama sonucu davayı kaybedene uygulanacak yaptırımın niteliğinden hareket edilebilir. Zira bazı özel hukuk cezaları ya da hak kayıpları cezai etki doğurabilir¹⁹⁷. A.P., M.P., T.P. v. İsviçre davasında¹⁹⁸ vergi kaçırın ölenin mirasçılarında bu kaçırılan miktara ilişkin talebin bir ceza niteliğinde olduğuna karar verilmiştir. Ek vergi değerlendirilmesi ve vergi kaçırmaya ilişkin ceza içeren J.B. v. İsviçre davasında¹⁹⁹ da AİHS m. 6 uygulanmıştır. New York'ta Anayasada yer alan susma hakkına ilişkin hüküm, likör dağıtıcısının vergi sertifikasını iptali şeklinde gerçekleşen likör kanununun ihlali üzerine verilecek cezalara ilişkin yargılamalarda da uygulanmıştır²⁰⁰.

¹⁹⁶ Vincent Martin Bonventre, "An Alternative to The Constitutional Privilege Against Self-Incrimination", **Brooklyn Law Review**, Vol. 49, 1982, s. 42; Levy, **a.g.e.**, s. 17.

¹⁹⁷ Durrett, Rosengren, **a.g.e.**, s. 563.; Stuntz, **a.g.e.**, s. 1274.

¹⁹⁸ "A.P., M.P. ve T.P. v. İsviçre", (Başvuru No. 19958/92,) Karar Tarihi 29 Ağustos 1997

¹⁹⁹ "I.J.L., G.M. R. ve A.K.P. v. Birleşik Krallık", (Başvuru No. 29522/95; 30056/96; 39574/96), Karar Tarihi 19 Eylül 2000.

²⁰⁰ Witt, **a.g.e.**, s. 903

Helvering ve Mitchell davasında²⁰¹ Amerikan Yüksek Mahkemesi, bir yargılamanın hukuk ya da ceza yargılaması olduğunun tespitinde, bu yargılama sonucu ihlali yapan kişiye uygulanacak yaptırımın iyileştirici ya da cezai olmasını dikkate alarak değerlendirme yapmıştır. Yani mahkemeye göre yaptırımın tespiti bakımından, söz konusu hareketi cezalandırma mı yoksa zarar görenin ya da zarar görmesi muhtemel kişinin zararını tazminin mi amaçlandığı önem taşımaktadır²⁰². Örneğin, dava sonunda elde edilen paranın devlete gitmesi, eski hale getirme amacının olmaması, kovuşturma masraflarını karşılamaya yönelik ödemenin söz konusu olması zararı tazmin amacı taşımaz²⁰³. Özel hukuk yaptırımının sosyal damgalama amacı taşımaması gerekir iken²⁰⁴, ceza hukuku yaptırımında hareketi yapanı cezalandırma ve caydırıcılık hedeflenmelidir²⁰⁵.

AİHM'e göre suçun ve cezanın niteliği ve ağırlığı, AİHS m. 6'nın amacı, bu madde altında yer alan sözcüklerin lafzı ve AİHS'e taraf devletlerin hukuku dikkate alınarak yapılacak değerlendirme sonucu bir davanın ceza davası niteliğinde olup olmadığı tespit edilecektir²⁰⁶. Öztürk v. Almanya davasında²⁰⁷ dava sırasında Almanya'da kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması hususu gündemde olsa da AİHM, burada ihlali gerçekleştiren kişiye verilecek cezanın hafif olmasının bu davanın ceza davası olduğu hususunu değiştirmeyeceğini ve AİHS m. 6'nın uygulanacağını belirtmiştir.

Bir ihlalin oluşumu için manevi unsur aranmıyorsa, objektif sorumluluk yeterli ise burada cezai değil, idari bir yaptırım söz konusu olabilir. Yine aynı şekilde, kanunun öngördüğü standartların yerine getirilmesi idari bir mercii

²⁰¹ 303 U.S. 391 (1938). Bu davaya konu olan 1928 tarihli Gelir Kanununda gelir vergisini kaçırmak ya da ödememek karşılığında para ve hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür. Mahkeme bu yaptırımların cezai nitelik taşıdığını belirtirken; vergi ödememek için kasten hile yapılması durumunda yaptırımın %50 arttırılacağına dair hükmün bir özel hukuk cezası olduğu sonucuna varmıştır.

²⁰² H. Steven Durrett, Paul G. Rosengren, "Evidence New Limitations On The Privilege Against Self-Incrimination", **California Law Review**, Vol. 64, No. 286, s. 565.

²⁰³ Durrett, Rosengren, **a.g.e.**, s. 568, 569.

²⁰⁴ Durrett, Rosengren, **a.g.e.**, s. 563.

²⁰⁵ Helvering v. Mitchell, 303 U.S. 391 (1938).

²⁰⁶ "Öztürk v. Almanya", (Başvuru No. 8544/79), Karar Tarihi 21 Şubat 1984.

²⁰⁷ Mark Berger, "Europeanizing Self-Incrimination: The Right to Remain Silent in the European Court of Human Rights", **Columbia Journal of European Law**, Vol. 12, 2006, s. 347.

tarafından denetlenmekte değilse, burada cezai nitelikte bir hususun olduğu ileri sürülebilir²⁰⁸. Bir ceza kovuşturması yapılmasına neden olabilecek kayıtların talebini içeren kanunların ihlali sonucu yapılan kovuşturmalara karşı Amerikan Anayasası 5. Ek'te yer alan susma hakkının koruma sağlayacağı belirtilmektedir²⁰⁹.

Nemo Tenetur ilkesini harekete geçirecek kriterlerden biri olarak yaptırımın ceza kanununda yer alması da gösterilebilir²¹⁰. Diğer bir görüşe göre, cezai sorumluluğu sadece hapis cezası ya da para cezası değil ayrıca cezai nitelikte olmayan, bir kanun ya da sözleşmede düzenlenmiş el koymayı kapsayabileceği gibi, yargıç bunu kıyas yoluyla da genişletilebilir²¹¹. Birleşik Devletler v. Verdugo-Urquidez davası²¹² Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının 5. Ek'inde yer alan susma hakkının uygulama alanı ile ilgili önemli bir dava niteliğindedir. Bu davada mahkeme bir ceza yargılamasında kullanılma riski olmayan açıklamaları da susma hakkının kapsamına alarak, hakkın genişlemesine neden olmuştur. Uniformed Sanitation of the City of New York davasına²¹³ konu olan olayda ise New York Sanitation (New York Sağlık Hizmetleri)'nde yolsuzluk yapıldığı iddiasıyla soruşturmaya başlanılır. Bu sırada burada çalışanlar büyük jürinin önüne çağrılıp, onlardan susma hakkından feragat ederek, tanık olarak beyanda bulunmaları istenir. Bunu yapmamaları üzerine de işçiler işinden kovulur. Burada kişiler kendilerini suçlayıcı beyanda bulunmamalarına rağmen susma hakkının ihlal edildiği saptanmış ve eski hale iade kararı verilmiştir. Zira burada susma hakkının kullanımının kişinin aleyhine yorumlanması söz konusu olmayıp, susma hakkını kullananlar ceza hukuku dışında bir yaptırıma maruz kalmışlardır.

Kendini suçlamaya zorlanma yasağının özel hukuk ve idare hukuku davalarında uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Ceza muhakemesi dışındaki

²⁰⁸ Durrett, Rosengren, **a.g.e.**, s. 570.

²⁰⁹ Kanovitz, **a.g.e.**, s. 385.

²¹⁰ Requiring a Criminal Defendant to Submit to a Government Psychiatric Examination: An Invasion of the Privilege Against Self-Incrimination, s. 661.

²¹¹ Wigmore, **A Treatise on the System of in Trials at Common Law Including the Statutes and Decisions of All Jurisdictions of the United States and Canada**, s. 3030.

²¹² 494 U.S. 259 (1990).

²¹³ 392 U.S. 280 (1968).

yargılamalarda kendini suçlamaya zorlanma yasağı ile ilgili olarak iki ihtimal gündeme gelebilir. Kişilerin bu yargılamalar sırasında kendini suçlamaya zorlanıp zorlanamayacağı ve eğer kişi bu konuda zorlanabilecek ise bu şekilde elde edilen açıklama ya da delillerin o kişi aleyhine bir ceza davasında kullanılıp kullanılmayacağıdır.

Özel hukuk yargılaması ya da idari yargılama sırasında, kişinin kendi aleyhine ceza yargılamasında kullanılacak bir açıklama yapmaya ya da delil vermeye zorlanabilmesine ilişkin iki görüş bulunmaktadır.

İlk görüşe göre, kişi ileride aleyhinde bir ceza yargılamasında kullanılma ihtimali taşıyan açıklama yapmaya ya da delil göstermeye zorlanabilir²¹⁴. Baxter v. Palmigiano davasında²¹⁵ hapisanedeki disiplin yargılamaları sırasında susma hakkını kullanan mahkûm, ceza olarak 30 gün ayrı bir yere konularak diğer mahkûmlardan tecrit edilmiştir. Amerikan Mahkemesi bu konuya ilişkin olarak ceza muhakemesi dışındaki yargılamalarda yanlış mahkûmiyet olasılığı olmadığından dolayı 5. Ek'te yer alan susma hakkının uygulanmayacağını belirtmiştir. Hakkın ceza davalarıyla sınırlanmasının nedeni olarak, ceza davalarının makul şüphenin ötesinde ispat yükümlülüğü içerdiği ve bu nedenle ceza davalarında diğer muhakeme alanlarına nazaran kesinlik ölçütünün daha belirgin aranması gerektiği gösterilmektedir²¹⁶. Makul şüphenin ötesinde ispat külfetinin adil yargılanmanın yanı sıra, susma hakkının da hedeflerini gerçekleştirmesine hizmet edeceği ileri sürülmektedir²¹⁷.

Chavez v. Martinez davasında²¹⁸ Martinez polis ile çatışma sırasında aldığı yaraların tedavisi sırasında Chavez adlı devriye amiri tarafından sorgulanır. Martinez uyuşturucu kullandığını ve bir polis memurunun silahını olay sırasında ele

²¹⁴ Simons v. Payne, 2 Root (Conn.) 406 (1796); Starr v. Tracy, 2 Root(Conn.) 528, 529 (1797); Connor v. Bradey, Anthon's Nisi Prius Rep. (N.Y.) 135, 136 (1809), Levy, **a.g.e.**, s. 21.

²¹⁵ 425 U.S. 308 (1976).

²¹⁶ Amar, Lettow, **a.g.e.**, s. 924.

²¹⁷ Alexandra Natapoff, "Deregulating Guilt: The Information Culture Of The Criminal System", **Cardozo Law Review**, Vol. 30, No. 3, s. 978.

²¹⁸ 538 U.S. 760 (2003).

geçirdiğini itiraf eder. Bu sırada kendisine Miranda uyarıları yapılmaz. Fakat Martinez bir suçla suçlanmaz ve bu beyanları onun aleyhine bir ceza davasında kullanılmaz. Buna rağmen Martinez susma hakkının ihlal edildiğini ileri sürer. Amerikan Yüksek Mahkemesinin çoğunluk görüşüne göre, kişinin zorlanması ile elde edilen kendini suçlayıcı ifadeleri aleyhinde bir ceza davasında kullanılmadığı takdirde susma hakkı ihlal edilmiş olmaz. Bu karar, susma hakkının saf bir delil dışlama kuralı olarak algılandığı yönünde eleştirilmektedir²¹⁹.

Saunders v. Birleşik Krallık davasında AİHM'in belirttiği üzere²²⁰, susma hakkı sadece ceza davalarında geçerlidir. Saf idari davalarda bu hak kullanılamaz. Mahkeme, Şirketler Kanununa göre yapılacak soruşturmanın rolünün bir suçun soruşturulması ve kovuşturulmasından ziyade, asli olarak düzenleyici olduğunu vurgulamaktadır.

Abas v. Hollanda davasına²²¹ konu olan olayda ise Abas, Hollanda dışında ikamet edenlere vergi muafiyeti tanındığından vergi makamlarının yaptığı araştırma sırasında, Hollanda dışında ikamet ettiğine yönelik bir belge sunar. Daha sonra ikamet hususunda yanlış bilgi verdiği gerekçesiyle vergiyle bağlantılı dolandırıcılıktan mahkûm edilir. Bunun üzerine, Hollanda Ceza hukuku uyarınca kendisinden istenen bilgiyi temin etmeye zorlanamayacağı hususunda gerekli bilgilendirilmenin yapılmadığı gerekçesiyle susma hakkının ihlal edildiğini ileri sürer. AİHM, vergi araştırmalarının mali amaçlarla gerçekleri tespit ve kayıt altına aldığını ve başvuruçunun cezai sorumluluğunu tespit amacı taşımadığını belirterek AİHS m. 6'nın burada uygulanamayacağı sonucuna varmıştır.

Vergi mükellefinin malvarlığı ile ilgili bilgiyi Britanya Milli Vergi dairesine vermesiyle ilgili olan Allen v. Birleşik Krallık davasında²²² açıklama yapmama

²¹⁹ Geoffrey R. Skoll, "Torture, and Fifth Amendment: Torture, the Global War on Terror, and Constitutional Values", **Criminal Justice Review**, Vol. 33, No. 1, March 2008, s. 36; Michael S. Pardo, "Self-Incrimination and The Epistemology of Testimony", **Cardozo Law Review**, Vol. 30, No. 3, s. 1035.

²²⁰ "Saunders v. Birleşik Krallık", (Başvuru No. 19187/91), Karar Tarihi 17 Aralık 1996, para. 67.

²²¹ "Abas v. Hollanda", (Başvuru No. 27943/95), Karar Tarihi 26 Şubat 1997.

²²² "Allen v. Birleşik Krallık", (Başvuru No. 76574/01), Karar Tarihi 10 Eylül 2002.

cezalandırılmaktadır. Fakat buradaki açıklama yapma zorunluluğu vergi mükellefinin önceki icrai ya da ihmali davranışını cezalandırmak için bilgi toplama amacı taşımadığı gerekçesiyle AİHS m. 6 uygulanmaz.

İkinci görüşe göre ise, kişi hiçbir yargılama esnasında aleyhinde kullanılma ihtimali taşıyan açıklama yapma ya da delil göstermeye zorlanamaz²²³. Amerikan Yüksek Mahkemesi çeşitli kararlarında bu hakkın ceza davalarının yanı sıra özel hukuk ve idare hukuku yargılamalarında tanık tarafından yapılan açıklamalardan onun aleyhine bir ceza davası açıklamasına neden olabileceklerin tümü için geçerli olduğunu belirtmiştir. Örneğin, Counselman v. Hitchcock davasında mahkeme kişinin kendini suçlamaya zorlanmayacağına dair anayasal kuralın sadece ceza davalarıyla sınırlandırılmasının mümkün olamayacağına karar vermiştir²²⁴. Boyd v. Birleşik Devletler davasında²²⁵ 5. Ek'te yer alan susma hakkının özel hukuk yargılamasında uygulanabileceği ileri sürülmüştür. McCarthy v. Arndstein davasına²²⁶ konu olan olayda iflasın ardından iflas edene ait malvarlığı olup olmadığını ilişkin araştırma yapılır. Bu davada da anayasal bir hak olan susma hakkının hukuk davalarında ileri sürülebileceği vurgulanmıştır.

AİHM'e göre susma hakkı kendiliğinden ceza muhakemesi dışında, bilgi edinebilmek için kişiyi zorlamayı yasaklamamaktadır²²⁷. Bu nedenle somut olaya bakılması gerekecektir. AİHM önüne giden Shannon v. Birleşik Krallık davasında²²⁸ sahte hesap açma ve dolandırıcılıkla suçlanan, finansal soruşturma sırasında daha fazla bilgi edinebilmek için çağrılan sanığın avukatları sanığın açıklamalarının ceza yargılamasında kullanılmamasına yönelik teminat ister. Fakat böyle bir garantinin sağlanmaması üzerine bilgi vermeyi reddeden başvuru, finansal soruşturmacının talebini yerine getirmeme suçuna mahkûm edilerek, para cezasına çarptırılmıştır. AİHM burada kendini suçlamama hakkının ihlal edildiğini saptar. I.J.L, G.M. R ve

²²³ Wigmore, **A Treatise on the System of in Trials at Common Law Including the Statutes and Decisions of All Jurisdictions of the United States and Canada**, s. 3105.

²²⁴ Levy, **a.g.e.**, s. 18.

²²⁵ 116 U.S. 633 (1886).

²²⁶ 266 U.S. 34 (1924).

²²⁷ "Weh v. Avusturya", (Başvuru No. 38544/97), Karar Tarihi 8 Nisan 2004, paras.43, 44.

²²⁸ "Shannon v. Birleşik Krallık", (Başvuru No. 6563/03), Karar Tarihi 4 Ekim 2005.

A.K.P v. Birleşik Krallık davasında²²⁹ hakkında henüz bir ceza muhakemesi işlemi söz konusu olmayan kişiden idari makamlar tarafından bilgi talep edilir ve kişi bilgileri vermeye zorlanır. Bu durum AİHS m. 6'yı ihlal etmez iken, bu şekilde elde edilen delillerin kullanımının susma hakkına aykırı olacağı belirtilmiştir. Soruşturma idari olma yerine cezai ise susma hakkı her aşamada uygulanır²³⁰. *Marttinen v. Finlandiya* davasında²³¹ ise müflis olan başvuru hakkında malvarlığı ile ilgili gerçek bilgiler vermediği için bir ceza yargılaması sürer iken, aynı zamanda icra memuru alacaklıların haklarını korumak için onun malvarlığına el koymak ister ve bunun için malvarlığı ile ilgili bilgi vermesi istenir. AİHM başvuru hakkında aynı konuda hem bir ceza yargılaması hem de icra takibatı yürütülmekte olduğundan, icra takibatı esnasında konuşmaya zorlanmasının susma hakkına aykırı olduğuna karar vermiştir.

İncelenmesi gereken diğer bir husus ise ceza muhakemesi dışında elde edilen kendini suçlayıcı beyan ya da delilin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılmayacağına ilişkindir. *Kastigar v. Birleşik Devletler* davasında zorlama yoluyla elde edilen açıklamaların doğrudan veya dolaylı kullanımının yanı sıra; soruşturmaya yardımcı olarak, kovuşturma kararının verilmesinde, dava pazarlığının reddinde, delili değerlendirmede, çapraz sorguyu planlamada ve yargılamanın diğer stratejilerini tespitinde kullanılmayacağı belirtilmiştir²³². Eğer devlet bilgi elde etmek için ceza verme tehdidine başvuruyorsa, buradan elde edilen bilgileri sonradan ceza mahkûmiyeti için kullanamayacaktır²³³. *King v. Birleşik Krallık* davasında²³⁴ vergi denetmenlerinin yaptığı sorgu sırasında zorlama ile elde edilen ifadeler, vergi kaçırma suçunun cezasının belirlenmesine temel alınmıştır. Mahkeme bu başvuruyu diğer davalardan çeşitli nedenlerle ayırarak, kabul edilemez bulmuştur. İlk olarak,

²²⁹ *I.J.L, G.M.R. ve A.K.P. v. Birleşik Krallık*, (Başvuru No. 29522/95; 30056/96; 39574/96), Karar Tarihi 19 Eylül 2000.

²³⁰ Andrew Ashworth, "Self-Incrimination in European Human Rights Law—A Pregnant Pragmatism?", *Cardozo Law Review*, Vol. 30, No. 3, December 2008, s. 756.

²³¹ *Marttinen v. Finlandiya*, (Başvuru No. 19235/03), Karar Tarihi 21 Temmuz 2009.

²³² William Cozzi v. United States of America, On Petition For A Writ Of Certiorari to The United States Court Of Appeals For The Seventh Circuit.

²³³ Berger, Europeanizing Self-Incrimination: The Right to Remain Silent in the European Court of Human Rights, s. 362.

²³⁴ *King v. Birleşik Krallık*, (Başvuru No. 13881/02), Karar Tarihi 16 Kasım 2004.

diğer davalarda zorlama açıklama yapılmasına yönelik olmasına rağmen, bu davada zorlama, araştırılan şey olan vergi yükümlülüğüne yöneliktir. Söz konusu davranış kişinin kendisini suçlaması anlamına gelmemekte, davranışın kendisi suç oluşturmuştur. Fakat bu mantıkla hareket ettiğimizde aynı şey Heaney and McGuinness davası²³⁵ için de söylenebilir. Zira Saunders'teki gibi suç işlemesine neden olan hareketleriyle ilgili değil, vergi ödemesindeki sorun nedeniyle cezalandırılması söz konusudur. İkinci olarak, kişi ceza muhakemesinde aleyhinde kullanılacak bilgi vermemesinden dolayı kovuşturulmuş, sadece vergi ödemedeki hukuka aykırılık nedeniyle cezalandırılmıştır. Mahkeme susma hakkının mali makamların araştırmalarını engellemeyi amaçlayan genel bir hak olarak yorumlanmayacağını belirtmektedir. Bu nedenle AİHM, Allen v. Birleşik Krallık davasındaki²³⁶ görüşünü tekrarlamış ve kendi malvarlığı ile bilgisi istenmesi üzerine yanlış açıklama yapan ilgili vergi mükellefi tarafından yapılan başvuruyu geçersiz kabul etmiştir. Mahkeme, bu gibi zorlayıcı tedbirlerin vergi sisteminin işlemesi için gerekli olduğu ve cebrin önceden var olan suçu ifşa etmediği sonucuna varmıştır. Bu nedenle AİHM kararları, Heaney ve McGuinness²³⁷ ile Shannon²³⁸ davalarından, kişiyi önceden işlediği bir suç hakkında açıklama yapmaya zorlanma temelinde ayrılmaktadır. King ve Allan davasında zorlama doğrudan soruşturma yapılan şeye yöneliktir; örneğin, vergi sorumluluğu ve başvuru sahiplerinin davranışları diğer bir suç hakkında suçlama yerine, suçun kendisini oluşturmaktadır.

Kanımızca kişinin kendisi ya da yakınları aleyhine vereceği delilin suçlayıcı nitelikte olup olmadığının tespiti gerekir. Yapılacak değerlendirme neticesinde bu delilin kişinin kendisini ya da kanunda belirtilen yakınlarını suçlayıcı nitelik arzemediği sonucuna ulaşıldığı takdirde elde edilmesi ve kullanılması mümkündür. Aksi takdirde bu delil elde edilebilir ama ceza yaptırımının uygulanmasına temel oluşturmaz buna ilişkin yargılamada değerlendirilemez. Zira daha önceden de belirttiğimiz üzere susma hakkının uygulanabilmesi için kişinin şüpheli ya da sanık olması gerekmez. Kimse kendini suçlamaya zorlanamaz. Fakat diğer yandan bu

²³⁵ Heaney ve McGuinness kararı için ayrıca bkz. İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 275.

²³⁶ "Allen v. Birleşik Krallık", (Başvuru No. 76574/01), Karar Tarihi 10 Eylül 2002.

²³⁷ "Heaney ve McGuinness v. İrlanda", (Başvuru No. 34720/97), Karar Tarihi 21 Aralık 2000.

²³⁸ "Shannon v. Birleşik Krallık", (Başvuru No. 6563/03), Karar Tarihi 4 Ekim 2005.

takdirde susma hakkının uygulama alanı genişleyecek, özel hukuk ve idare hukukuna ilişkin yargılamalarda da uygulanması gündeme gelecektir. Bu nedenle ceza muhakemesi dışında, susma hakkı geçerli olmamalı yani kişiyi konuşmaya zorlayan karinelere yer verilebilmeli, kişi susmayı tercih edince cezai nitelik taşımayan yaptırımlara tabi tutulabilmeli ya da susması onun aleyhine yorumlanabilmelidir. Fakat bu şekilde elde edilen beyanları o kişilerin aleyhine bir ceza davasında kullanılamamalıdır.

Özel hukuk yargılamasında “ceza imtiyazı” adında ayrı bir imkân karşımıza çıkabilir. Buna göre bir kişi, kendisine özel hukuk cezası verilmesine neden olabilecek sorulara cevap vermeyi ya da bilgi tedarik etmeyi reddedebilir²³⁹. Bu imtiyazı tanımak için ilk başta özel hukuk cezasının ne olduğunun tespiti gerekmektedir. Muhatabın zararını tazminden çok, onu cezalandırma ya da disipline etmeyi amaçlayan cezalar bu kapsamda değerlendirilir. Susma hakkından farklı olarak, ceza imtiyazı herhangi bir insan hakkı kaynaklı olmadığı için yargı süreci dışında uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır²⁴⁰.

VI. İLKENİN YER BAKIMINDAN UYGULANMASI

Nemo Tenetur ilkesi ile ilgili bir diğer incelenmesi gereken husus, bu ilkenin yer bakımından uygulanmasıdır. Yani bir ülkede kişinin susma hakkı ihlal edilerek elde edilen delilin, diğer bir ülkede yapılan yargılamada kullanılıp kullanılmayacağıdır.

Feldman v. Birleşik Devletler davasında²⁴¹ sanığa New York hukukuna göre bağışıklık tanınmıştır. Bu bağışıklığa göre yapacağı açıklamalar kendi aleyhine bir ceza davasında kullanılmayacaktır. Sanık da buna dayanarak suçu ikrar eder. Daha sonra federal düzeyde aynı suçtan dolayı yargılanır ve yargılanması sırasında bu ikrarı kullanılır. Burada Amerikan Yüksek Mahkemesine göre, bir eyalette hukuka

²³⁹ Wilson, **a.g.e.**, s. 3.

²⁴⁰ Wilson, **a.g.e.**, s. 4.

²⁴¹ 322 U.S. 487, 488 (1944).

uygun elde edilen deliller, başka bir eyaletteki susma hakkına ilişkin hükmü ihlal etse de bu ikinci eyalette kullanılabilir. Anayasadaki kendini suçlamaya zorlanma yasağı sadece bu eyaletteki soruşturma organları tarafından yapılacak işlemlerde uygulama alanı bulur. Zira New York'taki mahkeme tarafından kendisine tanınan bağışıklık sadece New York mahkemeleri için uygulama alanı bulup, federal düzeyde koruma sağlayamaktadır. *Murphy v. Waterfront Comm'n*²⁴² davasında da başvuruçulara eyalet kanununa göre bağışıklık tanınmışsa da yani yapacağı açıklamaların kendi aleyhine kullanılmayacağına dair güvence verilmişse de, bu korumanın federal düzeyde olmadığı gerekçesiyle susma hakkını kullanmak istemişlerdir. Eyalet mahkemesi ceza mahkûmiyetine ilişkin hükmü usuli nedenlerle bozmuş ise de, hukuk yargılamasına ilişkin kararın onamıştır. Mahkemeye göre bir eyalet, federal düzeyde yargılanma riski olsa dahi bir kişiyi kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlayabilir.

Brannigan v. Davison davasında²⁴³ susma hakkının yabancı hukuku temel alan kovuşturmalara uygulanamayacağı, fakat delil elde edilmesi sırasında yabancı bir ülkede kovuşturma tehditinin dikkate alınacağı belirtilmiştir.

Amerikan Mahkemeleri bazı kararlarında yabancı kovuşturma tehlikesini uzak ve kurgusal bulduğundan susma hakkını uygulamamaktadır²⁴⁴. Fakat susma hakkının, altında yatan amaçları gerçekleştirebilmesi için sadece ulusal hukukta değil, ülke dışında yapılacak kovuşturmaya karşı da korunma sağlayacak nitelikte olması gerekmektedir²⁴⁵. Diğer yandan, susma hakkına ikame olarak kabul edilebilecek bağışıklık kanunları kapsamında tanınan bağışıklıklar sadece Amerika

²⁴² 378 U.S. 52, 94, (1964)

²⁴³ [1997] 1 NZLR 140.

²⁴⁴ *In re Grand Jury Subpoena of Flanagan*, 691 F.2d 116 (2d Cir. 1982); *In re Baird*, 668 F.2d 432 (8th Cir.), 456 U.S. 982 (1982); *Zicarelli v. New Jersey State Commission of Inverstigation* 406 U.S. 472 (1972).

²⁴⁵ *Moses v. Allard*, 779 F. Supp. 857, 873-74 (E.D. Mich. 1991). Bu davaya konu olan olayda müflis Amerika'daki yargılanması sırasında vereceği cevapların hakkında İsviçre'de görülmek olan davada aleyhine kullanılabileceği gerekçesiyle Amerika'da yapılan yargılamada susma hakkını kullanmak istemiştir.

Birleşik Devletleri'nde uygulandığından, yabancı bir ülkede olabilecek kovuşturmayla karşı ileri sürülemeyecektir²⁴⁶.

İngiliz Mahkemesi, East India Co. v. Campbell davasında²⁴⁷ sanığın aleyhine Hindistan'da kullanılma riski nedeniyle açıklama yapmadan kaçınmasını kabul eder. King of the Two Sicilies v. Willcox. davasında²⁴⁸ ise sanığın yapacağı açıklamaların kendisi aleyhine Sicilya'da kullanılma riski taşımasına rağmen susma hakkını kullanması kabul edilmemiştir.

Nemo Tenetur ilkesinin uygulanma alanını sadece ulusal yargı ile sınırlı tutmak doğru olmaz²⁴⁹. Doğal haklar ve sosyal sözleşme teorileri de susma hakkının kişinin ülke sınırları dışında kovuşturulma riski bulunan durumlarda uygulanabilmesi gerektiğini destekler²⁵⁰. Belirli bir ülkeye geri iade edilme ihtimali, kişinin susma hakkının harekete geçirilmesi için gerekli olan gerçek ve önemli kovuşturulma riski için yeterli kabul edilebilir²⁵¹. Ayrıca, susma hakkının delil elde etmeye ilişkin bir kural olmasının yanı sıra bir insan hakkı olduğu dikkate alınır, bu hakkın ihlali anlamına gelebilecek uygulamaların her koşulda yasak olması gerekmektedir. Bu nedenle de bir suç işlendiği gerekçesiyle ulusal yargı alanı sınırları dışında soruşturulma riskinin bulunması durumunda da susma hakkı kullanılabilir. Bir ülkede susma hakkının ihlali ile elde edilen delil, başka bir ülkede yapılacak olan bir ceza yargılamasında da kullanılamamalıdır. Zira aksine bir tutum, delil elde etme amacıyla yasak yöntemlerin uygulanması hususunda yardımlaşmaya neden olabilir.

²⁴⁶ Debra Ciardiello, "Seeking Refuge in the Fifth Amendment: The Applicability of the Privilege Against Self-Incrimination to Individuals Who Risk Incrimination Outside the United States", **Fordham International Law Journal**, Vol. 15, Issue 3, 1991, s. 751.

²⁴⁷ 27 Eng. Rep. 1010 (Ex. 1,749).

²⁴⁸ 61 Eng. Rep. 116 (Ch. 1851).

²⁴⁹ Ciardiello, **a.g.e.**, s. 754, 755.

²⁵⁰ Ciardiello, **a.g.e.**, s. 759.

²⁵¹ Ciardiello, **a.g.e.**, s. 758.

V. İLKENİN TARTIŞMALI OLDUĞU ALANLAR

A. Kimlik Bilgileri

Kişinin kendisini suçlamaya zorlanamayacağı ilkesi ile ilgili tartışmalı alanlardan birini kişinin kimliği hakkındaki bilgi oluşturmaktadır. Bu husus, ilk olarak polisin durdurma ve kimlik sorma yetkisinde gündeme gelir. Türk hukukunda polisin durdurma ve kimlik sorma yetkisi PVSK m. 4/A'da düzenlenmiştir²⁵².

²⁵² “(1) Polis, kişileri ve araçları;

a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,

b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,

c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek,

ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek, amacıyla durdurabilir.

(2) Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması gerekir. Süreklilik arz edecek, fîli durum ve keyfîlik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılamaz.

(3) Polis, durdurduğu kişiye durdurma sebebini bildirir ve durdurma sebebine ilişkin sorular sorabilir; kimliğini veya bulundurulması gerekli diğer belgelerin ibraz edilmesini isteyebilir.

(4) Durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz.

(5) Durdurma sebebini ortadan kalkması halinde kişilerin ve araçların ayrılmalarına izin verilir.

(6) Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez.

(7) Bu Kanun ve diğer kanunların verdiği görevlerin yerine getirilmesi sırasında, polis tarafından gerekli işlemler için durdurulan kişiler ve araçlarla ilgili hükümler saklıdır.

(8) Polis, görevini yerine getirirken, kendisinin polis olduğunu belirleyen belgeyi gösterdikten sonra, kişilere kimliğini sorabilir. Bu kişilere kimliğini ispatlamaları hususunda gerekli kolaylık gösterilir.

(9) Belgesinin bulunmaması, açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla ya da sair surette kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet savcısı haberdar edilir. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılncaya kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır. Gözaltına ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usûlü bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır.

(10) Kimliğinin tespiti amacıyla tutulan kişiye, kimliği tespit edildikten sonra ve talepte bulunması halinde, bu amaçla tutulduğuna ve tutulma süresine dair bir belge verilir. Kişinin kimliğinin belirlenmesi durumunda, bu nedenle gözaltına alınma veya tutuklanma haline derhal son verilir.

(11) Nüfusa kayıtlı olmadığı için kimliği tespit edilemeyen kişilerin nüfusa kayıtlarının temini için gerekli işlemler yapıldıktan sonra, 5'inci maddeye göre fotoğraf ve parmak izi tespit edilerek kayda alınır.

(12) Kimliği tespit edilemeyen kişinin yabancı olduğunun anlaşılması halinde, 5682 sayılı Pasaport Kanunu ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun hükümlerine göre işlem yapılır.”

Polise verilen kimlik bilgileri arananlar listesi, doğum kayıtları ve benzeri bilgileri içeren veri tabanına kaydedilir ve bu surette kişinin bir suç ile bağlantısı olup olmadığı anlaşılır²⁵³. Bu durumda çeşitli ihtimaller gündeme gelebilir. Kişi hakkında yakalama ya da zorla getirme kararı verilmiş ise kimlik bilgisini vermesinin kendini suçlayıcı olduğu düşünülebilir. Bir suç işlediğinden şüphelenilen kişinin kimliğinin tespiti suretiyle sabıkasına ulaşılması onun aleyhine bir durum yaratabilir²⁵⁴. Örneğin, uyuşturucu kullandığından şüpheleniliyorsa ve bilgi bankası kişinin bu konuda sabıkalı olduğunu gösteriyorsa, isim vermenin suçlayıcı nitelikte olduğu ileri sürülebilir²⁵⁵. Bir suç işlediği şüphesiyle yakalanan kişinin kimliğini açıklaması ve bu kimlik bilgilerinin bilgi bankasına girilmesi sonucu başka bir suçun ortaya çıkması da söz konusu olabilir²⁵⁶. Tüm bunların yanı sıra kimlik bilgisi, cezada takdiri indirim nedeni olan sanığın geçmiş yaşamı, sosyal durumu, aile yapısı, akıl ve beden yapısı gibi hususların tespitini sağlamaktadır²⁵⁷.

Kişinin kimlik bilgisi hususunda susma hakkına dayanıp dayanamayacağına ilişkin üç görüş ileri sürülebilir;

Birinci görüşe göre, kişi kimlik bilgisi hakkında susma hakkına sahip değildir²⁵⁸. Kaliforniya v. Byers davasında²⁵⁹ mahkemenin çoğunluğu, trafik kazası ardından olay mahallini isim veya adresini vermeden terk etmeyi suç sayan düzenlemenin kamu ihtiyacı ile bireyin anayasal korunma talebi arasında dengeleme yapmayı amaçladığını, bu durumun susma hakkının gerekleriyle çelişmediğini belirtmiştir. Zira bu yasa ve kendini raporlamaya ilişkin yükümlülükler öngören yasalar cezai nitelik taşımayan idari bir sürecin parçasıdır. Yakalama sonrasında da

²⁵³ Ashby, **a.g.e.**, s. 784.

²⁵⁴ Ashby, **a.g.e.**, s. 805.

²⁵⁵ Ashby, **a.g.e.**, s. 799.

²⁵⁶ Ashby, **a.g.e.**, s. 811.

²⁵⁷ Ali Yıldırım, “Sanığın Susma Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 45, S. 5-6, Aralık 1988, s. 692.

²⁵⁸ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 449; Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2007, s. 155; Erdener Yurtcan, **CMK Şerhi**, 5. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2008, s. 392; Taşdemir, Özkelepir, **a.g.e.**, s. 579; İzzet Özgenç, “Suç Zanlısı Kişinin Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Sonuçları”, **Hukuk Araştırma Dergisi**, C. 19, S. 1-3, 1995, s. 136; Cumhuriyet Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994, s. 106.

²⁵⁹ 402 U.S. 424 (1971).

kimlik bilgisi verme talebi reddedilemez²⁶⁰. Pennsylvania v. Muniz davasına konu olan olayda Muniz'in alkollü araç kullandığından şüphelenilir. Muniz Miranda hakları hakkında aydınlatma yapılmaksızın bir kayıt merkezine götürülür. Ona adı, adresi, boyu, kilosu, göz rengi, doğum tarihi, yaşı, 6. doğum gününün tarihi sorulur, görüntü ve sesi kayda alınır. Sonra onu suçlayıcı nitelikte çeşitli sorular sorulur ve alkol ölçen aleti üflemesi istenir. Bunu reddi üzerine ilk kez Miranda hakları konusunda aydınlatılır. Bu ses ve görüntü içeren kayıtlar mahkemeye sunulur ve Muniz mahkûm edilir. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi bu davada kişiye bu şekilde polis tarafından sorulan soruların bir sorgu anlamına gelmeyip, onun alkollü olup olmadığını tespit amacı taşıdığını ve kişinin cevap verme konusunda gönüllü olduğunu belirtir. Bu nedenle Miranda hakları hatırlanmamış olarak edilen bu delillerin susma hakkını ihlal etmediği sonucuna varır²⁶¹.

AİHM'in kimlik bilgisi konusundaki kararlarına örnek olarak Weh v. Avusturya²⁶² ve Rieg v. Avusturya²⁶³ davaları verilebilir. Rieg v. Avusturya davasına konu olan olayda bir aracın hız limitini geçtiği tespit edilmiş, araç sahibi olan başvurucudan bu sırada aracı kullanan kişinin kimliği ve adresi sorulmuştur. Başvurucu ise açıklama yapmayı reddedince para cezasına çarptırılmıştır. AİHM burada hız limitini aşan aracı kullanan kişinin kimliğini açıklama yükümlülüğü ile aşırı hız nedeniyle bir ceza yargılamasının başlaması arasındaki ilişkiyi uzak ve varsayımsal olarak görür, somut olayda AİHS m. 6/1'in ihlal edilmediğini tespit eder. Weh davasında ise araç sahibinin belirli bir tarihte aracını kullanan kişinin ismini ve adresini Motorlu Taşıtlar Kanunun'nda belirtilen bölge yetkililerine vermemesi davanın konusudur. AİHM bu tür açıklama gerektiren durumların suçlayıcı nitelikte olmadığını belirtir. Vasileva v. Danimarka²⁶⁴ davasında başvurucu geçerli bileti olmadan otobüste seyahat etmekten suçlanan kişinin ismini, adresini ve doğum tarihini polisin isteği üzerine vermemesini para cezası ile cezalandıran Danimarka'nın ilgili kanunu uyarınca gözaltına alınmıştır. AİHM bu kararında

²⁶⁰ Pennsylvania v. Muniz, 496 U.S. 582, 601-02 (1990).

²⁶¹ 496 U.S. 582 (1990).

²⁶² "Weh v. Avusturya", (Başvuru No. 38544/97), Karar Tarihi 8 Nisan 2004.

²⁶³ "Rieg v. Avusturya", (Başvuru No. 63207/00), Karar Tarihi 24 Mart 2005.

²⁶⁴ "Vasileva v. Danimarka", (Başvuru No. 52792/99), Karar Tarihi 25 Eylül 2003.

polisin kimlik doğrulama ihtiyacının olabileceğini belirtir. O'Halloran and Francis v. Birleşik Krallık²⁶⁵ ve Luckhof ve Spanner v. Avusturya davalarında²⁶⁶ AİHM, araç işleticisinin trafik kurallarının ihlaline ilişkin bir suçun işlendiği anda aracı kullanan kişinin ismini söylemesi zorunluluğu ve bunun aksine davranışın para cezası ile cezalandırılmasının susma hakkını ihlal etmediği sonucuna varır. Çünkü burada doğrudan zorlama olmasına karşın, araç sahibi ve sürücülerinin idare hukuku uyarınca belirli sorumlulukları ve görevleri vardır. Tahkikatın niteliği de bu kararı destekleyen bir argümandır. Mahkeme ayrıca belirli usuli teminatların araç işleticisini savunmasız bırakmadığına da dikkati çeker²⁶⁷.

İkinci bir görüşe göre, kendini suçlama anlamına gelecekse, kişi kimliği konusunda da susma hakkına sahiptir²⁶⁸.

Amerikan Yüksek Mahkemesine göre, yakalama öncesi kişinin kimliğine ilişkin bilgi elde etme idare hukukuna ilişkin düzenleyici bir kural olmayıp, ceza soruşturmasına yöneliktir. Bu nedenle kişi kimlik bilgisi hususunda da susma hakkını ileri sürebilir²⁶⁹. Hiibel v. Sixth Judicial District Court of Nevada davasında²⁷⁰ polis tarafından hukuka uygun olarak durdurulan kişinin, istendiği takdirde kimliğini açıklamasını içeren Nevada hukukunda geçerli olan hükmün susma hakkını ihlal ettiği belirtilmiştir. Brown v Stott davasında²⁷¹, sürücünün İskoç kanunu kapsamına giren bir suçu işlediği takdirde işleticisinin onun kimliğini belirtmesi zorunluluğu ve aksi tavrın suç olarak tanımlanması incelenmiştir. Kişi sarhoş olduğu zaman diliminde arabayı kendisinin sürdüğünü itiraf etmiş, aşırı alkollü araç sürmekle

²⁶⁵ "O'Halloran and Francis v. Birleşik Krallık", (Başvuru No'ları 15809/02 ve 25624/02), Karar Tarihi 29 Haziran 2007.

²⁶⁶ "Luckhof ve Spanner v. Avusturya", (Başvuru No. 58452/00; 61920/00), Karar Tarihi 10 Ocak 2008.

²⁶⁷ "Krumpholz v. Avusturya", (Başvuru No. 13201/05), Karar Tarihi 18 Mart 2010, para.36.

²⁶⁸ 124 S. Ct. 2451, Berger, Compelled Self-Reporting and the Principle Against Compelled Self-Incrimination: Some Comparative Perspectives, s. 32; Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 450; Ufuk Toprak, "Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiye Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış, **TAAD**, C. 1, Y. 2, S. 7, 20 Ekim 2011, s. 263; Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 450; Demirbaş, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik, s. 2875; Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 106, 108.

²⁶⁹ Balt. City Dep't of Soc. Servs v. Bouknight, 493 U.S. 549, 561 (1990).

²⁷⁰ 124 S. Ct. 2451 (2004), Berger, Compelled Self-Reporting and the Principle Against Compelled Self-Incrimination: Some Comparative Perspectives, s. 30.

²⁷¹ [2003] 1 A.C. 681.

suçlanmış ve savcının onun itirafına dayanabileceği kabul edilmiştir. Kraliyet Danışma Meclisi Yargı Komitesi, bu kanunun AİHS m. 6/1 ile bağdaşmadığına karar vermiştir²⁷².

Kimlik bilgisi hakkında susma hakkını kabul eden görüşe göre, kimliği bilinmeyen kişi hakkında iddianamenin hazırlanması da mümkündür. Faili şu veya bu kişi şeklinde nitelendirebiliyorsak artık o, birey olarak belli olmuş demektir²⁷³. Şüphelinin açık kimliği saptanamadığı takdirde, onun fert olarak belli olmasının veya kimliğinin tanık açıklamaları ve bilimsel delillerle tespit edilmesinin kamu davasının açılması için yeterli görülmesi gerektiği ileri sürülmüştür²⁷⁴. Ayrıca sanığın birey olarak belli olması halinde kendisine geçici bir kimlik verilerek iddianamenin kabulü ve yargılamanın sürdürülebilmesinin mümkün olduğu; ileride gerçek kimliği tespit edilince verilen mahkumiyet hükmünün varlığını sürdüreceği; CGİK m. 98'e göre hükmün açıklanmasıyla bu konudaki hatanın giderilebileceği belirtilmektedir²⁷⁵. Diğer bir alternatif yol da CMK m. 81'den yararlanmadır²⁷⁶.

Alman CMK m. 136/2'ye göre, susma hakkı sadece suçlama ve olaya ilişkin bilgilerle sınırlı olup; Düzene Aykırılıklar Kanunu m. 111'de adı, soyadı veya kızlık soyadı, doğum yeri veya tarihi, medeni durumu, mesleği, ikameti, konutu veya vatandaşlığı hakkında yetkili resmi mercie (soruşturma organları ve mahkemeler de dâhil) yanlış beyanda bulunan veya beyanda bulunmayı reddeden kişinin para cezasına çarptırılması öngörülmektedir. Bu durum da doktrinde eleştirilmekte, susma kendini suçlamama ayrıcalığı gerçekten ciddiye alınıyorsa, sanığa sınırsız, yani

²⁷² Brown v Stott [2001] S.L.T. 379, Berger, Compelled Self-Reporting and the Principle Against Compelled Self-Incrimination: Some Comparative Perspectives, s. 28, 29.

²⁷³ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 139; Timur Demirbaş, "Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik", **Legal Hukuk Dergisi**, S. 32, Ağustos 2005, s. 2876.

²⁷⁴ Bahri Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, Ankara, AÜSBH İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995, s. 15.

²⁷⁵ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 139, 140.

²⁷⁶ Veli Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 243.; Ünver, Deliller ve Değerlendirilmesi, s. 2911.; Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 58.; Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 21.

şahsına ilişkin bilgileri de kapsayacak biçimde susma hakkı tanımaktan başka çıkar yol kalmayacağı ileri sürülmektedir²⁷⁷.

Kimlik bilgisi vermeye ilişkin yükümlülüğe aykırı davranışın çeşitli sonuçları gündeme gelebilir. Türk hukukunda kimliği gizli tutma veya yanlış bilgi vermenin yaptırımlarını incelersek;

İlk ihtimalde kişi yetkililere kimliği hakkında bilgi vermekten kaçınmaktadır. Bu takdirde Kabahatler Kanununun 40. maddesi gündeme gelir. Kişi idare para cezası ile cezalandırılacaktır. Ayrıca kimliği tespit edilemiyorsa tutularak durum Cumhuriyet savcısına bildirilir. Bu kişi kimliği açık bir şekilde anlaşılncaya kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır. Kimliğinin belirlenmesi durumunda gözaltına alınma veya tutuklanma haline son verilir.

İkinci ihtimalde kişi yetkililere bir başkasının kimliğini vermektedir. Bu takdirde TCK m. 268’de²⁷⁸ düzenlenen başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçu ve başkasına ait kimlik bilgisi gerçeğe aykırı beyan olduğu için yine Kabahatler Kanunu m. 40 gündeme gelir. Bu takdirde ise bir fiil hem suç hem kabahat oluşturduğu için Kabahatler Kanunu m. 15/3’te yer alan içtima kuralına göre sadece TCK m. 268’in yaptırımı uygulanacaktır.

Üçüncü ihtimalde kişi yetkililere başka bir kişi ile ilişkilendirilmeyecek şekilde kimliği ile ilgili yanlış beyanda bulunur. Eğer bu bilgi resmi bir belgenin düzenlenmesinde kullanılmışsa TCK m. 206’da düzenlenen resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu²⁷⁹ ve Kabahatler Kanunu m. 40 gündeme gelir.

²⁷⁷ Albin Eser, “Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, çev. Nur Centel, **Yargıtay Dergisi**, C. 3, S. 16, 1990, s. 325.

²⁷⁸ *Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması*

MADDE 268- (1) İşlediği suç nedeniyle kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla, başkasına ait kimliği veya kimlik bilgilerini kullanan kimse, iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılır.

²⁷⁹ “... Sanığın hakkında yürütülen soruşturma nedeniyle karakolda kimlik bilgileri sorulduğunda verdiği bilgiler araştırılarak bu bilgilerin gerçek bir kişiye ait bulunması durumunda eylemin, TCY’nın 268. maddesine; verilen bilgilerin tamamen uydurma olduğunun anlaşılması durumunda da 206. maddesine uyan suçu oluşturacağı...” 4.CD., 21.11.2007, 4634/9761. Görüldüğü üzere

Bu takdirde yine Kabahatler Kanunu m. 15/3'te yer alan içtima kuralı uyarınca sadece TCK m. 206'daki yaptırım uygulanacaktır.

Kanımızca kişiden kimlik hakkında açıklama yapmasını bekleyen düzenlemeler üçe ayrılabilir. İlk olarak, kendisinden kimlik bilgisini vermesi beklenen kişi henüz şüpheli sıfatını dahi haiz olmayıp, polis tarafından yapılan önleyici kolluk faaliyetleri çerçevesinde kendisinden kimliği hakkında bilgi vermesi istenmektedir. Burada kendini suçlamaya zorlanma yasağını harekete geçirebilmek için şüpheli ya da sanık sıfatını haiz olmak gerekmediği yönündeki görüşümüzü hatırlatmakla yetiniyoruz. Bu yasağın söz konusu olabilmesi için gerekli olan temel şartlardan biri, verilecek yanıtın kişinin kendisini suçlaması anlamına gelmesi gerekliliğidir. Sadece kimlik hakkında yapılacak açıklama kişinin kendisini suçlaması anlamına gelecek ise susma hakkı tanınması gerekeceği ileri sürülebilir. Fakat diğer yandan susma bir hak olmasına karşın, çeşitli istisnalara da sahiptir. Bir hukuk devletinde kişinin kimliğinin bilinmesinin gerekliliği de göz ardı edilemez. Bu nedenle kimlik hakkındaki bilgi kamu düzeni, kamu güvenliği gibi hususlar nedeniyle susma hakkı kapsamında korunma görmemelidir.

İkinci durumda ise şüpheli statüsünde bulunan kişi sadece ferden tayin edilmiş olup, kimliği bilinmemektedir. Bu durumda da kanımızca susma hakkı tanınmamalıdır. İddianamenin hazırlanması için kişinin ferden tayininin yeterli görülmesi, fiziksel kimliğin tespiti gibi çözüm yolları sunulmaya çalışılmışsa da bizce yargılama yapılabilmesi için kişinin kimliği ile ilgili tüm hususların bilinmesi gerekmektedir. Zira cezanın tespitinde failin geçmişi, sosyal ilişkileri gibi hususlar dikkate alınmaktadır. Susma hakkı bir hak olarak nitelendirilmiş olsa da, AIHM içtihatlarında da belirtildiği üzere bu hak mutlak değildir. Adil yargılama için kimlik

Yargıtay'ın bu kararında, iftira suçunun kapsamına girmese bile, sanığın yalan beyanının TCK m. 206'daki resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunu oluşturacağı belirtilmiştir. Fakat diğer yandan TCK m. 206'nın gerekçesinde de belirtildiği üzere, beyanın doğruluğunun araştırılması gerekmekte ise bu suç oluşmaz. Nitekim doktrinde de beyanı alan kamu görevlisinin kişinin beyanının doğruluğunu araştırma yükümlülüğü varsa bu suçun oluşmayacağı belirtilmektedir, bkz. Ahmet Gökçen, **Belgede Sahtecilik Suçları (5237 s.lı TCK m. 204-212)**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 209; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 711.

bilgisi susma hakkına bir istisna olarak kabul edilmelidir. Yine bu konuda da sorun çıkmaması yani susma hakkının sınırlandırılabilmesi için ya bu hakka Anayasada yer verilmemeli ya da Anayasa m. 38/5'teki düzenlemenin “*Kişi kendisi ya da yakınlarını suçlayan beyanda bulunmaya zorlanamaz.*” şeklinde değişmesi gerekmektedir.

Yukarıda da belirtilen bir diğer durum, Weh v. Avusturya davasında olduğu gibi bir suç işlenmiş olmakla birlikte, bunun kim tarafından gerçekleştirildiğinin tespit edilemediği durumlarda söz konusu olan kimlik sormadır. Burada kimlik konusunda yapılan açıklama diğer durumlardan farklıdır. Çünkü suçu işleyen kişi henüz daha ferden dahi tayin edilmemiştir. Bu nedenle burada kimlik konusunda yapılan açıklama aslında suçu ihbar niteliğinde sayılmalı ve susma hakkı kapsamında korunmalıdır. Zira kişiden kendisini ihbar etmesi beklenmemelidir.

B. Koruma Tedbirleri

Nemo Tenetur ilkesi kapsamında tartışılacak diğer bir konu da iletişim dinlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçla takibin bu ilkeyle bağdaşp bağdaşmadığıdır.

CMK m. 135'te iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması düzenlenmiştir²⁸⁰. İletişimin tespiti ve kayda alınmasıyla ilgili çeşitli sorunlar söz

²⁸⁰ “(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.

(2) Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.

(3) Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

konusudur. İlk olarak belirtmek gerekir ki, bazı koruma tedbirlerinin niteliği gereği uygulanma anında gizliliği esastır; iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması da uygulanan kişiden gizli yürütülür. Şüpheli veya sanığın konuşmaları sırasında suçunu ikrar etmesi durumunda hakları bildirilmeksizin bir feragat söz konusu olacaktır ve şüpheli ya da sanık daha sonraki aşamada susma hakkını harekete geçirmiş olsa dahi bu açıklamalar varlığını sürdürecektir. İkincisi de, şüpheli ya da sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle yapacağı konuşmaların bu yasak ile bağdaşık bağdaşmayacağıdır. Benzer sorunlar teknik araçla izleme ve özellikle gizli soruşturmacı görevlendirilmesinde de gündeme gelecektir.

Teknik araçla izleme CMK m. 140'da düzenlenmiştir²⁸¹. Maddeye göre belirli şartlar altında şüpheli veya sanığın konutu dışında kamuya açık yerlerdeki

(4) Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.

(5) Bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur.

(6) Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),

2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),

3. İşkence (madde 94, 95),

4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),

5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

6. Üyüştürücü veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

7. Parada sahtecilik (madde 197),

8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),

9. Fuhuş (madde 227, fıkra 3),

10. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),

11. Rüşvet (madde 252),

12. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),

13. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),

14. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) Bankalar Kanununun 22'nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74'üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

(7) Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz.”

²⁸¹ “ (1) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

faaliyetleri ve işyeri teknik araçla izlenebilecek, ses veya görüntüsü kayda alınabilecektir. Böylece onun işyerindeki samimi arkadaşı ile yaptığı sohbet esnasında işlediği suç hakkında verdiği bilgiye ulaşılabilecek ya da suç aletini gizlediği yerin tespiti sağlanabilecektir.

CMK m. 139'da da gizli soruşturmacı görevlendirilmesi düzenlenmiştir²⁸². Yine bu durumda da şüpheli, gizli soruşturmacıya suçunu ikrar edebilir ya da

-
1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
 2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),
 3. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
 4. Parada sahtecilik (madde 197),
 5. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),
 6. Fuhuş (madde 227, fıkra 3)
 7. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),
 8. Rüşvet (madde 252),
 9. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),
 10. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),
 11. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337), Suçları.
- b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.
- c) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.
- d) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74'üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.
- (2) Teknik araçlarla izlemeye hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmidört saat içinde hâkim onayına sunulur.
- (3) Teknik araçlarla izleme kararı en çok dört haftalık süre için verilebilir. Bu süre gerektiğinde bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir haftadan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.
- (4) Elde edilen deliller, yukarıda sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılamaz; ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı taktirde Cumhuriyet savcısının gözetiminde derhâl yok edilir.
- (5) Bu madde hükümleri, kişinin konutunda uygulanamaz.”
- ²⁸² “(1) Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararı ile kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir.
- (2) Soruşturmacının kimliği değiştirilebilir. Bu kimlikle hukukî işlemler yapılabilir. Kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belgeler hazırlanabilir, değiştirilebilir ve kullanılabilir.
- (3) Soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet Başsavcılığında muhafaza edilir. Soruşturmacının kimliği, görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulur.
- (4) Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür.
- (5) Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz.
- (6) Soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz.
- (7) Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

kendisini suçlayacak önemli nitelikteki diğer delilleri vermesi söz konusu olabilir. Burada da kendini suçlayacak nitelikte açıklamalarda bulunan ya da delil veren kişi diğer iki koruma tedbirinde olduğu gibi haklarından haberdar olmamakta hatta kendi aleyhine hareket ettiğini dahi bilmemektedir. Üstelik tanıklıktan çekinme hakkına ilişkin de problemlere rastlanılmaktadır. Türk doktrininde CMK m. 135'e göre tanıklıktan çekinebilecek kişi ile şüpheli veya sanığın konuşmasının kayda alınmasına ilişkin düzenlemenin gizli soruşturmacı ve teknik araçla izleme için olmayışı eleştirilmekte²⁸³; dinleme sırasında şüpheli/sanık ile tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişiler arasındaki konuşmalar fark edildiğinde dinlemeyi yapanın dinlemeyi bırakmasının daha uygun olduğu belirtilmektedir²⁸⁴.

Kanımızca burada şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki konuşmaların kayda alınıp alınamayacağından ziyade, şüpheli ya da sanığa henüz yasal hakları bildirilmeksizin ondan ikrar ve diğer aleyhe delilleri elde etmenin Nemo Tenetur ilkesinin ihlali anlamına gelip gelmeyeceğine değinilmesi gerekir. Bu tür durumlarda kişi kendisi aleyhine hareket ettiğini dahi bilmemektedir. Almanya BGH Genel Kurulu verdiği bir kararda güvenilir kişi kullanmanın aldatma olarak görülemeyeceğini; bir başkasına güvenerek, ona işlemiş olduğu suçun ayrıntılarını anlatan şüphelinin, itirafının bu kişi tarafından başka bir kişi ya da polise anlatılma riskini de göze alması gerektiğini belirtmiştir. Belirli ağırlıktaki suçlar bakımından bu yönleme başvurulmasının susma hakkını ihlal etmeyeceği sonucuna varmıştır²⁸⁵. Alman Federal Yüksek Mahkemesine göre, Nemo Tenetur ilkesi sadece zorlamaya karşı koruma sağlamakta olup, aldatmayı kapsamaz²⁸⁶. Gizli soruşturmacı kullanımı ile ilgili olarak Alman içtihatlarına göre önemli olan nokta, bu tür

a) *Türk Ceza Kanununda yer alan;*

1. *Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),*

2. *Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),*

3. *Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315).*

b) *Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.*

c) *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74'üncü maddelerinde tanımlanan suçlar."*

²⁸³ Veli Özer Özbek, "Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları", **DEÜHFD**, C.4, S. 2, 2002, s. 84.

²⁸⁴ Hakeri, Ünver, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 473.

²⁸⁵ BGH, NSTZ 1996, S. 502-505, Toprak, **a.g.e.**, s. 272-274.

²⁸⁶ Hauer, **a.g.e.**, s. 1045.

tedbirlerin susma hakkını dolanmak amacıyla kullanılmamasıdır. Kişinin kendisi ya da kanunda belirtilen yakınlarını suçlamayı reddetmesi üzerine, sadece suçlayıcı beyan elde etmek amacıyla gizli soruşturmacı kullanıldığı takdirde, gizli soruşturmacı kullanımının sınırları aşılmış olup, bu şekilde elde edilen deliller kullanılamaz²⁸⁷.

Bu konuda AİHM somut olayın şartlarına bakarak farklı sonuçlara varmıştır. Bykov davasına²⁸⁸ konu olan olayda başvurucunun suç işlemeye azmettirdiği kişi ile kendi isteği ile kurduğu iletişim sırasındaki ikrarları polis tarafından kullanılır. Başvurucunun bu konuşma hususundaki kararında özgür olması, bu kişi ile konuşmasının kişisel menfaati ile ilgili olduğu için konuşmasını sürdürmesi nedeniyle; AİHM, Allan davasından farklı olarak, burada susma hakkının ihlali niteliğinde herhangi bir baskı veya zorlama olmadığı sonucuna varır. Ayrıca, ulusal hukuk da sadece bu konuşmalara dayanarak karar vermemiştir. Bu kayıtlar sanığın mahkûmiyetinde sınırlı bir rol oynamıştır. Burada delilin güvenilirliği ve kabul edilebilirliğinin değerlendirilmesindeki güvenceler, iddia edilen zorlamanın niteliği ve ağırlığı, bu şekilde elde edilen delilin kullanımını dikkate alan mahkeme AİHS m. 6/1 ihlali olmadığı sonucuna varır. AİHM'e göre, susma hakkı sanığın isterse olay hakkında pasif, sessiz kalabileceğini, olayın aydınlatılmasına aktif şekilde katılma hakkı olmasına rağmen, kendisi istemedikçe buna zorlanamayacağını fakat kanunla öngörülen birtakım tedbirlerin uygulanmasına da engel teşkil etmeyeceğini ifade etmektedir. Nitekim bu durum, kendini suçlamaya zorlanamama ve insan haysiyeti gibi hukuk devleti ilkelerinin bir ihlali olarak da nitelendirilemez. Çünkü hiçbir hukuk devleti ilkesi sınırsız değildir ve hukuk devleti ilkesi esasları çerçevesinde olmak şartıyla, devletin, koğuşturma organlarının bazı işlem ve tedbirlerine katılma görevini bireylere yüklemesi bu ilkelere aykırılık oluşturmaz. Bu yönde olmak üzere, sorgu için çağrılan sanığın gelmemesi halinde zorla getirilebilmesi de sanığın insan haklarını ihlal eden bir durum olarak değerlendirilmemelidir²⁸⁹. Allan davasında²⁹⁰

²⁸⁷ BGH 3 StR 104/07 - 26. Juli 2007 (LG Wuppertal) [= HRRS 2007 Nr. 676], (Çevrimiçi) http://www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc_news?disp3_l2054064_text, 10 Haziran 2012.

²⁸⁸ “Bykov v. Rusya”, (Başvuru No. 4378/02), Karar Tarihi 10 Mart 2009, paras. 102-105

²⁸⁹ Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 105.

²⁹⁰ “Allan v. Birleşik Krallık”, (Başvuru No. 48539/99), Karar Tarihi 5 Kasım 2002.

mahkeme, polis tarafından sorgulanan şüphelinin konuşma ya da susma konusunda tercih yapma özgürlüğüne önem verir. Sorgulanırken susma hakkının ortadan kaldırılması, kamu makamlarının aldatma yöntemlerini kullanarak elde ettikleri açıklama veya ikrarın yargılamada delil olarak kullanılması durumunda bu seçim özgürlüğü etkili bir şekilde temelinden sarsılmış olur²⁹¹.

Schenk v. İsviçre davasında²⁹² AİHM'in belirttiği üzere, AİHS m. 6 delil kabul edilebilirliğine ilişkin hiçbir kural getirmez ve bu hususta düzenlemeleri ulusal hukuka bırakır. Fakat mahkemenin görevi delil elde edilmesi de dahil olmak üzere yargılamanın bütününe dikkate alarak adil yargılamanın gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmektir. Başvurucunun telefonunun gizlice dinlendiği ve bu yolla elde edilen konuşmaların delil olarak kullanıldığı bu davada AİHM, bu kayıtların delil olarak kullanılmasının adil yargılamaya aykırı olmadığını, zira başka delillerin de mahkûmiyeti desteklediğini belirtmiştir. Khan v. Birleşik Krallık davasına²⁹³ konu olan olayda ise kuzeni ile seyahat sırasında gümrük memurları başvurucunun kuzeninin üzerinde eroin bulur ve onu tutuklar. Başvurucu da bu konuda sorgulanmasına karşın itirafta bulunmaz. Daha sonra bir arkadaşı olan B'yi ziyaret eder. B'nin evine B'nin dahi haberi olmaksızın ses kayıt cihazı konulur. Başvurucu B ile konuşmaları sırasında suçunu itiraf eder ve bunun üzerine tutuklanır. AİHM bu kararında yine kendisinin bir delilin hukuka aykırı elde edilip edilmediğine değil, yargılamanın bütününe değerlendirerek adil olup olmadığı ve AİHS m. 6'yı ihlal edip etmediğine bakabileceğini ileri sürer. Başvurucunun gizli kayda alınan konuşmalarının yargılamasında aleyhine delil olarak kullanılmasını adil yargılamanın düzenlendiği AİHS m. 6'ya aykırı görmez. Zira Birleşik Krallık hukukuna göre de bu şekilde ses kaydı hukuka uygundur. AİHM, P.G. and J.H. v. Birleşik Krallık davasında²⁹⁴ Khan davasında olduğu gibi, Birleşik Krallık hukukunda özel hayatın ihlalini korumaya yönelik bir düzenleme olmadığını belirtir. Bu davada da başvuruçuların konuşmalarının gizlice dinlenmesi ve kayda alınan bu konuşmaların mahkemede aleyhlerinde delil olarak kullanılması özellikle susma hakkı da dâhil, 6.

²⁹¹ “*Condrón v. Birleşik Krallık*”, (Başvuru No. 35718/97), Karar Tarihi 2 Mayıs 2000, para.50.

²⁹² “*Schenk v. İsviçre*”, (Başvuru No. 10862/84), Karar Tarihi 12 Temmuz 1988.

²⁹³ “*Khan v. Birleşik Krallık*”, (Başvuru No. 35394/97), Karar Tarihi 12 Mayıs 2000.

²⁹⁴ “*P.G. ve J.H. v. Birleşik Krallık*”, (Başvuru No. 44787/98), Karar Tarihi 25 Eylül 2001.

maddenin ihlali olarak ileri sürülmüştür. Fakat AİHM suçlayıcı beyan içermeyen ses örneklerinin adli analizde kullanılan ve susma hakkını ihlal etmeyen bir çeşit kan, saç ya da diğer fiziksel veya objektif numune olduğu belirtilerek AİHS m. 6/1 ihlali edilmediği sonucuna varılır. Uzun v. Almanya davasında²⁹⁵ başvuru, GPS sistemiyle gözetlenmesi suretiyle elde edilen bilginin ceza yargılamasında kullanılmasının AİHS m. 8 ve m. 6'yı ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Bu davaya konu olan olayda soruşturma makamları başvurucudan ve onun suç ortağından bilgi edinebilmek için her ikisinin de kullandığı suç ortağının arabasına GPS sistemi kurar. Olayın özel koşullarını değerlendiren AİHM, ciddi suçları soruşturma amaçlı olarak başvurucaunun maruz kaldığı denetimi orantılı görür.

Khudobin v. Rusya davasına²⁹⁶ konu olan olayda ise bir polis memuru gerçek kimliğini gizleyerek başvurucauya eroin satın almak istediğini söyler. Başvuruca bunu kabul eder ve ona polis tarafından özel bir madde ile kaplı para, ödeme olarak verilir (Bu madde sadece ultraviyole ışığında görülebilmektedir.). Başvuruca parayı alıp, eroini temin eder. Eroini teslim etmek için kararlaştırılan yere giden başvuruca polis tarafından yakalanır. Burada tanıklar ve para üzerindeki parmak izleri incelenir. Bu davada ajan provokatör kullanıldığı için AİHM adil yargılamayı düzenleyen AİHS m. 6'nın ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Görüldüğü üzere susma hakkının kullanılabilmesi için gerekli koşulların en başında kişinin bu hakkının varlığı, bu hakkı kullanması ya da bundan konuşarak feragat etmesinin sonuçları hakkında aydınlatılması gerekmekte ise de, susma hakkının mutlak olmayışı delil elde edebilmek amacıyla bazı koruma tedbirlerine başvurulmasını engellemektedir. Bu tür durumlar, suçla mücadele ve maddi gerçeğe ulaşma amacıyla kişinin özgür iradesine ve özel hayatına yönelik izin verilen müdahalelerdir. Kanunda belirtilen şartlara uyulduğu takdirde bu şekilde elde edilen deliller suçun ispatında kullanılabilir.

²⁹⁵ “Uzun v. Almanya”, (Başvuru No. 35623/05), Karar Tarihi 2 Eylül 2010.

²⁹⁶ “Khudobin v. Rusya”, (Başvuru No. 59696/00), Karar Tarihi 26 Ekim 2006.

C. Yalan Makinesi (Poligraf)

Yalan makinesinin de susma hakkı ile bağdaşıp bağdaşmadığı incelenmelidir. Yalan makinesi kullanımı suretiyle elde edilen delilin güvenilirliği ile ilgili sorun olmadığı; zira bu sonuçlar üzerinde sorguyu yapan ya da sorguya maruz olanın herhangi bir etkisi olmadığı; kişinin iradesinin de zorlanmadığı²⁹⁷ sadece kan akışı ve beynin elektrik aktivitesini incelendiği belirtilmektedir²⁹⁸. Diğer bir görüşe göre ise bu uygulama ispat yükünü bireye yüklemekte bu durumda da suçsuzluk karinesine aykırılık arz etmektedir. Üstelik bu uygulama sonunda yalan söylediği anlaşılan sanığın savunmasını yapmasının bir anlamı kalmayacaktır. Bu durum da sanığın irade özgürlüğüne aykırılık teşkil eder²⁹⁹.

Görüldüğü üzere, yalan makinesinin susma hakkını ihlal edip etmediği her ne kadar Türk hukukunda uygulaması olmasa da tartışmalı bir husustur. Kanımızca burada fiziksel delil elde etmeye benzer bir durum söz konusu olsa da, bu yolla elde edilen delillerin güvenilirliğinin diğer fiziksel delillere göre daha az olduğu ileri sürülebilir. Zira yetkili makamlar tarafından sorulan sorulara cevap vermek masum bir insan için heyecan yaratıcı ya da korkutucu bir nitelik taşıyabilir. Ayrıca bu şekilde elde edilen delillerin mahkûmiyet için yeterli sayılması ise sanığın konuşma ve susma konusundaki iradesine etki edeceği için onun etkin bir şekilde savunma yapmasını da engelleyecektir.

²⁹⁷ Dov Fox, “The Right To Silence Protects Mental Control”, **Law and Neuroscience: Current Legal Issues**, Oxford University Press, 2010, s. 5.

²⁹⁸ Fox, **a.g.e.**, s. 5.

²⁹⁹ İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s. 142.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
İLKEYE AYKIRILIK, SONUÇLARI VE İKRARIN GEÇERLİLİK
ŞARTLARI

I. İLKEYE AYKIRILIK TAŞIYAN DURUMLAR

Nemo Tenetur ilkesi, kişinin özgür iradesiyle hareket etmesine önem verir¹. Kişi, kendisini veya yakınlarını suçlayan ifadelerini iradesini sakatlayan herhangi bir müdahaleye maruz kalmaksızın vermelidir. Bu ilkeye aykırılık yani kişinin özgür iradesinin etkilenmesi şüpheli, sanık ve tanığa hakların hatırlatılmaması ile yasak ifade alma ve sorgu yöntemleri olmak üzere ikiye ayrılarak incelenebilir.

A. Hakların Hatırlatılmaması

Belirli bir hakkın yasal sınırları içinde kullanılabilmesi ya da bu haktan bilinçli bir şekilde feragat edilebilmesi için gerekli olan koşulların başında böyle bir hakkın varlığından, içeriğinden, bunu kullanma ya da bundan feragatin yasal sonuçlarından haberdar olmak gelmektedir. Herkesin hukuk bilgisine sahip olması beklenemeyeceğinden, hakkında ceza muhakemesine ait bir işlem yapılan kişinin haklarını bilmesi çoğu zaman mümkün olmaz². Bu nedenle kanunlarda bildirme olarak belirtilen husus sadece hakların beyanı niteliğinde olmaktan ziyade; bu hakkın muhatabının anlayabileceği bir biçimde hakkın içeriğinin, kullanılma koşulu ve sonuçlarının kendisine anlatılmasını gerektirir.

Nemo Tenetur ilkesi kendini ve yakınlarını suçlamaya zorlanmayı yasakladığı ve susma hakkının şüpheli, sanığın yanı sıra tanık bakımından da uygulama alanı bulması nedeniyle, hakların bildirilmesi ile Nemo Tenetur ilkesi arasındaki ilişkiyi iki başlık altında incelemek gerekmektedir.

¹ Vahit Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 475.

² Cumhur Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994, s. 224.

1. Şüpheli ve Sanığın Haklarının Hatırlatılmaması

Kendisine bir suç isnad edilen kişinin muhakeme işlemlerine katılma şeklinde aktif, somut bir muhakeme işlemiyle bağlantılı olmayan ve muhakemenin tümünü ilgilendiren olmak üzere pasif hakları bulunmaktadır³. Kişinin bu hakları kullanılabilmesi için, ona bu haklarının bildirilmesi gerekmektedir⁴. Böylece sanık ile devlet arasında silah eşitliği somut olarak sağlanacak⁵, şüpheli ve sanığın soruşturma ve kovuşturma makamları karşısında tamamen savunmasız kalması engellenmiş olacaktır⁶.

Muhakemenin çeşitli aşamalarında şüpheli ve sanığa haklarının bildirilmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Hakların hatırlatılması ilk olarak, bir kişinin suç işlediğine ilişkin şüphe ile gündeme gelir. 5271 sayılı CMK m. 90/1'de⁷ herkes tarafından yakalama, CMK m. 90/2'de⁸ ise kolluk görevlileri tarafından yakalama emri aranmaksızın yapılabilecek yakalama düzenlenmiştir. CMK m. 90/1 ve 90/2'de düzenlenen durumlarda yakalanan, bir suç işlediğinden şüphelenilen kişidir. Kolluk tarafından CMK m. 90/2'ye göre yakalanan kişiye haklarının hatırlatılması gerekmektedir. Bu husus CMK'nın m. 90/4'te "*Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Burada belirtilmesi gereken husus, kolluk ile temas eden şüphelinin kendisine veya başkasına zarar

³ Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s. 141.

⁴ Ali Rıza Çımar, "Hukuka Aykırı Kanıtlar", **TBB Dergisi**, S. 55, 2004, s. 38; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s. 444.

⁵ Cumhur Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994, s. 175.s

⁶ Luis E. Chiesa, "Beyond Torture: The Nemo Tenetur Principle In Borderline Cases", (Çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=1401401>, 22 Şubat 2012.

⁷ CMK m. 90 - (1) *Aşağıda belirtilen hâllerde, herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir:*

a) *Kişiye suçu işlerken rastlanması.*

b) *Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması.*

⁸ CMK m. 90 - (2) *Kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde; Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler.*

vermesini önleyecek tedbirlerin alınmasından sonra, karakola götürülmesi ya da başka herhangi bir şeyin beklenilmesi gerekli olmaksızın, kendisine derhal kanuni haklarının bildirilmesinin zorunlu olduğudur. Maddede, kolluk dışındaki kişiler tarafından yapılan yakalamalarla ilgili olarak hakların bildirilmesi hususuna yer verilmemiştir. Zira her vatandaşın aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi beklenemez. Bu nedenle şüpheli CMK m. 90/1 uyarınca bir vatandaş tarafından yakalandığında kolluğa teslim edilene kadar geçen zaman diliminde haklarından habersiz olacaktır. Yakalanan kişinin suçunu ikrar etmesi, hakları kendisine öğretildikten sonra ise susmayı tercih etmesi söz konusu olabilir ve bu takdirde, daha önceki açıklamaları, ikrarı duyan kişinin tanıklık yapması ve bu hususun tanık beyanı olarak delil sayılması, susma hakkı konusunda problem oluşturacaktır. Yani şüphelinin hakları hatırlatılmaksızın yaptığı açıklamaların aleyhine kullanılması söz konusu olabilecektir. Çünkü bu tür durumlarda hakların hatırlatılmasına dair yükümlülüğe bir aykırılık olmaksızın kişiden kendini suçlayıcı beyan elde edilmektedir, kişi sonradan susma hakkını kullansa dahi bu açıklamalar ortadan kalkmayacaktır.

Hakların bildirilmesini gerektiren ikinci durum, ifade alma ve sorguyla çekilme ile ilgilidir. CMK m. 147⁹ uyarınca şüpheli veya sanığın, ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesinden önce susma hakkı dâhil olmak üzere hakları konusunda aydınlatılması gerekmektedir.

⁹ CMK m. 147- (1) Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur:

...

b) Kendisine yüklenen suç anlatılır.

c) Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir.

d) 95 inci Madde hükmü saklı kalmak üzere, yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığı derhâl bildirilir.

e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.

f) Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır.

Amerika’da ise hakların bildirilmesine ilişkin uyarılar, “Miranda Uyarıları” olarak anıldığından, aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin emsal karar niteliğinde olan ‘Miranda Kararına’ değinmek gerekir.

Davaya konu olan olayda¹⁰; 1963’ün mart ayında Phoenix, Arizona’da adam kaçırmaya ve cinsel saldırı suçlarını işlediğinden şüphelenilen Ernesto Miranda evinde yakalanmış, polis merkezine götürülmüş, orada mağdur tarafından teşhis edilmiş ve ardından da sorgu odasına alınmıştır. Miranda’ya sorgusundan önce hakları bildirilmediği gibi, bir avukatın hukuki yardımından yararlanması da sağlanmamıştır. İki saat sonra, Miranda’nın sorgusunu yapanlar, onun tarafından imzalanmış “bütün yasal haklarımı biliyorum, yaptığım her türlü açıklamanın aleyhimde kullanılabileceğini anlıyorum” ibaresi bulunan yazılı bir itirafı odadan çıkarlar. Yargılama sırasında Miranda’nın müdafii Alvin Moore’un, Miranda tarafından imzalanan itirafın delil olarak kullanılmasına yönelik itirazı reddedilmiş ve Miranda, adam kaçırmaya ve tecavüz suçlarından 20 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Alvin Moore Arizona Yüksek Mahkemesine temyiz incelemesi için başvurmuş ancak mahkûmiyet hükmü onanmıştır.

ABD Yüksek Mahkemesi’nde 4’e karşı 5 oyla kabul edilen kararda, mahkemenin çoğunluğu adına görüş bildiren Yargıç Warren, yargılamadaki usuli güvencelerin bireyi kendini suçlamaya zorlanmasına karşı korumayı amaçladığını belirtmiştir. Ardından Warren davayı özetlemiş ve adil yargılanmanın temel şartlarını ortaya koymuştur. Karara göre, Miranda’nın bir avukat yardımından faydalanma, sorgu sırasında avukatını bulundurma ve kendini suçlamaya zorlanmama hakkı konusunda bilgilendirilmediği açıktır. Bu uyarılar olmaksızın alınan ifadeleri kabul edilemez. Sadece, haklarının tamamını bildiğini içeren yazılı bir belgeyi imzalaması, anayasal haklarından vazgeçmesi için gereken bilgili ve bilinçli bir vazgeçme niteliğini taşımamaktadır. Sanığın hakları konusunda aydınlatıldıktan sonra sadece sessiz kalması geçerli feragat anlamına gelmez. Ayrıca tehdit edilerek, aldatılarak, kandırılarak alınan feragat, sanığın haklarından gönüllü vazgeçtiğini göstermez.

¹⁰ Miranda v. Arizona 384 U.S. 436 (1966).

Warren, daha sonra sanığın haklarına ve polis sorumluluğuna değinmiştir. Polis mutlaka sorgudan önce açık ve anlaşılabilir bir dille sanığı sessiz kalma hakkının olduğu, söylediği her şeyin duruşmada aleyhine kullanılabileceği, avukattan yararlanma hakkının olduğu, gücü yetmiyorsa ve istiyorsa sorgudan önce kendisine bir avukat temin edilmesi gerektiği konusunda aydınlatmalıdır. Yakalanan kişi herhangi bir konuya ilişkin olarak, sorgu öncesinde veya esnasında susma hakkını kullanmayı seçerse, sorgu sona erdirilmelidir. Eğer şüpheli/sanık bir avukatın hukuki yardımından faydalanmayı seçerse, sorgu avukat hazır olana kadar durmalıdır. Ayrıca, şüpheli/saniğe avukatına danışma imkânı sağlanmalı ve avukatını sorgulama esnasında da yanında bulunmasına izin verilmelidir.

Oy çokluğu ile alınan bu karara muhalefet şerhi koyan Yargıç John Marshall Harlan'a göre ise bu karar, devletin Anayasal sorumluluklarını yerine getirmek adı altında alınmış ceza hukuku ilkelerine uymayan, tek taraflı ve aceleci bir karardır. Ayrıca ABD Anayasası'nın lafzına ve ruhuna uymadığı gibi, bu husus önceki içtihatlarda da yer almamaktadır.

Miranda davasıyla itirafların kabul edilebilirliği hususunda önemli değişimler yaşanmıştır. Bu davadan önce bir itiraf sadece zorlama, tehdit ve yemin sonucu elde edilmişse kabul edilmezdi. Miranda kararından sonra ise polis tarafından gözaltı süresince hakları konusunda aydınlatılmaksızın elde edilen delil de dışlanmaya, yani hükme esas alınmamaya başlamıştır¹¹. Zira Miranda v. Arizona davasıyla gelişen Miranda doktrinine göre, şüpheli/sanığın susma hakkından vazgeçmesinin geçerli olması için, bu konuda bilinçli ve bilgilendirilmiş olması gerekmektedir¹². Çünkü Miranda uyarıları şüphelinin mantıklı seçim yapmasını koruyor olmasa da, şüphelinin en azından kendini suçlayıcı sorulara cevap vermesinden önce susmanın bir seçenek olduğunu bilmesini sağlamaktadır¹³.

¹¹ Eileen Skinnider, Frances Gordon, **The Right To Silence – International Norms And Domestic Realities**, Sino Canadian International Conference On The Ratification And Implementation Of Human Rights Covenants Beijing, 25-16 October 2001, The International Centre For Criminal Law Reform And Criminal Justice Policy, s. 22.

¹² William J. Stuntz, "Self-Incrimination and Excuse", **Columbia Law Review**, Vol. 88, 1988, s. 1264.

¹³ Stuntz, **a.g.e.**, s. 1269.

Miranda davasından 30 yıl sonra bu davada belirtilen kurallardan sapılmaya başlanmış; şüpheli veya sanığa yapılacak haklarına ilişkin uyarıların, kişi için gerçek bir anayasal hak olmayıp, önleyici kural olduğu ve bu nedenle bu uyarılara istisna tanınabileceği vurgulanmıştır¹⁴.

ABD Yüksek Mahkemesi, Miranda uyarılarının sadece polis sorgusu sırasında yapılmasını istemektedir. Buna göre, gözaltında polisin şüpheliyle ikrar elde etme niyeti ve çabasıyla yaptığı konuşmalar sırasında bu uyarıların yapılması gerekmeyecek ve bu şekilde elde edilen ikrar geçerli kabul edilecektir¹⁵.

Bir kişinin yolda durdurulup, üstünün sıvazlanması suretiyle silah araması yapılması sırasında da teknik anlamda yakalama söz konusu olmadığından, bu sırada kişiye sorulan sorularda hakların hatırlatılmasının gerekmeyeceği belirtilmiştir¹⁶.

Bir suç işlediği şüphesi ile takip edilen kişinin yakalandığı anda yaptığı açıklamalar da kamu güvenliği gerekçesiyle aydınlatma yükümlülüğünün bir istisnası olarak gösterilmektedir¹⁷. Örneğin, suç işledikten hemen sonra takip edilerek yakalanan şüpheliye suçta kullandığı silahı nereye koyduğu sorulduğunda, şüpheli bunun yerini söylese, avukatı olmadan konuşsa da silahın kanuna aykırı yöntemle elde edilmiş bir delil sayılmayacağı ileri sürülmektedir¹⁸. Kanımızca bu anlatılan durum şüpheliye haklarının anlatılması yükümlülüğünün istisnası olamaz. Bir suç işlediği şüphesiyle takip edilen kişiye yakalandığı anda hakları hatırlatılmalıdır. Aksi takdirde CMK m. 90/4'ün uygulama alanı büyük ölçüde daraltılmış olunacaktır. Üstelik bu durumda şüphelinin hakları konusunda aydınlatılmasının polis tarafından ifadesinin alınmasına kadar ertelenmesi gündeme gelecektir.

¹⁴ Mark A. Godsey, "Rethinking the Involuntary Confession Rule: Toward a Workable Test for Identifying Compelled Self-Incrimination", **California Law Review**, Vol. 93, 2005, s. 507.

¹⁵ Stuntz, **a.g.e.**, s. 1264, 1265; Oregon v. Mathiason, 429 U.S. 492 (1977); Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291 (1980).

¹⁶ Friedrich-Christian Schroeder, Feridun Yenisey, Wolfgang Peukert, **Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi**, İstanbul, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayınları, 1999, s. 182, 183; Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 1461.

¹⁷ Schroeder, Yenisey, Peukert, **a.g.e.**, s. 183, 184.

¹⁸ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 1461, 1462.

Kişinin gönüllü olarak yaptığı açıklamalarda da hakların hatırlatılmasının gerekmeceği ileri sürülmektedir. Örneğin, kıskançlık nedeniyle karısını öldürdükten sonra karakola giderek teslim olan şahsın, kendiliğinden yaptığı açıklamalardan önce susturulması, müdafinin getirilmesi söz konusu olmaz¹⁹. Aslında bu durumda kişi zaten kendini ihbar etmekte, suçunu da gönüllü olarak ikrar etmektedir. Bu takdirde kanımızca şüphelinin yaptığı açıklamalar gönüllü yapılan ikrara ilişkin değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

Sanığın hakları konusunda aydınlatılmasına ilişkin bir istisna da Harris v. New York davasında²⁰ dile getirilmiştir. Bu davaya konu olan olayda, Harris bir gizli soruşturmacıya iki defa eroin satmakla suçlanmaktadır. Harris savunmasında kendisine yöneltilen suçlamayı, sattığı şeyin kabartma tozu olduğunu iddia ederek reddeder. Çapraz sorguda savcılık sanığın polis tarafından hakları aydınlatılmaksızın yaptığı açıklamaları kullanır. Sanık bu duruma itiraz etse de, mahkeme aydınlatma yükümlülüğünün savunma olarak sanığa yalan söyleme hakkı tanımayacağını belirterek bu itirazı reddeder. Bu karara göre sanığın daha önce verdiği ifadeler, sonraki ifadelerinin doğruluğunu tespit için kullanılabilir, bu şekilde sanığın beyanları arasındaki çelişki giderilebilir.

Şüpheliye haklarının derhal bildirilmesi gerekmekte ise de bazı durumlarda belirli hakların şüpheliye önceden bildirilmesi soruşturmanın selametini etkileyebileceği ya da şüphelinin kaçmasına neden olabileceği için, hakların özelinde yapılacak değerlendirme sonucu her bir hakkın şüpheli ya da sanığa bildirim anının tespit edilmesi gerekebileceği de ileri sürülmektedir²¹. Fakat belirtmek gerekir ki bu tür uygulama sakıncalı olabilir. Zira hakların bildirim zamanının her bir suç tipine, hakkın niteliğine veya somut olaya göre değişmesi adil yargılanma hakkını zedeleyebilir.

¹⁹ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 1461; Yenisey, Peukert, **a.g.e.**, s. 183.

²⁰ 401 U.S. 222 (1971).

²¹ Schroeder, Yenisey, Peukert, **a.g.e.**, s. 24, 25.

Başka bir görüşe göre, sadece yakalanarak gözaltına alınmış kişiler bakımından hakların hatırlatılması gerekecek yani Miranda kuralları geçerli olacaktır. İfadesine başvurulması için karakola çağrılan şüpheli ya da duruşma sırasında sorgulanan sanığın ise kendisine sorulan sorulara cevap veremeyecek derecede psikolojik baskı altında olmadığı ifade edilmektedir²². Kanımızca bir kişinin bir suç işlediğinden şüphelenilmesi yani bir suç ithamı altında olması bile psikolojik baskı altında sayılması için kâfi sayılmalıdır ki sanık haklarından yararlanmak için bu şekilde bir baskı altında olma aranmaz.

Şüpheli ve sanığa yapılacak bildirinin içeriği de en az bildirinin kendisi kadar önem arz eder. Şüpheli ve sanığın haklarını kullanma hususunda doğru tercihte bulunabilmesi ve savunmasını yapabilmesi için ilk şart, itham edildiği suç hakkında aydınlatılmasıdır²³ (CMK m. 147/1-b). AİHS m. 6/3'e göre de, şüpheliye hiçbir hukuki değerlendirme ve hukuki hataya yer vermeyecek şekilde isnad sebebi ve bu fiilin hukuki nitelendirmesinin ne olduğunu içeren bilgilendirme yapılmalıdır. Bu konuda özel bir şekil öngörülmemektedir. Bilgilendirme mümkün olduğunca çabuk ve anlaşılır olmalıdır. Şüpheli o dili bilmiyorsa esaslı unsurlar tercüme edilmelidir. Şüpheli ve sanığın gerek suç isnadını anlaması gerekse de sahip olduğu hakları kullanabilmesi için yargılamadaki dili bilmiyorsa tercümandan yararlanma hakkı bulunmaktadır²⁴. Bu hak muhakemedeki tüm aşamaları ve buradaki belgeleri kapsamaktadır²⁵. Fakat bu konudaki aydınlatma yükümlülüğünün suçla mücadeleyi önleyici nitelikte olmaması²⁶ gerektiğinden dava açılmasından önceki işlemler ve delil kaynakları hakkındaki bilgi şüpheliye yapılacak bildirim kapsamında değerlendirilmez²⁷. R v. W davasında²⁸ da belirtildiği üzere polisin şüpheliye

²² Feridun Yenisey, "Bilimsel Yöntemlerle Elde Edilen Delillerin Hukuka Aykırılığı Sorunu", **Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu**, 1. bs., İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1996, s. 103.

²³ Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Genel Kısım**, 4. bs., İstanbul, 1984, s. 629.

²⁴ Hans Mayer Ladewig, "Adil Yargılanma Hakkı-II" çev. Hakan Hakeri, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Ankara, Seçki Yayınevi, 2004, s. 98.

²⁵ Ladewig, **a.g.e.**, s. 97.

²⁶ Timur Demirbaş, "Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik", **Legal Hukuk Dergisi**, S. 32, Ağustos 2005, s. 2877.

²⁷ Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s.136.

sorgusu sırasında elinde bulunan tüm delilleri açıklama zorunluluğu olmayıp, sadece şüpheliyi aktif olarak yanlış yönlendirmemesi ve yakalanma nedenini ona açıklaması gereklidir. Fakat bazı durumlarda deliller hususunda eksik yapılan açıklama, sanığın belirli bir olaydan bahsetmesini engellemiş olacaktır. Örneğin, Nickolson davasında sanığın semeninin üvey kızının geceliğinde bulunduğu açıklanması unutulmuştur ve bu nedenle sanıktan bu husus hakkında masum bir açıklama yapması beklenemez²⁹.

Bir suç işlediği şüphesiyle yakalanan kişinin, polisin sorduğu sorulara cevap vermesi, bu suçla bağlantılı diğer suçlar hakkında da kişiyi suçlayıcı mahiyet taşımakta ise; bu kişinin verdiği cevapların diğer suçlar hakkında yapılan yargılamalarda da adil yargılanma ilkesi gereği kullanılamayacağı belirtilmektedir³⁰. Örneğin, Colorado v. Spring davasına³¹ konu olan olayda Spring, Colorado'daki bir av sırasında Walker adında bir kişiyi vurarak öldürür. Ardından Spring'in eyaletler arasında kaçak silah sattığı bilgisine ulaşılır. Bu suçtan dolayı yakalanan Spring Alkol, Tütün ve Silah Bürosu tarafından hakları konusunda aydınlatıldıktan sonra haklarını bildiği ve bu haklardan feragat ederek sorulan soruları yanıtlamak istediğine dair bir açıklama imzalar. Daha sonra yakalanmasına neden olan kaçak silah ticareti hakkında sorgulanır. Bu sorgu esnasında ona herhangi bir kişiye ateş edip etmediği sorulur. O da birine ateş ettiğini söyler. Bu kişinin Walker olup olmadığı sorulduğunda 'hayır' cevabını verir. Daha sonra sanık, Colorado polisi tarafından hakları konusunda aydınlatılır ve yine haklarını bildiği ve bilinçli bir şekilde bu haklarından feragat ettiğini içeren bir açıklamayı imzalar. Bu sorguda Walker cinayetini ikrar eder ve bu suçtan dolayı yargılanır. Mahkeme sanığın bu iki sorgusunda da Walker cinayeti hakkında sorgulanacağını kendisine bildirilmediği bu nedenle bu iki sorgudaki haklarından feragatin geçerli bir feragat olmadığına yönelik itirazını kabul eder. Kanımızca da muhakeme işlemlerinin bir kısmının kamu güvenliği ve benzeri gerekçelerle şüpheli ya da sanıktan gizli tutulması kabul

²⁸ [2006]EWCA (Crim) 1292, Mike Redmayne, "English Warnings", **Cardozo Law Review**, Vol. 30, No.3, 2008, s. 1062.

²⁹ R v. Nickolson [1999] Crim. L.R. 61., Redmayne, English Warnings, s. 1064

³⁰ Redmayne, English Warnings, s. 1063.

³¹ 479 U.S. 564, 576 (1987).

edilebilir fakat kişinin hangi suç ile itham edildiğini bilme hakkı konusuna bir istisna tanınması mümkün olmamalıdır. İtham edildiği suçu bilmeyen kişinin, savunma hakkını etkin bir şekilde kullanabilmesi beklenemez.

Şüpheli ve sanığa bildirilmesi gereken ikinci husus, bir müdafiden yararlanma hakkıdır. Müdafiden yararlanma hakkı, şüpheli ve sanığın sahip oldukları diğer hakları kullanması ve savunmasını yapabilmesi için olmazsa olmaz şartlardan biridir³². Zira sanıklar genellikle hukuki konularda bilgi sahibi olmayan kişiler olduklarından, haklarını nasıl kullanacaklarını ve kendilerini nasıl savunacaklarını bilemeyebilir ya da içerisinde bulunduğu ruhi durum, onun doğru bir değerlendirme yapmasına yönelik karar vermesini engelleyebilir³³. Bu kapsamda müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukuki yardımından faydalanabileceği; müdafî seçecek durumda değilse ve bir müdafiden yararlanmak isterse kendisine bir müdafî görevlendirileceği bildirilmelidir (CMK m 147/1-c). AİHS m. 6/3-c'ye göre de kişi, bir müdafinin yardımından yararlanma hakkına sahip olmakla birlikte; müdafî tutamayacak durumda olanların bir müdafinin yardımından ücretsiz yararlanabilmesi “adaletin selametinin gerektirmesi” şartına bağlanmıştır.

AİHM, Nemo Tenetur ilkesinin ihlali iddiasıyla önüne gelen davalarda yargılamanın tamamının adil olup olmadığı; bu kapsamda yargılamadaki ilgili korumaların varlığını³⁴ ve savunma hakkına saygı gösterilip gösterilmediğini dikkate alır³⁵. Mahkemeye göre, ceza muhakemesi işleminin muhatabı olan kişiler, özellikle delil toplama ve kullanma kurallarının karmaşık yapıda olduğu yargı çevrelerinde daha savunmasız durumda kalmaktadır ve çoğu davalarda bu durum, diğer görevlerinin yanı sıra sanığın kendini suçlamama hakkına saygı gösterilmesini

³² Timur Demirbaş “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, **Sahir Erman’a Armağan**, 1999, s. 194.; Albin Eser, “Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, çev. Nur Centel, **Yargıtay Dergisi**, C. 3, S. 16, 1990, s. 322.

³³ Eser, **a.g.e.**, s. 328.

³⁴ “*O’Halloran and Francis v. Birleşik Krallık*”, (Başvuru No’ları 15809/02 ve 25624/02), Karar Tarihi 29 Haziran 2007, para. 55; *Jalloh v. Almanya*, (Başvuru No. 54810/00), Karar Tarihi 11 Temmuz 2006, para.101.

³⁵ “*Bykov v. Rusya*”, (Başvuru No. 4378/02), Karar Tarihi 10 Mart 2009, para.90; “*Khan v. Birleşik Krallık*”, (Başvuru No. 35394/97), Karar Tarihi 12 Mayıs 2000, paras.35, 37; “*Allan v. Birleşik Krallık*”, (Başvuru No. 48539/99), Karar Tarihi 5 Kasım 2002, para.43; “*Lisica v. Hırvatistan*”, (Başvuru No. 20100/06), Karar Tarihi 25 Mayıs 2010, para.49.

sağlamaya yardımcı olan avukat tarafından tazmin edilmeye çalışılmaktadır. Avukata erken başvuru, AİHM'in bir yargılamanın susma hakkının özünün tüketilip tüketilmediğinin tespitinde özellikle dikkate aldığı yargısal korumaların bir parçasıdır³⁶. Bu nedenle avukat yardımından yararlanılamaması kendini suçlamaya zorlanma yasağının ihlaline neden olabilmektedir. Magee v. Birleşik Krallık davasına³⁷ konu olan olayda başvurucu askeri personele bombalı saldırıya teşebbüsle bağlantılı olarak Terörü Önleme Kanununa göre evinde sabahın erken saatinde yakalanır ve karakola götürülür. Başvurucu avukatı ile görüşmek istese de Kuzey İrlanda'da yürürlükte olan ilgili kanuna göre bu isteği reddedilir. Daha sonra başvurucu ilgili kanuna göre uyarılır. Fakat başvurucu yine avukatı ile görüşmek istediğini bildirir ve bu isteği yine reddedilir. Aynı gün başvurucunun 2 dedektifin iki ayrı takımı tarafından 5 defa ifadesi alınır. Başvurucu ifadelerinin alınması sırasında kötü muameleyle maruz kaldığını iddia eder. Başvurucunun ifadesinin alınmasına gece de devam edilir. Başvurucu 6. kez ifadesinin alınması sırasında söz konusu suçla ilgili itiraf sayılabilecek açıklamalarda bulunur, 7. ifade alma sırasında ise bombanın yerleştirilmesi ve patlatılmasındaki görevi ile ilgili ayrıntılı bilgi verir. Başvurucunun daha sonra farklı bir konuda ifadesine başvurulur. Ardından avukatına danışmasına izin verilir. Başvurucu avukatına kendisine yönelik kötü muamelelerde bulunulduğunu belirtse de avukat bunu polise bildirmez. Başvurucunun iki kez daha ifadesi alınır. Yargılaması sırasında başvurucu delil ileri sürmez, onun bu verdiği ifadelerle dayanılır. AİHM bu davada başvurucunun 48 saat müdafii yardımından yararlanmasının engellenmesinin AİHS m. 6'da yer alan haklarını ihlal ettiği; sorgunun ilk aşamalarında avukata başvurma imkânının sağlanmasının, kişinin sorgu sırasında ikrarını sağlama amacı taşıyan sorgu ortamının dengeleyici bir unsuru olduğunu belirtmiştir.

³⁶ “*Salduz v. Türkiye*”, (Başvuru No.36391/02), Karar Tarihi 27 Kasım 2008, para.54; “*Pishchalnikov v. Rusya*”, (Başvuru No. 7025/04), Karar Tarihi 24 Eylül 2009, para.69; “*Jalloh v. Almanya*”, (Başvuru No. 54810/00), Karar Tarihi 11 Temmuz 2006, para. 100; “*Kolu v. Türkiye*”, (Başvuru No. 35811/97), Karar Tarihi 2 Ağustos 2005, para. 51.

³⁷ “*Magee v. Birleşik Krallık*”, (Başvuru No. 28135/95), Karar Tarihi 6 Haziran 2000, para. 43.

Miranda v. Arizona davasını gören mahkemeye göre avukata danışma hakkını da içeren önlemler, şüphelinin susma hakkını korumaya yöneliktir³⁸. Nitekim ABD’de McDada Eki ile yapılan düzenleme tüm eyaletlerde geçerli olacak şekilde, avukatı ile temsil edilen bireyin, avukatına danışmadan onunla iletişim kurulmasını yasaklamaktadır. Diğer yandan bu düzenleme özellikle organize suçların faillerinin yargılanmasında olumsuz etkiler doğuracağı; bu takdirde susma hakkına daha çok başvurulacağı ya da aynı avukatla temsil edilen failer arasında bilgi akışına neden olunabileceği konusunda eleştirilere uğramaktadır³⁹.

Şüpheli ve sanığa bildirilmesi gereken haklardan bir diğeri de şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebilme, kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırma ve lehine olan hususları ileri sürme olanağıdır (CMK m. 147/1-f). Susma hakkını kullanan kişiye de lehinde kanıtların toplanmasını isteyebileceği hakkı hatırlatılmalıdır⁴⁰.

Şüpheli ya da sanık kendisini suçlayacak beyanda bulunmaya zorlanamayacağı hususunda da uyarılmalıdır (147/1-e). İfade hürriyeti konuşmanın yanı sıra susmayı da kapsadığından, sağlıklı bir tercihin yapılabilmesi, bu tercih hakkının varlığı ve sonuçları hakkında aydınlatılmasına bağlıdır⁴¹. Sorgu sadece sanık yararına konulmuş bir yargılama kuralı değil, ayrıca kamusal niteliği ağır basan bir usul kuralı olduğundan, sanığa susma hakkı da dâhil olmak üzere sahip olduğu tüm haklar hatırlatılmalıdır⁴². Şüpheli ya da sanığın bu konuda bilgisinin olmasının, haklarının bildirilmesi gerekliliğini engellemediği belirtilmektedir⁴³. Diğer yandan bazı durumlarda susma hakkının bildirilmeyebileceği ileri sürülmektedir. Örneğin hâkimin reddi, yetkisizlik, görevsizlik gibi tali davalarda bir suç isnadı söz konusu

³⁸ Robert Harvie, Hamar Foster, “When the Constable Blunders: A Comparison of the Law of Police Interrogation in Canada and the United States”, **Seattle University Law Review**, Vol. 19, 1996, s. 498.

³⁹ David Craig, “The Right to Silence and Undercover Operations”, **Platypus Magazines**, No. 72, September 2001, s. 36.

⁴⁰ Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkekepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, C. I, 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 579.

⁴¹ Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 225.

⁴² Çınar, **a.g.e.**, s. 38.

⁴³ Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 138; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 219.

değildir, kendini suçlamaya zorlanma yasağı uygulama alanı bulamaz. Bu nedenle susma hakkı konusunda aydınlatma yükümlülüğü de yoktur⁴⁴.

2. Tanığın Haklarının Hatırlanmaması

Tanığın da Nemo Tenetur ilkesi çerçevesinde belirli hakları bulunduğundan hakların hatırlanması hususu tanıklar bakımından da gündeme gelir.

Tanık CMK m. 45'teki şartlar gerçekleştiğinde tanıklıktan ya da yeminden; CMK m. 48'deki şartların varlığı halinde ise bu kapsama giren sorulara yanıt vermekten çekinebilmektedir. Fakat tanığın bu hakkını kullanabilmesi, bu hakkının varlığı hususunda aydınlatılmasına bağlıdır. Nitekim CMK m. 45/3'te tanıklıktan çekinme, CMK m. 48'de kendini ya da 45. maddede belirtilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaktan çekinme, CMK m. 51'de yemin vermektan çekinme haklarının varlığı hususunda tanığa bildirim yapılması gerektiğine yer vermektedir. Bu nedenle ifadesine müracaat edilecek olan tanığa her defasında bu hakkı kullanıp kullanmayacağı sorulmalıdır⁴⁵.

B. Yasak İfade Alma ve Sorgu Yöntemleri

Kendini suçlamaya zorlanma yasağına aykırılık teşkil eden durumlardan biri de “üçüncü derece sorgusu” olarak da nitelendirilen yasak ifade alma ve sorgu yöntemleridir⁴⁶. Yasaklanmasının temel amacı insan onurunu korumak olan bu yöntemler⁴⁷ çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir.

⁴⁴ Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku Belleteni, (Çevrimiçi) <http://www.gaziantepbarosu.org.tr/dosyalar/feridunyenisey.doc>.

⁴⁵ Ayhan Önder, “Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Şahitlikten Çekinme Hakkı”, **İÜHFİM**, C. 29, S. 4, 1963, s. 917.

⁴⁶ Erol Cihan, Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 1997, s. 230.

⁴⁷ Bahri Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, Ankara, AÜSBH İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995, s. 21.

1. İşkence

AİHS m. 3’de işkence yasağı düzenlenmiştir; *“Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz.”* İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 1’e göre *“1. Sözleşme amaçlarına göre, “işkence” terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetim herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatıyla uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızı olarak husule gelen acı ve ızdırabı içermez. 2. Bu madde, konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri ihtiva eden herhangi uluslararası bir belge veya milli mevzuata hâlel getirmez.”*⁴⁸ TCK m. 94’te de işkence suçu düzenlenmiştir; *“1. Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”*

İşkence, uzun süren veya tekrarlanan şiddetli ızdırap, acı ya da ağrılara sebep olunması veya ortaya çıkarılmasıdır⁴⁹ ve maddi ya da manevi olabilir⁵⁰. Fakat işkence için ayrıca bu muameleler insan onuruna aykırı olmalı ve sistematik şekilde bir amaca yönelik uygulanmalıdır⁵¹.

İfade alımı ya da sorgu sırasında şüpheli ya da sanığı konuşturmak için gerçekleştirilen çeşitli muameleler, işkence kapsamında değerlendirilebilir. Bu kapsamda gündüz vakti yapılması mümkün olan bir sorgunun gece ve defalarca yapılması, sigara tiryakiliğinin sömürülmesi işkenceye yol açabilir.

⁴⁸ (Çevrimiçi) <http://www.polisiye.com/yazidevam.asp?ID=100>, 28 Nisan 2012.

⁴⁹ Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2007, s. 169.

⁵⁰ Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, s 460; İzzet Özgenç, Cumhur Şahin, “İşkence Suçu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S.1- 2, Haziran-Aralık 2000, s. 185.

⁵¹ İlhan Üzülmöz, “Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Ezizet Suçu”, (Çevrimiçi) www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/108.doc, 15 Mart 2012.

İşkencenin yasaklanmasına ilişkin normlara hiçbir şekilde ve durumda istisna tanınamayacağı, işkenceye maruz kalmama hakkının kişinin çekirdek alanına dâhil olduğu ileri sürülmekle birlikte; son zamanlarda önemli derecede acil olan durumlarda bu yasağa istisna tanınabileceği ileri sürülmektedir. Örneğin, saatli bomba durumunda işkence ile bilgi edinilmesinin kabul edilebileceği ileri sürülmüştür. Bu takdirde durumun aciliyetinin işkence kullanma konusunda yetki vereceği ve uygulanan işkenceyi hukuka uygun hale getirebileceği kabul edilebilir ise de, işkencenin sonuçları bakımından aynı aciliyetin söz konusu olmayacağı belirtilmekte ve böylece işkence yasağının mutlak karakterine hanel gelmeyeceği sonucuna varılmaktadır⁵². Böylece patlama riski bulunan saatli bombanın yerinin tam olarak tespit edilememesi durumunda konuşmayı reddeden fail işkence ile konuşturularak bombanın yeri tespit edilecek ise de, bu şekilde elde edilen delil failin bu suçtan dolayı yapılan yargılamasında kullanılamayacaktır. Somut olayın şartlarına göre, işkencenin hukuka uygun olmasa da onu uygulayanların kusuruna etki edeceği de ileri sürülebilir. Buna örnek olarak da okyanusta yemeksiz mahsur kalan kişilerin ölmek için aralarından birini seçip yemesi gösterilmektedir. Ölmek için arkadaşlarını yiyen kişiler kasten öldürme suçunu işlemekle birlikte zorunluluk hali söz konusudur ve bu nedenle kendilerine ceza verilmez⁵³. Patlama riski bulunan bombanın yerini tespit amacıyla gerçekleştirilen işkencenin ise üçüncü kişi lehine meşru savunma kapsamında değerlendirilmesi mümkün olabileceği düşünülebilir. Bu takdirde işkence suçu varlığını sürdürmekle birlikte ancak somut olay bakımından meşru savunmanın gerçekleştirildiği durumlarda bu uygulama hukuka uygun kabul edilecektir. Fakat bu tür durumların işkencenin kurumsallaşmasını sağlayacak ölçüde geniş yorumlanmaması gerekir. AİHM ise Gafgen kararında⁵⁴ hiçbir durumun işkenceyi meşru kılmayacağını belirtmiştir. Bu davaya konu olan olayda başvuru kandırarak kaçırdığı zengin bir ailenin 11 yaşındaki çocuğu olan J.'yi boğarak öldürür ve cesedini bir göletin iskelesine bağlar. Ardından J.'nin ailesinden çocuklarını görebilmeleri için para talep eder. Parayı alırken de polis tarafından

⁵² Justice J'Kedmi, dipnot 14.'den naklen Tobias Thienel, "The Admissibility of Evidence Obtained by Torture Under International Law", **The European Journal of International Law**, Vol. 17, No. 2, 2006, s. 351.

⁵³ Seumas Miller, "Is Torture Ever Morally Justifiable?" **International Journal of Applied Philosophy**, Vol. 19, No. 2, 2005, s. 188.

⁵⁴ "Gafgen v. Almanya", (Başvuru No. 22978/05), Karar Tarihi 1 Haziran 2010.

yakalanır. Polis başvuru, susma hakkına sahip olduğu konusunda bilgilendirse de, çocuğun nerede olduğunu açıklamaz ise kendisine fiziksel cebir uygulayacağına yönelik tehdit eder. Tehditlerin neticesinde başvuru çocuğun ölü bedeninin nerede olduğunu itiraf eder ve mahkûm edilir. AİHM bu davada kaçırılmış olan çocuğun hayatını kurtarma amacıyla da olsa işkencenin kabul edilemeyeceği sonucuna varır.

2. Kötü Muamele

Beden ve ruh sağlığına yönelik⁵⁵ müdahaleler, dövme, gürültü yapma, parlak ışık yansıtma gibi icrai hareketlerle ya da acılar içinde kıvranan kişiyi tedavi ettirmeme gibi ihmali hareketlerle de işlenebilen⁵⁶ tüm saldırılar bu kavrama dâhil olmakla birlikte bunun belirli bir eşiği aşması gerekmektedir⁵⁷. İfadesi alınacak ya da sorgulanacak kişi, üçüncü kişilerin hukuka aykırı olarak cebir, tehdit, hilesine maruz kalmışsa ve bunun etkisi sürmekte ise kovuşturma organları bu durumdan yararlanamaz. Fakat ifadesi alınan ya da sorgulanan kişi bu durumun etkisi altında gönüllü olarak kendini suçlayan beyanda bulunur ya da suçu ikrar ederse, bunların kabul edileceği belirtilmektedir. Çünkü kovuşturma organlarının bu kişinin üzerindeki cebir, tehdit ve hilenin etkisini giderme yükümü yoktur⁵⁸.

Kanunlarda kişilere belirli kapsam ve koşullar altında orantılı olma kaydıyla müdahalede bulunulabileceğine ilişkin hükümler bulunmaktadır ve bu kapsamda gerçekleştirilen fiiller hukuka uygundur⁵⁹. Ama bu sınır gerek konu gerekse de uygulamanın şiddeti bakımından aşıldığı takdirde kötü muamele, daha ağır ihlallerde ise işkence gündeme gelir.

⁵⁵ Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 169.

⁵⁶ Centel, Zafer, *a.g.e.*, s. 222.

⁵⁷ Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku*, s. 462.

⁵⁸ Şahin, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, s. 180.

⁵⁹ Centel, Zafer, *a.g.e.*, s. 224.

3. Sömürme

Yasak ifade alma ve sorgu yöntemleri CMK m. 148/1’de yer alan “...gibi...” ibaresi nedeniyle numerus clauses (sınırlı sayıda) değildir. Bu nedenle kanunda yer alan yöntemler dışında da bu kapsamda değerlendirilebilecek hususlar gündeme gelebilir. Bunlardan biri olarak da sömürme ileri sürülmektedir.

Şüpheli ya da sanığın fiziksel, ruhsal durumundan ya da karakterinden yararlanma; ona söz verme; arkadaşlık, inanç, din, etik ya da yasal görevlerini kullanma şeklinde sömürme gündeme gelebilir. Örneğin, Spano v. New York davasında⁶⁰ gözaltında olan ve kendisine yöneltilen sorulara cevap vermeyi reddeden kişinin yakın arkadaşı olan memur, ikrar elde edemezse işini kaybedeceğini ileri sürerek ikrar elde edilmeye çalışılmıştır. Bu husus itirafın kabul edilebilirliğinin değerlendirilmesinde bir etken olmakla beraber tek başına yeterli değildir. Bir itirafın kabul edilebilirliğine yönelik incelemede tüm koşullar dikkate alınmalıdır. Buna karşılık, savunmasız ve saldırıya açık bir durumda olan kişiye karşı olan şey, her zaman kendini suçlamaya karşı zorlanma yasağına aykırı olduğu ileri sürülmekte ve buna sigara içme, banyoya gitme imkânının verilmemesi, sorgu odasının soğuk olması da dâhil edilmektedir⁶¹. Kanımızca kişinin karakterinden, arkadaşlık ve benzeri ilişkilerinden yararlanarak ondan ikrar elde etme sömürme olarak nitelendirilebilir de onun sorgu odasının soğuk olması ya da en temel gereksinimlerinden yoksun bırakılması duruma göre icrai ya da ihmali hareketle gerçekleştirilen kötü muamele kapsamında değerlendirilebilir. Hatta çok ağır ihlaller işkenceyi de gündeme getirebilir. Belirtmek gerekir ki işkencenin tanımını yapan İşkenceye Karşı Bildiri ve İşkenceye Karşı Sözleşme’ye göre bir hareketin işkence olarak nitelendirilmesi, bu hareketin mağdur üzerinde doğuracağı acı ve ıstırabın derecesine bağlanmış bulunmaktadır. Bu nedenle aynı muamele mağdurlara göre farklı nitelendirilebilir. Zira mağdurun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu, bulunduğu

⁶⁰ 360 U.S.315 (1959).

⁶¹ Chiesa, **a.g.e.**

şartlara göre aynı eylem bir mağdur için işkence olarak tanımlanabilir iken bir diğer için kötü muamele kapsamında kalabilecektir⁶².

4. Yorma

Her ifade alma ya da sorgulama, içinde yormayı barındırmaktadır. Fakat bunun yasak yöntemler kapsamında değerlendirilebilmesi için, iradi karar alma ve davranma özgürlüğünü ciddi şekilde tehlikeye düşürecek derecede olması gerekmektedir. Aynı şekilde kişiyi yormayıp, mevcut yorgunluğundan da yararlanmak bu kapsamda değerlendirilebilir⁶³. İfade alma veya sorgunun gece vakti yapılması, kişiyi yorma amacına yönelik değilse ve olayın niteliği gece vakti yapılmasını haklı gösterebiliyorsa hukuka aykırı sayılmayacağı belirtilmektedir. Böyle bir işlemin gündüz de tekrarlanması söz konusu olabilir⁶⁴. Fakat gecikmesinde bir sakınca olmayan bir durumda bu şekilde bir muamele yasak ifade alma ve sorgu yöntemlerinden biri olan yormayı oluşturur. Aynı şekilde kesintisiz ya da ayakta yapılan uzun süreli ifade alma ve sorgu yöntemi yorma teşkil eder.

5. İlaç Verme

Katı, sıvı ya da gaz şeklindeki her türlü maddenin insan vücuduna verilmesi ilaç vermedir⁶⁵. İlaç vermenin yasak ifade alma ve sorgu kapsamında değerlendirilebilmesi için bu ilacın ifadesi alınan ya da sorguya çekilen şüpheli veya sanığın iradesini etkilemesi gerekmektedir. Kişiyi ilaç verilmemiş olsa da mevcut durumundan yararlanılması da yasak yöntemlere girer⁶⁶.

Narko analiz uygulanan kişinin iradesi belirli bir yöne sevk edilmemekte ve bilinçli engellerin irade üzerindeki baskısı ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır yani işkenceden farklı olarak kişinin iradesine belirli bir yönde ifade vermesi için baskı

⁶² Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 7. bs., 2010, s. 727.

⁶³ Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, s. 463; Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 169.

⁶⁴ Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 171.

⁶⁵ Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 168; Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 169.

⁶⁶ Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 169; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 223.

kurulmamaktadır⁶⁷. Fakat Narko analiz yönteminde vücuda verilen narkoz ile kişinin iradesi ortadan kalktığından⁶⁸, kişi bazen olmuş şeylerin yanı sıra sadece aklından geçirdiği ve bilinçaltında saklamış olduğu düşünceleri de açıklamakta; yapmadığı şeyleri gerçekten yapmış gibi söylemekte, gerçek ile hayali birbirine karıştırmaktadır⁶⁹. Bu nedenle narko analiz yöntemiyle elde edilen deliller ve açıklamalar güvenilir değildir⁷⁰. Fakat narko analizden farklı alanlarda yararlanıldığı, bu şekilde elde edilen delilin güvenilirliği sağlandığı takdirde kullanılmasından çekinilmemesi gerektiği de ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, bu yöntemle elde edilen deliller emare olarak kabul edilerek, hükme esas alınacak delillerin elde edilmesinde bunlardan istifade edilmelidir⁷¹. Kanımızca ilaç verme suretiyle elde edilen delil hiçbir şekilde kullanılmamalıdır. Zira CMK m. 148 bu şekilde ifade alma ve sorgu yapılmasını açıkça yasaklamıştır ki kişinin beyanın özgür iradesine dayanması gerekliliği göz önünde tutulduğunda da aynı sonuca varılacaktır. Narko analiz suretiyle elde edilen delillerin güvenilir olması da bu durumu haklı göstermez.

6. Aldatma

Aldatma, şüpheli ya da sanığın hukuki sorun ya da olaylara ilişkin olarak özgür iradesiyle düşünüp, karar vermesini engellemeye yönelik müdahaledir⁷². Bu durum şüpheli ya da sanıktan gerçeğin gizlenmesi, gerçek olmayan hususların gerçekmiş gibi gösterilmesi⁷³; aldatıcı sorular sorma ve yanlış hadiseler yaratma⁷⁴; hile yapma, abartma ya da basite alma şeklinde ortaya çıkabilir. Örneğin, bir ithamın ciddiyetini hafif göstererek, sanığa gerçek olmayan bir rahatlık duygusu verilmesi şeklinde aldatma söz konusu olabilir⁷⁵.

⁶⁷ Erol Cihan, "Narko Analiz", *İÜHF*M, C. 3, S. 5, 1969, s. 80.

⁶⁸ Ali Yıldırım, "Sanığın Susma Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 45, S. 5-6, Aralık 1988, s. 699.

⁶⁹ Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Genel Kısım*, s. 754.; Feyyaz Gölcüklü, "Sanığın Sorgusu ve Sevk Tarzı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, Akıncı Matbaa, Haziran 1955, s. 105-128, s. 142.

⁷⁰ Yıldırım, *a.g.e.*, s. 700.

⁷¹ Öztekin Tosun, "Narko Analiz ve Ceza Hukuku", *İÜHF*M, C. 29, S. 1-2, 1963, s. 71, 72.

⁷² Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 169.

⁷³ Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku*, s. 463.

⁷⁴ Şahin, , *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, s. 182.

⁷⁵ Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku*, s. 466.

Şüpheli veya sanıktan bilgi edinebilmesi ve bu surette maddi gerçeğe ulaşılabilmesi amacıyla her türlü aldatmanın yasak yöntem olarak kabul edilmemesi gerektiği, aldatmanın dar yorumlanmasının daha doğru olacağı⁷⁶ belirtilmektedir. Bu görüşe göre, yalan söylemek ile bir şeyin doğru olduğu ya da doğru ya da yanlış olabileceği hususunda şüpheliye hile yapma birbirinden farklıdır ve yalan söylemek diğerlerine nazaran daha yanlış bir tutumdur⁷⁷. Bu nedenle mevcut vakıa ve delillerin mübalağalı bir şekilde yorumlanması ve bu surette sanıktan bir beyan elde edilmesinin aldatma sayılmaması gerektiği⁷⁸, ikrarı sağlamak için şüpheliyi yanlış yönlendirmenin kabul edilebileceği ileri sürülmektedir⁷⁹. CMK m. 148'e göre ise özgür iradeyi etkileyecek nitelikteki aldatma yasaktır. Şüpheli veya sanıktan bilgi edinebilmek için aldatmanın dar yorumlanması gerektiği ileri sürülse de kanımızca yalan söylemek ya da başka bir surette şüpheli ya da sanığı yanlış yönlendirmek yasak olmalıdır. Ancak aldatma kapsamına girmeyen durumlar kabul edilebilir.

Şüpheli ya da sanıktan delil elde edebilmek için bir başkasını kullanma da aldatma kapsamına girmekle birlikte, bunun sınırı da bulunmaktadır. Ajan provokatörlük aldatma kapsamında değerlendirilmekte⁸⁰ olmasına karşın, kanunların öngördüğü şartlara uygun olarak gizli soruşturmacının kullanılması aldatma sayılmaz. Illinois v. Perkins davasına⁸¹ konu olan olayda Richard Stephenson adında biri öldürülür fakat katili bulunamaz. 2 yıl sonra Donald Charlton adında biri ıslahevinden arkadaşı olan Perkins'in işlediği bir cinayetle ilgili bilgiye ulaşır ve bunu polise aktarır. Yapılan araştırma neticesinde Charlton'un verdiği bilgilerin güvenilir olduğu sonucuna ulaşılır. Bu sırada Perkins ıslahevinden salıverilir. Fakat nitelikli yaralama suçundan dolayı yapılan bir yargılama nedeniyle tutuklanır ve polis de onu izlemeye başlar. Polis Stephenson cinayeti hakkında daha fazla bilgi edinebilmek için gizli dinleme aleti kullanmayı düşünse de bunun pratik ve güvenilir olmadığı gerekçesiyle vazgeçer. Bunun yerine başvuru Perkins'in yanına bir gizli

⁷⁶ Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 271.

⁷⁷ Chiesa, **a.g.e.**

⁷⁸ Bahri Öztürk, v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, s. 367, 368.

⁷⁹ Chiesa, **a.g.e.**

⁸⁰ Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, s. 467.

⁸¹ 496 U.S. 292 (1990).

soruşturmacı ve Charlton'ı koyar. Başvurucu bunlarla yaptığı konuşma sırasında Stephenson'ı öldürdüğünü itiraf eder. ABD Mahkemesi, polis memurunun kimliğini gizleyerek şüphelinin arkadaşı gibi konuşmasıyla elde edilen bu itirafı kabul eder.

Özgürlüğünden yoksun bırakılan şüpheli ya da sanığın kendini rahat hissedebileceği bir ortamda ve kurulan mizansenden habersizce güvendiği bir kişiye konuşması sonucu elde edilen delil ve itirafın kabul edilmemesi gerekir⁸². Fakat Birleşik Krallık'ta Bailey ve Smith davasında⁸³ farklı bir karar verilmiştir. Birleşik Krallık'ta genel olarak birbirleri ile iletişim kurmamaları ve bağımsız olarak polisle anlaşma yolunu tercih edebilmeleri gibi nedenlerle suç ortakları aynı hücreye konulmazlar. Fakat bu davaya konu olan olayda iştirak halinde suç işleyen kişiler nezarethanede aynı hücreye konulmuştur. Aynı hücreye konulan suç ortakları bu durumun polis tarafından onların konuşarak itirafta bulunmalarını sağlama amaçlı yapılmış bir hile olabileceği hususunda avukatları tarafından uyarılsalar da, aksi hususta ikna edilmiştir. Herhangi bir hilenin olmamasına yönelik güvenle, sanıklar işledikleri suçlarla ilgili birbirleri ile konuşurlar ve konuşmalar polis tarafından kaydedilip aleyhlerinde delil olarak kullanılır. Aslında bu tür durumlarda teknik anlamda bir ifade alma veya sorgu değil, ifade alma veya sorguya benzer bir durum söz konusudur. Fakat resmi bir ifade alma, sorgunun ve bu şekilde elde edilen delillerin hukuka uygun olarak kabul edilmesi için aranan şartlar, gizli bir şekilde yürütülen ifade alma veya sorgu benzeri durumlar için de geçerli sayılmalıdır.

Tartışmalı bir diğer husus, ifade almayı ya da sorguyu gerçekleştirecek kimsenin şüpheli ya da sanığın ikrarını sağlama amaçlı olarak suçlu olduklarının zaten tespit edildiğini söylemesidir. Bu şekilde elde edilen ikrarın kullanılabilmesi ileri sürülmekle birlikte⁸⁴; Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun aksine görüşte bir kararı bulunmaktadır. Davaya konu olan olayda bir hırsızlık olayının araştırılması sırasında sanığa cüzdanın kendisi tarafından çalınıp çalınmadığı sorulur. Başlangıçta çalınmadığını söyleyen sanığa teğmen, "Senin aldığını biliyorum, itiraf et, aramızda

⁸² Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 80.

⁸³ [1993] Crim L R 681.

⁸⁴ Chiesa, **a.g.e.**

kalacak.” şeklinde ısrarı eder. Bunun üzerine sanık cüzdanı kendisinin çaldığını kabul eder ve sonra da soruşturma sırasındaki ifadelerinde suçlamayı reddederek teğmenin kendisine baskı yaptığını ileri sürer. Bu durumu değerlendiren Askeri Yargıtay Daireler Kurulu CMUK’un 135/a maddesine yollama yapmak suretiyle, sanığın beyanının özgür iradesine dayanması gerektiğini belirtmiş, bu ifadeye dayanan mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir⁸⁵. İkrarın özgür iradeye dayanması gerektiği göz önünde tutulduğunda bu kararlar aynı sonuca varılacaktır. Zira kişiye zaten suçu işlediğini bildiğini söylemek, şüpheli veya sanığın kendisine önyargılıyla bakıldığına kanaat getirmesine neden olacaktır. Kendisi aleyhine bu şekilde bir tutum üzerine kişi gerçekten suçlu olmasa da aksini kanıtlayamayacağını düşünerek suçu kabul etmek zorunda kalacaktır. Bu durum suçsuzluk karinesine de aykırılık arz edecektir.

7. Kanuna Aykırı Yarar Vaadi

Yararlanma vaadi, kişisel ya da olaya ilişkin herhangi bir iyi hale getirmenin sağlanmasına söz vermeyi içerir⁸⁶. Her türlü menfaat bu kapsama girmez, bu menfaat kişinin özgür iradesini etkileyecek derecede ve kanuna aykırı olmalıdır. Kahve veya başka içecek, sigara, bir öğle yemeği gibi hoş giden bazı ufak şeylerin söz verilmesi kişilerin özgür iradesini etki altına almaya elverişlidir⁸⁷. Polisin sanığa suçunu ikrar ettiği takdirde onu mafyaya karşı korumayı vaad etmesi suretiyle elde edilen ikrar ise özgür iradeye dayanmayan bir ikrar niteliğindedir⁸⁸.

İştirak halinde işlenen suçlarda azmettirenin kimliğinin ortaya çıkmasını sağlayan suç ortağına yönelik indirim de yasal olduğundan yasak ifade alma ve sorgu metodu olarak değerlendirilemez. Suç ortaklarını ele verirse hakkında dava açılmayacağına⁸⁹ ya da suçunu ikrar ettiği takdirde daha az ceza verileceğine yönelik

⁸⁵ Askeri Yargıtay Daireler Kurulu’nun 28.1.1999 gün ve 1999/35-17 sayılı kararı, Çınar, **a.g.e.**, s. 61.

⁸⁶ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 700.

⁸⁷ Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, s 468.

⁸⁸ Schroeder, Yenisey, Peukert, **a.g.e.**, s. 185.

⁸⁹ Faruk Erem, “Susma Hakkı”, **Bursa Barosu Dergisi**, 1980, s. 10.

vaad⁹⁰ sanığın özgür iradesini etkileyeceği için hukuka aykırılık teşkil eder. Hâkimin bizzat tutamayacağı ya da tutma niyetinde olmadığı vaadlerde bulunmasının ise kanuna aykırı vaad değil, aldatma teşkil edeceği belirtilmektedir⁹¹. Alman Federal mahkemesi (BGH), ikrarı halinde sanığın tutukluluk durumunun sona erdirileceğinin vaad edilmesini yasak kapsamında saymış; buna karşılık sanığın ikrarının cezanın belirlenmesinde göz önünde tutulacağına belirtilmesinin kendini suçlamaya zorlanma yasağını ihlal etmeyeceği sonucuna varmıştır⁹². Kanımızca, sanığın ikrarının cezanın belirlenmesinde dikkate alınacağına ilişkin yasal bir düzenleme bulunduğu takdirde bu hususu sanığa bildirmek ve onu bu konuda uyarmak kanuna aykırı vaad sayılmaz. Fakat kişiye suçunu ikrar ettiği takdirde ceza almayacağına bildirilmesi bu konuda yasal bir düzenleme yoksa kanuna aykırı yarar vaad etme olarak değerlendirilmelidir.

Yasak sorgu yöntemlerinin tek şahidi genellikle yöntemi uygulayan ve buna maruz kalan olduğu için bu tür uygulamaların sürdürülmesini engelleme amaçlı çeşitli öneriler sunulmaktadır. Bu önerilerden biri, polis sorgusunun kalkması ve adli sorgunun uygulanmasıdır⁹³. Diğer bir öneri ise, sorgunun video kayıt cihazı ile kaydının sağlanmasıdır⁹⁴. Böylece polisin şüpheli ya da sanığa karşı olumsuz tavırları engellenmiş olunacağı gibi; kendisinin şüpheli veya sanığı konuşurma amaçlı zorladığı ya da onu sömürdüğüne ilişkin asılsız iddiaların kanıtlanması da sağlanacaktır⁹⁵. Nitekim 1984 tarihli Polis ve Suç Delili Kanununa da kayıt sistemi getirilmiştir. Ayrıca bu sırada şüpheli ücretsiz olarak avukat yardımından faydalanacaktır. Bu durumun da eskiye nazaran sanığın durumunda iyileşme içerdiği ve şüphelilerin susmayı tercih etme ihtimalini arttıracığı ileri sürülmüştür⁹⁶. Kanımızca da ifade alma ve sorgu sırasında hukuka aykırılığın engellenmesi ve ispat

⁹⁰ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 700.

⁹¹ Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 124

⁹² Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 271.

⁹³ “Procedural Protections Of The Criminal Defendant- Reevaluation Of The Privilege Against Self-Incrimination And The Rule Excluding Evidence Of The Propensity to Commit Crime” (Yazarı Belirtilmemiş), **Harvard Law Review**, Vol. 78, 1964-1965, s. 445.

⁹⁴ John Fabian Witt, “Making the Fifth: The Constitutionalization of American Self-Incrimination Doctrine, 1791-1903”, **Texas Law Review**, Vol. 77, Issue 4, March 1999, s. 917.

⁹⁵ Charles Weisselberg, “The Right to Remain Silent”, **University of Pennsylvania Law Review Pennumbra**, Vol. 159, s. 80.

⁹⁶ Redmayne, *English Warnings*, s. 1053.

kolaylığı açısından ifade alma ve sorgunun video kayıt cihazı ile kaydı doğru bir çözüm olarak kabul edilebilir. Birleşik Krallık'taki 1984 tarihli Polis ve Suç Delili Kanunu ile getirilen kayıt ve ücretsiz müdafii yardımı da şüpheli ve sanığın özgür iradesi ile beyanda bulunmasına hizmet edecektir. Özgür irade susmayı da kapsadığına göre susmaya yönelik tercihin daha cazip hale geleceği ileri sürülebilir.

II. İLKEYE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

Şüpheli, sanık ve tanığa yasal haklarının anlatılması gerekmektedir ve özgür iradeyi etkileyecek ifade alma ve sorgu yöntemleri de yasaktır. Fakat bu yasal yükümlülüğün ve yasakların ihlali ile elde edilen delillerin yargılamada kullanımı tartışmalıdır. Bu nedenle bu şekilde elde edilen delillerin değerlendirilmesi sorunu incelenmelidir.

A. İlkeye Aykırılık Sonucu Elde Edilen Delilleri Değerlendirme Sorunu

Ceza muhakemesinin amacı toplumun çıkarları ile sanığın hakları arasında denge sağlanmak suretiyle maddi gerçeğe ulaşılmasıdır⁹⁷. Bu nedenle kural olarak delil serbestliği kabul edilmiş olup, her türlü delille suçun ispatı mümkündür. Fakat bu serbestlik ise sanık haklarının göz ardı edilmesi anlamına gelmeyeceği için, delil elde etme ve değerlendirme hususunda bazı kurallara yer verilmiştir. Delillere ilişkin bir normun ihlali ya da amaç veya kapsamının dışına çıkılması suretiyle elde edilen deliller hukuka aykırıdır⁹⁸. Gerçeğe ulaşılması, özel hayatın gizliliğinin korunması, meşru cezanın verilmesi, soruşturma ve kovuşturma makamlarının disipline edilmesi⁹⁹ gibi amaçlar taşıyan delil yasaklarına ilişkin kuralların uygulanması durumunda delil kaynağı, muhakemede incelenerek delil aracı haline gelmiş olmasına rağmen, değerlendirilememekte ve delil niteliği kazanamamaktadır¹⁰⁰.

⁹⁷ Kayıhan İçel, "Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları", **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan**, İstanbul, 1998, s. 121.

⁹⁸ Ersan Şen, **Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1998, s. 23, 24.

⁹⁹ Veli Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 671.

¹⁰⁰ Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002, s. 134, 135.

Delil yasaklarına ilişkin yönelim yargı sistemlerine göre farklılık göstermektedir. Polisin soruşturma evresinde geniş yetkilere sahip olduğu Anglo-Amerikan hukuk sisteminde delil yasaklarının amacı kolluğun disiplin altına alınması iken¹⁰¹; Kıta Avrupası hukuk sisteminde insan hak ve özgürlüklerini korumadır¹⁰². Türk hukuk sisteminde ise delil yasaklarına ilişkin kuralların her iki amacı da taşıdığı belirtilmektedir. Buna göre, CMK m. 248’de sanığın beyanının özgür iradesine dayanması gerektiği ibaresi Kıta Avrupasında olduğu gibi insan hak ve özgürlüklerini korumayı; CMK m. 217/2’de ise yasak sorgu yöntemleri dışında kalan delil yasaklarına değinerek Anglo-Amerikan sisteminde olduğu gibi kolluğu disipline etmeyi amaçlamaktadır¹⁰³. Kanımızca Türkiye için bu konuda doğru kararı verebilmek için hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinde hangi yaklaşımın kabul edildiğine bakılmalıdır. Zira mutlak yasak yaklaşımı benimsenmişse, sanığın özgür iradesinden ziyade kolluğu disipline etme amaçlanmaktadır. Eğer ılımlı yaklaşım kabul edilmişse insan hak ve özgürlüklerini koruma amacı daha ağır basmaktadır. Çünkü bu yaklaşımda aşağıda inceleyeceğimiz üzere kolluk tarafından hukuka aykırı elde edilen bazı delillerin kullanılması mümkündür. Bu nedenle hukuka aykırı yöntemlerin uygulanması hususunda kolluğun caydırılmasının temel amaç olmadığı sonucuna ulaşmaktayız.

Hukuka aykırı elde edilen delillerin ceza yargılamasında nasıl değerlendirileceğine ilişkin 3 görüş ileri sürülmektedir;

1. Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirmede Mutlak Kabul Yaklaşımı

Hakların hatırlatılmaması, yasak ifade alma ve sorgu yöntemlerin akıbeti ile ilgili olarak ileri sürülen en eski görüşlerden biri, bu şekilde elde edilen delilin ve ikrarın mutlak kabulüdür. Bu görüşe göre, ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğe ulaşmak olduğundan delil, nasıl elde edildiğine bakılmaksızın muhakemede kullanılmalıdır; aksi takdirde yargılama yavaşlayacaktır. Delilin nasıl elde edildiği

¹⁰¹ Chiesa, **a.g.e.**; Wolf v. Colorado 338 U.S. 25 (1949); United States v. Calandra 414 U.S. 338 (1974)

¹⁰² Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 185.

¹⁰³ Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 186.

ise asıl uyuşmazlığı çözen merciin görevi olmayıp, ayrı bir inceleme konusu olmalıdır¹⁰⁴.

Mutlak kabul görüş taraftarlarının ikinci dayanak noktası, hukuka aykırı elde edilse de suçun ispatı halinde failin cezasız kalmayacağını gösterilmesi suretiyle hukuka itaat sağlanacağıdır¹⁰⁵. Yine bu görüşe göre, delil elde edilirken gerçekleşen şekle ilişkin basit aykırılıklar yüzünden failin cezalandırılmaması hukuk devleti ilkesine uygun düşmez¹⁰⁶. Hakların hatırlatılması gerekteyse de, önceki aşamalarda bu haklar öğretilmiş ise bunların tekrar anlatılmaması basit bir şekle aykırılık olarak kabul edilmeli ve bozma sebebi yapılmamalıdır¹⁰⁷.

Delillerin hukuka aykırı elde edilmiş olsa da ceza muhakemesinde görmezlikten gelinemeyeceği; hâkimin ancak açıkça yasaklanmışsa bu delilleri kullanamayacağı; delilleri elde etmek suç ise bu suçun faillerinin yaptırımlara katlanmakla yükümlü olduğu da ileri sürülmüştür¹⁰⁸.

Hukuka aykırı delillere ilişkin mutlak kabul yaklaşımı çeşitli nedenlerle eleştirilmektedir. Bu eleştirilere göre, Anayasanın bireylere tanıdığı güvencelere devletin bütün erklerinin uyması zorunludur¹⁰⁹. Hukuka aykırı elde edilen delilin kullanılması kolluğu ve delil elde etmekle yükümlü olan makamları tembelliğe sevk edecektir. Hukuka aykırılık mahkemeler tarafından meşrulaştırılmış olacaktır. Bu nedenle de vatandaşlar hukuka saygısını kaybedecektir¹¹⁰.

¹⁰⁴ Mahmut Koca, “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı”, **AÜEHFD**, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 110, 111; Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, s. 437, 438; Vahit Bıçak, “Usulsüz 248; Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Genel Kısım**, s. 809, 810; Çınar, **a.g.e.**, s. 41; Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 267.

¹⁰⁵ Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, s. 439. Feridun Yenisey, “Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil”, **CHD**, S. 4, Ağustos 2007, s. 51, dipnot 95; Bıçak, **Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi**, s. 249.

¹⁰⁶ Öztürk, v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 375.

¹⁰⁷ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 1465; Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, s. 19.

¹⁰⁸ Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Genel Kısım**, s. 814.

¹⁰⁹ Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Genel Kısım**, s. 813.

¹¹⁰ Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, s. 439; Bıçak, **Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi**, s. 249, 250.

2. Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirmede Mutlak Yasak Yaklaşımı

Hukuka aykırı delilin yargılamadaki etkisine dair ikinci bir yaklaşım, bu şekilde elde edilen delilin başka bir kriter aranmaksızın ve hükme etkili olup olmayacağı incelenmeksizin reddedilmesine ilişkin Anglo-Amerikan Sisteminin taraftar olduğu mutlak yasak yaklaşımıdır¹¹¹

Bu yaklaşım çeşitli teorilerle desteklenmeye çalışılmaktadır. Güvenilmezlik teorisine göre, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delil güvenilmez olduğu için kabul edilemez¹¹². Koruma teorisine göre, bu şekilde usulsüz elde edilen delillerle sanığın karşılaşacağı dezavantajlı duruma karşı korunma sağlanacaktır¹¹³. Caydırma (disiplin altına alma teorisi)'ne göre hukuka aykırı delilin yargılamada kabul edilmemesi ile bu yöntemlere başvurmayla ilişkin özel, genel, sistematik caydırıcı etkide bulunmuş olunacaktır¹¹⁴. Yargının haysiyeti teorisi ise Olmstead v. Birleşik Devletler davasında hâkim Brandeis'in belirttiği ceza muhakemesinin bölünmezliği ilkesine dayanmaktadır. Bu teoriye göre, mahkemeler soruşturma evresinde delillerin nasıl elde edildiği sorununa değinmekle yükümlüdür¹¹⁵. Bu davada¹¹⁶ kaçakçılıkla suçlanan Roy Olmstead, yargı kararı olmaksızın federal memurların evine ve evinin yakınındaki caddeye döşenen ses kayıt aletleri ile dinlenir ve buradan elde edilen delillere dayanılarak mahkûm edilir. Mahkeme bu şekilde elde edilen delilin kullanılmasının susma hakkını ihlal etmediğini, burada konuşmaların zorla ya da hukuka aykırı olarak yönlendirilmediğini belirtir. Mahkemenin kararına muhalefet şerhi koyan Brandeis'e göre ahlak, güvenlik ve özgürlük vatandaşlar kadar devlet görevlilerinin de uyması gereken kurallardandır. Bir hukuk devletinde kurallara titiz bir şekilde uyulmazsa, devletin varlığı tehlikeye düşer. Suç bulaşıcıdır. Eğer devlet kural yıkıcı olursa, bu hukuka aykırılığı besler. Herkesin kendi kurallarını koymasına

¹¹¹ Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, Erol Güngör Yüksel, **Deliler, Çapraz Sorgu ve İspat**, Ankara, Yayın Matbaacılık, 2008, s. 672.

¹¹² Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, s. 440; Bıçak, Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi, s. 250.

¹¹³ Bıçak, Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi, s. 251.

¹¹⁴ Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, s. 442.

¹¹⁵ Bıçak, Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi, s. 255.

¹¹⁶ 277.U.S.438 (1928).

ve anarşiye neden olur. Devletin bir suçlunun mahkûmiyetini sağlama amacıyla suç işleyebilmesinin korkunç karşılığı olacaktır.

Hukuka aykırı delillerin mutlak olarak değerlendirilemeyeceğine temel oluşturan teorilerin her biri çeşitli nedenlerle eleştirilebilir. Örneğin güvenilmezlik teorisi kabul edilirse, hukuka aykırı delilin güvenilir başka delillerle desteklendiği takdirde kabul edilmesi gerekecektir¹¹⁷. Özellikle, kişinin iradesinden bağımsız elde edilen fiziksel delillerin çoğunun diğer birçok delile nazaran doğruluk payı daha yüksektir. Koruma teorisi de sanık haklarını korumayı amaçlayan hükmün ihlali ile elde edilen delil arasında nedensellik bağı bulunmadığı takdirde uygulanamayacaktır¹¹⁸. Örneğin, *Parris v. Kıbrıs* kararına¹¹⁹ konu olan olayda bir kadın şüpheli bir şekilde ölür. Her ne kadar kocası intihar ettiğini iddia etse de kadının ailesi bu konunun şüpheli olduğu gerekçesiyle kadının otopsisinin yapılmasını isterler. Bu inceleme neticesinde kadının intihar etmemiş, bir kişi tarafından öldürülmüş olabileceği sonucuna ulaşılır. Bunun üzerine kadının ailesi kadının cesedi üzerinde ikinci bir inceleme yapılmasını talep etmişse de bu reddedilmiştir. Bunun üzerine bu red kararını iptal ettirmek yerine, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığının ve polisin sözlü emri ile ceset üzerinde ikinci bir inceleme yapılır. Bunun sonucunda da ölen kadının kocası olan başvuru yargılanıp 15 sene hapis cezasına mahkûm edilir. Başvuru ölen karısı üzerinde yapılan ikinci incelemenin hukuka aykırı olduğu ve mahkûmiyetinin sadece bu hukuka aykırı delile dayandığı gerekçesiyle itiraz eder. AİHM, bu kararında adil yargılanmanın zedelenip zedelenmediğini incelerken tüm koşulları değerlendirmiştir. Buna göre somut olayda mahkemenin dayandığı tek delil bu ikinci inceleme değildir. Başvurucunun itiraz hakkı vardır. Üstelik ulusal hukukta ihlal edilen kural sanığın menfaatini korumaya yönelik değildir. Bu nedenle AİHM bu olayda adil yargının ihlal edilmediği sonucuna varır. Yani burada delil elde etmeye ilişkin ihlal edilen kural sanık haklarını korumaya yönelik olsa idi, diğer koşullar da bulunduğu takdirde yargılanmanın gayri adil hale geldiği söylenebilecekti. Yargıtay'a göre ise, hakları

¹¹⁷ Bıçak, *Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi*, s. 250.

¹¹⁸ Bıçak, *Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi*, s. 251.

¹¹⁹ "*Parris v. Kıbrıs*", (Başvuru No. 56354/00), Karar Tarihi 4 Temmuz 2002.

hatırlatılmaksızın beyanı alınan ve beraat ettirilen sanığın, hakları hatırlatılmış olsaydı, suçunu ikrar etmesi ve cezalandırılması ihtimali dikkate alındığında, CMK m. 147’de yer alan kurallar sadece sanık lehine değildir¹²⁰. Dolayısıyla Türk hukukunda hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinde koruma teorisinin geçerli olmadığını ileri sürebiliriz. Caydırma teorisi de kolluğun mahkûmiyet elde etmede menfaati olmadığı, bu hususun maaşını ya da meslekte yükselmesini etkilemediği yönünde eleştirilse de¹²¹; polis alt-kültürünün, soyutlanma özelliğinden dolayı her yeni delili ve ikrarı başarı olarak gördüğü ileri sürülmektedir¹²². Polise göre, kendisinden gizlenecek bir şey olamaz; kişi ikrarda bulunmayarak gerçeğin ortaya çıkmasını geciktirmekle topluma zarar vermektedir¹²³. Yine, mutlak yasak yaklaşımlarının ispat kuvveti yüksek delilerin dışlanmasına neden olacağı¹²⁴; kolluğu aşırı şekilde sınırlandıracağı; basit ve teknik usulsüzlüklerin varlığı halinde bile önemli delillerin dışlanmasına neden olacağı; hatta kolluğun bu durumu suiistimal edebileceği (bazı suçluları kurtarmak için kasıtlı olarak usulsüz davranma gibi) yönünde eleştirilmektedir¹²⁵.

Amerikan hukukunda Yüksek Mahkeme çeşitli nedenlerle mutlak değerlendirme yasağına bazı istisnalar getirmiştir. Yüksek Mahkemeye göre¹²⁶ hukuka aykırı elde edilen delillerin dışlamasına ilişkin kural, kişi tarafından ileri sürülebilecek anayasal bir hak değildir. Birleşik Devletler v. Leon kararında¹²⁷ makul şüphe olmaksızın verilen arama kararının uygulanması suretiyle elde edilen deliller, memurların sadece hâkim kararını uyguladığından iyi niyet istisnası olarak kabul edilmiştir.

¹²⁰ CGK, 19.12.1994-6-322/343. Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 220.

¹²¹ Bıçak, **Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi**, s. 252, 253.

¹²² Füsün Sokullu-Akıncı, **Polis: Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi: Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları**, İstanbul, Bilgiç Matbaası, 1990, s. 159.

¹²³ Sokullu-Akıncı, **a.g.e.**, s. 160.

¹²⁴ Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil**, s. 53.

¹²⁵ Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, s. 445; Bıçak, **Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi**, s. 256.

¹²⁶ Birleşik Devletler v. Calandra, U.S. 338 (1974).

¹²⁷ 468 U.S. 897 (1984).

Birleşik Devletler v. Williams¹²⁸ davasında da polisin kendi davranışlarının yetkili olduğu hususunda iyi niyetli davranması halinde delilin yargılamada kullanılabilmesi belirtilmiştir. Yürürlükteki yasaya göre yapılan işlemle elde edilen delil de bu yasanın yürürlükten kalkmasıyla hukuka aykırı hale gelmez¹²⁹. Diğer bir istisna kaçınılmaz buluştur.

Nix v. Williams davasında¹³⁰ mahkeme hukuka aykırı sorgu ile elde edilen delile, bu sorgu olmasaydı da ulaşmak mümkün idiyse bu şekilde elde edilen delilin kabul edilmesi gerektiği belirtmiştir. Bu davaya konu olan olayda 10 yaşındaki bir kız çocuğu kaybolur ve bunun üzerine başvuru yapılan Davenport, Iowa'ya mahkemeye çağrılır. Polis başvurucuya avukatına danışma hakkı olduğunu söyler ve onu sorgulamadan Des Moines'e araba ile geri gönderir. Fakat yolculuk sırasında polislerden biri başvuru ile sohbete başlar. Başvuru bu sohbet esnasında kendini suçlayan ve çocuğun nerede olduğuna dair açıklamalarda bulunur. Bu arada zaten çocuğa ulaşmak için 200 gönüllü ile arama yapılmaya devam edilmektedir. Bu arama başvuru tarafından yapılan açıklama ile son bulur. Başvurucunun yönlendirmesi ile çocuğun cansız bedenine ulaşılır. Yargılamada başvuru çocuğun cansız bedeni ve ilgili diğer delillerin otomobil yolcuğu sırasında hukuka aykırı olarak ondan elde edilen açıklamaların meyvesi olduğu gerekçesiyle kullanılmasına itiraz eder. Fakat mahkeme kaybolan kızın yeri ve durumu hususundaki delile başvuru açıklama yapmasaydı da yapılan arama neticesinde zamanında ulaşılabilmesini ileri sürerek itirazını reddetmiştir.

New York v. Quarter kararına¹³¹ göre, kamu güvenliğini koruma amacıyla hukuka aykırı elde edilen delilin muhakemede kullanılmasına izin verilmelidir. Bu davaya konu olan olayda bir kadın kendisine tecavüz eden kişiyi teşhis ettikten sonra polis memuru şüpheliyi bir süpermarkette takip eder. Başvurucunun üstünü arar ve boş bir tabanca kılıfına rastlar. Bunun üzerine polis silahın nerede olduğunu sorar.

¹²⁸ 622 F.2d. 830 (5th Cir. 1980), 101 S. Ct. 946 (1981).

¹²⁹ Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil, s. 40; Tony D. Tague, "Good Faith and The Exclusionary Rule: Demise of the Exclusion Illusion", **The Amerikan University Law Review**, Vol. 30, s. 883.

¹³⁰ 467 U.S. 431(1984).

¹³¹ 104 S.Ct. 2626 (1984).

Başvurucu da silahın yerini söyledikten sonra silaha ulaşılır. Ardından polis onu resmi olarak yakalayıp, haklarını bildirir. Her ne kadar silahın yeri sorulmadan önce şüpheliye hakları konusunda aydınlatma yapılmamış olsa da, mahkeme kamu güvenliği gerekçesiyle bu şekilde elde edilen delili kabul eder.

People v. Willis¹³² davasına konu olan olayda ise zengin sayılabilecek bir kadın aniden kaybolur ve kaybolmasından günler yapılan araştırmalar neticesinde söz konusu kadının en son görüldüğü yerde sanığın da bulunduğu ve bir süre sonra kadının arabasını ele geçirip bu arabayla kaza yaptığı bilgisine ulaşılır. Onyediy yaşındaki sanık polis tarafından yakalanmasının ardından susma hakkından feragat etmeyi reddeder. Polis yine sanığı hakları konusunda aydınlatarak sorgulamayı devam ettirmeye ve bu surette halen yaşadığından şüphelendiği söz konusu kadın hakkında yeni bilgi edinmeye çalışır. Sanık bu ikinci sorgusunda konuşmayı kabul eder. Yaptığı açıklamada kadının arabasını, o arabanın dışında iken çaldığını itiraf ederken kadının nerede olduğunu bilmediğini söyler. Günler sonra kadının cesedi bulunur. Bu davada belirtildiği üzere kural olarak, sorgu öncesi hakları konusunda aydınlatılan sanığın susmayı tercih etmesi durumunda sorgusu sona erer ve bu kişinin bir daha sorgusunun tekrarlanmaması gerekir. Fakat mahkeme bu kurala acil durumlarda istisna tanınabileceğini, bu olayda bir rehinenin kurtarılması amaçlanmaktadır, bu şekilde yapılan sorgu neticesinde elde edilen delilin kullanılmasının mümkün olduğunu kabul etmiştir. Zira susma hakkı sanığın sorguyu yönlendirme hakkını da sağlar¹³³. Bu nedenle sorguyu yönlendirme hakkını sınırlandırma aslında susma hakkına da bir müdahale teşkil eder.

Burdeau v. McDowell kararına¹³⁴ göre, hukuka aykırı delillerin kullanılmamasına ilişkin kural kamu makamlarının duruşma öncesi davranışları ile ilgilidir; kamu makamları dışındaki kişiler tarafından hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin dışlanması gerek yoktur.

¹³² 104 Cal. App. 3d 433 [163 Cal. Rptr. 718] (1980).

¹³³ Mahmut Koca, **Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı**, (Doktora Tezi), İstanbul 1998, s. 355.

¹³⁴ 256 U.S. 465 (1921).

Alderman v. Birleşik Devletler¹³⁵ davasına konu olan olayda ise başvuruçular eyaletler arası ticarete yönelik ölümcül tehditlerde bulunmaktan dolayı mahkûm edildikten sonra içlerinden birinin işyerinin devlet tarafından elektronik olarak izlendiği fark edilmiştir. Fakat bu söz konusu kişinin cezası onandığı gibi kendisi de ölmüştür. Bu nedenle diğer başvuruçular bu şekilde elde edilen delilin kullanılmasına itiraz etmiştir. Fakat mahkeme sanığı suçlayıcı olan delilin hukuka aykırı elde edilmesini önlemeye ilişkin anayasal kural ile bu şekilde delilin kullanımına itiraz etmeyen bir tarafın hareketi üzerine delilin kullanılmaması arasında önemli bir fark olduğunu belirtir. Delil elde edilmesi sırasında ihlal edilen normun sadece 3. kişinin menfaatine ilişkin olması durumunda, bu şekilde elde edilen delilin kullanılabileceği sonucuna varır.

Nardone v. Birleşik Devletler davasına¹³⁶ konu olan olayda sanık ilgili kanuna aykırı olarak dinlenmiş ve bu şekilde elde edilen delile dayanılarak mahkûm edilmiştir. Bu kararda, ihlal ile delilin elde edilişi arasındaki nedensellik bağının zayıf olması durumu hukuka aykırı delillerin uzak etkisinin bir istisnası olarak kabul edilmiştir.

Wong Sun v. Birleşik Devletler¹³⁷ davasına konu olan olayda başvuruçular dolandırıcılık, hukuka aykırı olarak uyuşturucu madde ithal edilmesine yardım ve yataklık etmek suçları nedeniyle mazur görülebilecek nedenler ve makul şüphe olmaksızın yani hukuka aykırı olarak yakalanmıştır. Fakat mahkeme bu suçlardan dolayı yapılan yargılamada başvuruçunun yakalanması sırasında odasında yaptığı açıklamaları, üçüncü kişiden temin ederek polise eroin teslim eden kişilerin ve yakalandıktan günler sonra her bir başvuruçunun imzalı beyanlarını hukuka aykırı yakalamanın bir sonucu olmadığı gerekçesiyle kabul eder.

Silverthorne Lumber Co., Inc. v. Birleşik Devletler davasına konu olan olayda¹³⁸ başvuruçular suç işlediği gerekçesiyle yakalanıp gözaltına alınır. Bu sırada Adalet Bakanlığı temsilcileri ve Birleşik Devletler polis şefi başvuruçuların şirketine

¹³⁵ 394 U. S.165 (1969).

¹³⁶ 308 U.S. 338 (1939).

¹³⁷ 371 U.S. 471 (1963).

¹³⁸ 251 U.S. 385 (1920).

gider ve oradaki tüm belgeleri alır. Tüm çalışanlar da ifade vermek üzere alınır. Bu yapılanların hukuka aykırı olduğu yönündeki itiraza karşın, başvurucular aleyhine elde edilen delillerin yanlışlıkla ele geçirildiği ileri sürülür. Çünkü arama kararı geçersizdir. Buna rağmen Bölge Mahkemesi bu belgelerin orjinallerini iade ederek fotokopilerine el koyar. Daha sonra başvuruculardan bu belgelerin orjinallerini teslim etmeleri istenir. Başvurucular bu kararı anayasal haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle uygulamaz. Bu nedenle para cezasına çarptırılır ve hapsedilir. Mahkeme anayasanın korumasının sadece fiziksel el koymaya yönelik olduğunu, devletin söz konusu şeyler üzerinde hukuka aykırılık incelemesi yapmasını engellemeyeceğini belirtmiştir.

Michigan v. Tucker davasında¹³⁹ ABD Yüksek Mahkemesi, Miranda uyarıları yapılmaksızın elde edilen açıklamaların meyvesinin sadece bu uyarı yapılmadığı için güvenilir addedilemeyeceği sonucuna varmıştır.

Oregon v. Elstad davasında¹⁴⁰ Miranda uyarıları yapılmamış olan sanık açıklamada bulunur, daha sonra kendisine bu uyarılar yapılır ve kişi ilk açıklamasıyla bağlantılı ikinci bir açıklama yapar. Mahkeme, ikinci açıklamanın güvenilir delil elde etme amacına hizmet nedeniyle kabul edilebileceğine karar vermiştir¹⁴¹.

New York v. Quarles davasında¹⁴² mahkeme, silahlı tecavüzcünün markette silahsız yakalanması ve Miranda uyarıları yapılmaksızın, polis silahın yerine ilişkin sorusuna verdiği cevabı, bu şekilde elde edilen silahı ve açıklamaları kamu güvenliği gerekçesiyle kabul eder.

Missouri v. Seibert davasında¹⁴³ mahkeme ilk olarak Miranda uyarılarını kasten yapmaz ve daha sonra ilk elde edilen itirafı yazılı hale getirmek için Miranda

¹³⁹ 417 U.S. 433, 449 (1974).

¹⁴⁰ 470 U.S. 298, 308 (1985).

¹⁴¹ Skinnider, **a.g.e.**, s. 23.

¹⁴² 467 U.S. 649 (1984).

¹⁴³ 542 U.S. 600 (2004).

uyarılarında bulunur. Mahkeme Elstad kararını burada uygulamaz ve buna istisna tanır.

Birleşik Devletler v. Patane davasında¹⁴⁴ mahkeme yine yasak ağacın meyvesi hususuna değinerek, Miranda uyarılarının yapılmamasına karşın bu şekilde elde edilen açıklamaların meyvelerini kabul eder¹⁴⁵.

Dickerson v. Birleşik Devletler davasında Yüksek Mahkeme, Miranda davasındaki uyarının unsurlarının anayasal kural olarak yorumlanmasını amaçlar¹⁴⁶.

Amerikan mahkemelerinin hukuka aykırı deliller konusundaki bu yaklaşımları nedeniyle Nemo Tenetur ilkesinin sorgu odalarında şüphelinin polis tarafından gerçekleştirilen istismarı önlemede yeterince başarılı olamadığı; yalan ve hilenin polis merkezlerinde en çok uygulanan yöntemlerden biri olmaya devam ettiği belirtilmektedir¹⁴⁷.

Türk hukukunda sanığın kendisine isnad edilen suçu işleyip işlemediği konusunda vicdani kanaatiyle sonuca varacak hâkimin, bu konuda serbest olmasına karşın, hukukun çizdiği sınırları aşarak, delil yasaklarını ihlal ederek hüküm vermemesi gerekir¹⁴⁸. Bu nedenle yasak sorgu yöntemleri kullanılarak elde edilen delilin doğrudan ya da dolaylı, sadece ceza muhakemesinde değil, hiçbir muhakemede kullanılmayacağı ileri sürülmektedir¹⁴⁹. Ayrıca bu görüşe göre, hukuka aykırılığa kasten veya taksirle neden olunmasının önemi de yoktur¹⁵⁰. Bu yöntemlere dayanan ifadenin hükümle arasında nedensellik bağı aranmaksızın,

¹⁴⁴ 542 U.S. 630 (2004).

¹⁴⁵ Skinnider, **a.g.e.**, s. 24.

¹⁴⁶ Skinnider, **a.g.e.**, s. 25.

¹⁴⁷ Lucero v. Kerby, 133 F.3d 1299, 1311 (10th Cir.); 118 S. Ct. 1684 (1998); Green v. Scully, 850 F.2d 894, 904 (2d Cir. 1988); State v. Smith, 573 N.W.2d 515, 519 (S.D. 1998); United States v. Baldwin, 60 F.3d 363, 365 (7th Cir. 1995) (Posner, J.), vacated, 517 U.S. 1231 (1996); United States v. Rutledge, 900 F.2d 1127 (7th Cir. 1990) (Posner, J.), Witt, **a.g.e.**, s. 917.

¹⁴⁸ Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, s. 122; Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 267; Şen, **a.g.e.**, s. 159.

¹⁴⁹ Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, s. 33; Öztürk, v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 372; Koca, **a.g.e.**, s. 126, 127; Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 58.

¹⁵⁰ Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, s. 29.

sadece bu nedenle kullanılmaması gerektiği; yasak sorgu yöntemlerinin de amacının değerlendirme yasağı yerine bu yöntemlerin uygulanmasını engellemek olduğu belirtilmektedir¹⁵¹. Elde edilen ifadenin sanığın lehine ya da aleyhine olmasının da önemi olmayıp¹⁵²; hukuka aykırılık basit de olsa bu delilin kullanılmaması gerektiği vurgulanmaktadır¹⁵³. Ayrıca delil yasaklarının iddia ve savunma makamlarının lehine ya da aleyhine olmasının durumu sonucu değiştirmeyeceği ileri sürülmektedir¹⁵⁴. Fakat burada işkence ile elde edilen delilin işkenceye maruz kalan kişi dışındakilerin aleyhine kullanılıp kullanılmayacağına da kısaca değinmek gerekir. Delil işkence muhatabının kendisi ya da kanunen suçlamaya zorlanamayacağı kişilerin aleyhine kullanılmadığı takdirde kendini ve yakınlarını suçlamaya zorlanma yasağı ya da ikrar kuralları devreye girmez. Zira bunların uygulanması için gerekli şart eksiktir. Bu şekilde elde edilen deliller herhangi bir delilin geçerlilik şartlarına tabidir ki güvenilirlik de bunlardan biridir. İşkenceye maruz kalan birinin, bu muameleden kurtulmak için çoğu zaman suçu ikrar yolunu bile tercih ettiği dikkate alındığında, başka birini suçlaması öngörülmeyecek bir netice değildir¹⁵⁵. Bu nedenle işkence ile kişinin kendisini veya yakınlarını değil de bir başka kişiyi suçlayıcı açıklamalarının da güvenilir olduğu söylenemez. İşkence muhatabı kişi suçu bir başkasına atma yolunu tercih ederek acılarını dindirmeye çalışabilir. Bu nedenle işkence ile elde edilen açıklamalara her zaman şüpheyle yaklaşılmalıdır. İşkence yasağının mutlak olduğu da göz önünde tutulduğunda bu şekilde elde edilen delilin hiçbir şekilde kullanılmaması gerekmektedir.

3. Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirmede İlimli Yaklaşım

Kıta Avrupası temelli olan ilimli yaklaşıma göre, hukuka aykırı elde edilen delillerde ihlal edilen normun koruduğu hak, menfaat ile toplum çıkarlarını koruma arzusu yani çatışan menfaatler arasında denge kurulmaya çalışılır¹⁵⁶. Bu nedenle

¹⁵¹ Koca, **a.g.e.**, s. 132.

¹⁵² Koca, **a.g.e.**, s. 132.

¹⁵³ Koca, **a.g.e.**, s. 140.

¹⁵⁴ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 497.

¹⁵⁵ Tobias **a.g.e.**, s. 358.

¹⁵⁶ Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 672.

hukuka aykırı elde edilen delilin yargılamada kullanılabilmesine ilişkin karar verebilmek için somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapılacaktır¹⁵⁷.

Bu yaklaşımda hukuka aykırı deliller mutlak ve nisbi olmak üzere ikiye ayrılır. Mutlak yasak deliller hâkimin de kullanması, başvurusu yasak olan delillerdir. Örneğin, tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilerin bu hakları hatırlatılmaksızın elde edilen açıklamaları hâkim tarafından kullanılamaz ise de¹⁵⁸ daha sonra bu hakkı bildirilen tanık, bu hakkının varlığını bilseydi de tanıklıktan çekinmeyeceğini söylemekte ise verdiği ifadenin hükme esas alınabileceği belirtilmektedir¹⁵⁹. Alman Yüksek Mahkemesi, tanıklıktan çekinen tanığın beyanının diğer deliller aracılığıyla pekiştirilmesi gerekeceği ve mahkûmiyet kararının sadece buna dayandırılmayacağından hareket ederek, bu sınırlarla mahkemelerin tanıklıktan çekinen tanığın beyanının değerlendirilebileceğine karar vermiştir¹⁶⁰. Fakat tanığın tanıklıktan çekinme hakkı olmamasına rağmen hataen böyle bir hakkı olduğu söylenirse ve tanık da buna dayanarak tanıklıktan çekinirse bu durum bir temyiz nedeni oluşturur¹⁶¹. Zira CMK m. 288/1'e göre, bir hukuk kuralının uygulanmaması ya da yanlış uygulanması hukuka aykırılık teşkil eder.

Mutlak yasak delilin varlığı değerlendirme yasağına neden olur, bunun için herhangi bir illiyet bağı aranmaz. Yasak ifade alma ve sorgu yöntemleri ile elde edilen deliller¹⁶² ve ifadeyi ya da sorguyu yapacak olan kişinin şüpheli ya da sanığa

¹⁵⁷ Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, s. 446, 447; Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil*, s. 53; Bıçak, *Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi*, s. 256, 257.

¹⁵⁸ Öztekin Tosun, **Ceza ve Medeni Muhakeme Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti**, İstanbul, Yenilik Basımevi, 1976, s. 50.

¹⁵⁹ Önder, **a.g.e.**, s. 914; Claus Roxin, "İspat Hukukunun Esasları", çev. Yener Ünver, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 8, 2005/2, s. 281.

¹⁶⁰ Ladewig, **a.g.e.**, s. 41, 42.

¹⁶¹ Önder, **a.g.e.**, s. 915.

¹⁶² Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 228, 229; Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, s. 43; Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Genel Kısım**, s. 817; "İncelenen dosyaya göre; belediyede temizlik işçisi olarak çalışan maktûlün her zamanki gibi, olay günü de saat 01.00 civarında evine geldiği, kapının, karısı olan sanık M. tarafından açıldığı, ardından yemek yediği ve sabah saat 10.00 sıralarında öldüğünün M. tarafından komşulara duyurulduğu dosya kapsamı ile sabittir. Tanık S. dışında görgü tanığı bulunmayan olay tartışmalı olup, tam olarak açıklığa kavuşmamıştır. Öyle ki; öncelikle olay gecesi evde olduğuna ilişkin kuşku bulunmayan ve olayı görmediğini duymadığını söyleyen M. den şüphelenilmiş, nitekim baştan itibaren sanık muamelesi gören M., 27.2.2002 tarihinde tutuklanmış, 8.3.2002 tarihli iddianame ile de

ifade ve sorgu sırasında sahip olduğu hakları bildirmemesi durumu da mutlak bir değerlendirme yasağını sonuçlar¹⁶³. Bu şekilde alınan ifadenin sadece şüpheli ya da

kocasını öldürmekten hakkında kamu davası açılmıştır. Başlangıçta diğer sanıklara yönelik bir kuşku oluşmamıştır. Ne zaman ki, olay gecesi evde olduğu anlaşılan, M. ile maktülün müşterek çocukları 1995 doğumlu S., anneannesinin yanından amcası D. tarafından alınmış, bundan sonra D., S.'nin olay hakkında bilgisi olduğundan bahisle, onun söylediklerini teyp kasetine kaydederek C. Savcısına getirmiştir, o zaman diğer sanıklar hakkında da kovuşturma başlatılmıştır. Çünkü kasetteki kayda göre, S. dayıları, C. ve E. 'nin suçlamakta, öldürücü hareketi ise dayısı C. 'nin yaptığını söylemektedir. S. 'nin benzer beyanları C. Savcısı huzurunda da 21.5.2002 tarihinde tekrar etmesi üzerine, C. ve E. aynı gün gözaltına alınmışlar ve 24.5.2002 tarihine kadar gözaltında tutulmuşlardır. 24.5.2002 tarihinde her ikisinin de kolluk tarafından ifadeleri alınmak istenmiş, ancak her ikisi de kollukta susma hakkını kullanacaklarını, C. Savcısına ifade vermek istediklerini belirtmişlerdir. Aynı tarihte sanıklar C. Savcısı huzurunda hazır edilirken, bir kolluk görevlisi ile C. arasında geçen konuşmalarla, C. 'nin kendisinin de yardımı olmakla birlikte suçu E.'nin işlediği şeklindeki ikrarlarını kapsayan ve gizli çekildiği anlaşılan video kaseti C. Savcısına sunulmuştur. Bu kasetteki görüntülerin 21.5.2002 ile 24.5.2002 arasındaki bir tarihte çekildiği anlaşılmaktadır. Sonuçta, soruşturmanın devam eden aşamalarında her iki sanıkta suçu inkar etmiş, C., kasetteki mülakatı işkence görmekten korktuğu için yaptığını söylemiştir. Mahkeme, belirtilen delillere istinaden hüküm kurmuştur. Şu halde, yerel mahkeme hükmünü üç önemli delile dayandırmıştır. Bu delillerden birincisi, küçük S.'nin konuşmalarının yer aldığı ve amcası D. tarafından kaydedilen teyp kasetidir. İkincisi, S.'nin kasetteki kayıtları teyid eden aşama ifadeleri, üçüncüsü ise polis tarafından C. 'den habersiz olarak gizli kamera ile kaydedilmiş olan, C.'nin ikrarını havi video kasetidir.

Gerekçeli kararın 4. sayfasının son para.grafındaki ifade aynen şöyledir: "... C.'nin görüntülü kasete alınan oluş kısmında açıklanan ikrarının baskıya dayalı olduğu ve ifadenin usule uygun şekilde alınmadığı yolundaki savunmaları yerinde değildir, bilirkişi ve taraf vekilleri hazır olduğu halde mahkeme heyetince kasetin izlenmesinde ifadesinin alınması sırasında ve öncesinde zabıtaca sanık C.'ye herhangi bir baskı yapılmadığı ifadesine başlarken biraz tutuk olduğu, 5-10 saniye sonra rahat bir şekilde adeta amacına ulaşmış bir insanın iç huzuru içerisinde olayı anlattığı görülmüştür ... bu nedenlerle sanıklar vekilinin bu yöne ilişkin savunmaları kabule şayan görülmemiştir." Yine gerekçeli kararın 4. sayfasının 3. para.grafının son cümleleri şu şekildedir: "... Olay mahallinin görüntülenmesiyle ilgili kaset çözümü ve sanık C.'nin poliste ikrarı ve olayın oluşunu açıklayan konuşması ile ilgili görüntü kasetinin çözümü hakkında tespit tutanağı ve kasetin heyetçe izlenmesinde görüldüğü üzere tanık S.'nin anlatımlarıyla esas itibarıyla örtüşmektedir, bu durumda tanık S.'nin ifadesine itibar edilmemesi yönündeki savunma yerinde görülmemiştir." Buradaki ifadelerden, C.'nin ikrarını içeren video kasetinin hükme esas alındığı, suçun sübutu, sanıkların suç içerisindeki etkinlikleri ve iştirakin derecesinin münhasıran bu delile dayandırıldığı, dosya içerisinde mevcut olduğu belirtilen diğer delillerin bu delili destekleyen yan deliller olarak değerlendirildiği görülmektedir.

3842 Sayılı Kanun ile değişik CMUK.' nun 135/a maddesi yasak sorgu yöntemlerini tarif etmiştir. Madde aynen şöyledir. "İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü muamele işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni ve ruhi müdahaleler yapılamaz. Kanuna aykırı menfaat temin edilemez. Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez." Yine 3842 Sayılı Kanun ile değişik CMUK nun 254/2. maddesinde; "Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz" hükmü yer almaktadır.

Bu düzenlemeler karşısında yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen delillere itibar edilerek mahkûmiyet hükmü kurulamayacağı açıktır.

Dosyadaki olayda, sanık C. kollukta ifade vermeyeceğini açıkça belirtmiştir. Buna rağmen, kendisiyle sohbet havasında yapılan mülakatın habersiz olarak videoya kaydedilmesi suretiyle, sanık aldatılarak özgür iradesiyle savunma yapması engellenmiştir. Bu nedenle, yasak sorgu yöntemleriyle elde edildiği anlaşılan video kasetin delil olarak hükme esas alınması mümkün değildir." 1. CD., E. 2003/3819, K. 2004/299, 16.2.2004.

¹⁶³ Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 223; Koca, **a.g.e.**, s. 135.

sanık aleyhine olan kısımlarının değil, tümünün geçersiz kabul edilmesi gerekir iken¹⁶⁴; bunlar dışında hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delilin, istisnai olarak, hüküm verilirken kullanılabilmesi belirtilmektedir¹⁶⁵. Yargıtay'a göre mutlak delil yasağı durumunda bile sanık lehine olan kaidelere muhalefetin hükmün bozulmasını gerektirmediği de dikkate alınmalıdır, bu durumda sanık beraat etmişse sadece mutlak delil yasağına aykırılık nedeniyle hüküm bozulmamalıdır¹⁶⁶.

Mutlak delil yasağı kapsamına giren deliller başka bir suç işlendiğine dair başlangıç şüphesi ve bu yolla soruşturmanın başlanabilmesi için dahi kullanılamayacaktır¹⁶⁷. Diğer bir görüşe göre, yasak ifade alma veya sorgu yöntemleri ile bu suretle elde edilen ifade arasında nedensellik ilişkisi yoksa bu ifade delil olarak değerlendirilebilir¹⁶⁸.

Nisbi yasaklı delillerin ise, gerek belirlenmesi gerekse de kullanımını açısından doktrinde tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Hukuka aykırılığın, delilin sadece elde edilmesi işlemine veya biçimine bağlı olduğunda nisbi yasaklı delil söz konusu olacağı ve bu delillerin aksi açıkça belirtilmediği takdirde hâkim tarafından kullanılabilmesi belirtilmektedir¹⁶⁹. İhlal ile illiyet bağı ve etkilenme gücü gibi hususlar dikkate alınarak hükmün bozulup bozulmayacağına karar verilecektir¹⁷⁰. Bu yaklaşıma göre nisbi delil yasağına aykırılık sonucunda elde edilen şüpheli veya sanığın ikrarına dayanılarak ele geçirilen delillerin bu ikrar olmaksızın da elde edilmesi mümkün idi ise, bu ifade değerlendirilebilecektir¹⁷¹. Zira hâkim kararı olsaydı ele geçirilebilecek olan delillerin, bu yola başvurulmadan elde edilmesi

¹⁶⁴ Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 226.

¹⁶⁵ Yenisey, "Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil, s. 34.

¹⁶⁶ Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 672.

¹⁶⁷ Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, s. 35.

¹⁶⁸ Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 228.

¹⁶⁹ Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Genel Kısım**, s. 817. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.6.2007 tarih, 2007/7-147 E., 2007/159 K. sayılı kararında "Hukuka aykırı elde edilen delil, sanığın ikrarı, ürünlerin raflarda satışa hazır yakalanması ve bilirkişi raporu ile desteklenmektedir. Arama sırasında ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulunması halinde de delillerin takdirinde herhangi bir farklılık meydana çıkmayacaktır. CMUK'nun 97/2. maddesine aykırı davranılması sonucu elde edilen hukuka aykırı kanıt, ceza yargılamasında kullanılamayacaktır."

¹⁷⁰ Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, s. 43; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 690.

¹⁷¹ Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 187.

suretiyle hâkimin yetkisinin elinden alınmaması gerekir¹⁷². Yine bu nedenle örneğin, arama için hâkim kararı gerekli olduğu hallerde arama kararı olmaksızın kolluk tarafından konutta yapılan arama sonucunda elde edilen deliller suçun ispatında kullanılabilir, fakat bunu gerçekleştiren kolluk görevlisine ceza verilecektir¹⁷³. Fakat bu şekilde elde edilen deliller başka bir suça ilişkin ise, bu yeni suçun kovuşturması için ancak başlangıç şüphesi taşıyacağı, şüpheli veya sanığın diğer suç için yine susma hakkına sahip olacağı ileri sürülmektedir¹⁷⁴.

Nisbi delil yasakları yaklaşımında usulsüz elde edilen bir delilin kabulü hususunun kesinlikten uzak olmasının önceden tahmin etmeyi engelleyeceği, hâkimin bu şekilde verdiği kararların denetim dışı kalacağı belirtilerek bu görüş eleştirilmektedir¹⁷⁵.

Bu belirsizliği engellemek amaçlı çeşitli kriterler ileri sürülmüştür. Bu kriterlerden biri de delilin güvenilirliğidir¹⁷⁶. AİHM yargısına göre, soruşturma aşamasında ceza muhakemesi kurallarının ihlali ne kadar daha az ciddi ise, delil o derecede güvenilirdir¹⁷⁷. Yani delil elde etme kurallarına yönelik ağır bir ihlal yoksa delil güvenilir kabul edilebilir.

Bir diğer kriter, hukuka aykırılığın meydana getiriliş şeklidir. Usulsüzlük bilerek, istenerek yapılmışsa ve usulsüz elde edilen delil dışında başka delil yoksa bu delil reddedilmeli fakat bu durum dışında, örneğin yanlış anlaşılma halinde delil kabul edilmelidir¹⁷⁸. Örneğin, 69 No'lu eve yönelik arama kararı varken, kolluk yanlışlıkla aynı bina içindeki yan daireyi ya da 96 No'lu daireyi ararsa kasıtlı bir ihlal olmadığı için bu arama sonucu elde edilen deliller geçerli kabul edilecektir.

¹⁷² Tosun, **Ceza ve Medeni Muhakeme Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti**, s. 51, 52.

¹⁷³ Tosun, **Ceza ve Medeni Muhakeme Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti**, 1976, s. 51.

¹⁷⁴ Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 232, 233.

¹⁷⁵ Bıçak, **Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi**, s. 258; Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 231, 232.

¹⁷⁶ Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, s. 448.

¹⁷⁷ Ölçer, **a.g.e.**, s. 89.

¹⁷⁸ Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, s. 449-451.

Nisbi yasaklı deliller için başka bir kriter, önemli bir normun özünün ihlalidir¹⁷⁹. Nisbi yasaklı delillerin varlığı halinde şüphelinin haklarına yönelik ihlalin yargılamayı tümüyle gayri adil hale getirecek derecede ağır olup olmadığına dair tahmin yürütülür ki bu “Külli değerlendirme öğretisi” olarak anılır. Bu öğretiye göre, şüphelinin çekirdek alanına tecavüz eden hakkın ihlali duruşmada telafi edilemeyecekse adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olunur¹⁸⁰. Ağır muhakeme ihlalleri dışında, başka türlü elde edilebilecek delillerin değerlendirilebileceği kabul edilmektedir¹⁸¹. Buna karşın, dürüst yargılanma hakkını zedeleyici nitelikte olan temel sanık hakları sağlanmadan, yetki sınırları aşarak elde edilen veya kanunun önceden elde edilmesini yasaklamış olduğu delillerin, hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil olduğu ileri sürülmüştür¹⁸². Muhakeme bütün olarak değerlendirilmeli ve bunun sonunda adil bir hükme ulaşıyorsa yasak olanlar dışındaki hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş deliller kullanılabilir¹⁸³. Yasak ifade alma ve sorgu yöntemleri ile elde edilen deliller şüpheli ya da sanığın rızası olsa da kullanılamaz¹⁸⁴. Fakat şüphelinin ifadesi tekrar alınabilir, sanık tekrar sorgulanabilir ve herhangi bir hukuka aykırılık olmayan ifade yargılamada kullanılabilir¹⁸⁵.

¹⁷⁹ Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, s. 450, 451.

¹⁸⁰ Ladewig, **a.g.e.**, s. 40, 41; Roxin, **a.g.e.**, s. 274; Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil, s. 38.

¹⁸¹ Roxin, **a.g.e.**, s. 275.

¹⁸² Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil, s. 39

¹⁸³ Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, s. 35; “Kanunlarımızda yasak sorgu yöntemleri kullanılarak elde edilen deliller dışında kalan diğer hukuka aykırı deliller için genel bir değerlendirme yasağı getirilmiştir. Ancak bu hüküm, delilin elde edilmesindeki her türlü hukuka aykırılığın, o delilin değerlendirme kapsamı dışında tutulmasını gerektireceği biçimde yorumlanmamalıdır. Nitekim doktrinde de, elde edilen delillerin basit hukuka aykırılıklar nedeniyle değerlendirme dışında tutulmasının, haksız beraat kararlarının verilmesine ve yargılamanın kilitlenmesine neden olabileceği ifade edilmiştir (Bahri Öztürk, Yenisey, Delil Yasakları, Ankara, 1995, s. 44-45). O halde, anılan hükmün uygulanmasında yargıcin takdir yetkisini kullanabilmesi mümkündür. Yargıç, yasaklanmış deliller dışında, takdir yetkisini kullanıp değerlendirme yaparken, delil elde edilmesi faaliyeti sırasında ihlal edilen kurallar nedeniyle sanığın haklarının ihlal edilip edilmediğine bakmalı, sanığın haklarının ihlal edilmediği hallerde, hukuka aykırı şekilde elde edilen delilleri yargılamada kullanabilmelidir. Sanığın haklarının ihlal edilmesi ise, suçun topluma verdiği zarar ile devlet görevlilerinin sanığa ait hakları ihlal etmelerinden doğan kişisel ve toplumsal zarar karşılaştırılmalıdır. Sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise hukuka aykırı olarak elde edilen deliller yargılamada kullanılmalı, aksi takdirde değerlendirme dışı bırakılmalıdır” CGK., 2005/10-15-29, 15.03.2005.

¹⁸⁴ Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 226.

¹⁸⁵ Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 227.

Alman Yargıtay'ı da sanığın haklarını önemli bir şekilde ihlal etmeyen delillerin kullanılabilmesini belirtmektedir¹⁸⁶. Örneğin, memurun sır saklama yükümlülüğüne aykırı olarak amirinin izni olmaksızın açıklama yaptığında hukuka aykırı yolla elde edilmiş delil vardır fakat bu delilin hüküm verilirken kullanılmaması maddenin amacına aykırı olur. Çünkü sırrın ifşası ile artık aleni hale gelen bir bilginin hükümde kullanılmamasının bir mantığı yoktur¹⁸⁷.

Şüpheli veya sanığın haklarının anlatılmaması durumunda ise, Alman Yüksek Mahkemesine göre Miranda Uyarıları sanığın onurunu ve kişisel haklarını koruma amacı taşıdığından, bu uyarıların ihlali ile elde edilen açıklamalar kullanılamaz¹⁸⁸. Fakat Alman hukukuna göre susma hakkı bildirilmeyen sanık zaten susmuşsa artık hükümde bir hukuka aykırılık olmaz¹⁸⁹. AİHM'e göre de hakları bildirilmeyen sanık bu haklardan bizzat yararlanmışsa, artık adil yargılamanın ihlal edildiği ileri sürülemez¹⁹⁰. Aynı şekilde Clay v. Riddle davasında¹⁹¹ Amerikan Temyiz Mahkemesi yakalanan kişiye Miranda hakları hatırlanmamış olsa da aklayıcı olduğu gerekçesiyle ifadelerini kabul etmiştir. Türk hukukunda da mülga CMUK m. 135 (CMK m. 147)'te yer alan düzenlemenin sanık yararına getirilmiş olup mutlak değerlendirme yasağına neden olmayacağı, ancak hukuka aykırı ifade alma ya da sorgu ile mahkûmiyet arasında nedensellik bağı kurulduğu takdirde bu hükmün bozulması gerektiği belirtilmiştir. Yine bu görüşe göre, sanığa haklarının her defasında tekrar hatırlanmasını gerektiren bir zorunluluk yoktur¹⁹². Susma hakkı konusunda uyarı olmaksızın, bu hakkını bilen şüphelinin verdiği ifadenin değerlendirme yasağı kapsamında olmaması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁹³. Alman yargısına göre, sanığa susma hakkı konusundaki bilgi, sorgusu dışında verilmişse ya da hâkim bu konuda açıkça sanığa bilgi vermemesine rağmen diğer sorularından bu

¹⁸⁶ Koca, **a.g.e.**, s. 121.

¹⁸⁷ Schroeder, Yenisey, Peukert, **a.g.e.**, s. 195; Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 264.

¹⁸⁸ BGHSt 38, at 218-22, Thaman, *The Violation of Constitutional Rights and The Search for Truth in Criminal Trial*.

¹⁸⁹ BGHSt. 25,332, Sarstedt/Hamm. s. 188'den naklen Keskin, **a.g.e.**, s. 179, 180.

¹⁹⁰ Dipnot 37, Şahin, "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirilmeleri Sorunu", s. 94.

¹⁹¹ 541 F. 2d. 456 (4 th Cir. 1976).

¹⁹² Şahin, *Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirilmeleri Sorunu*, s. 88; Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 184.

¹⁹³ Koca, **a.g.e.**, s. 123.

bilgiye ulaşılabiliyorsa bu şekilde elde edilen delil yargılamada kabul edilebilecektir¹⁹⁴. Sanık, hakları hatırlatılmaksızın verdiği beyanı hakları konusunda bilgilendirildikten sonra tekrar ederse, ilk sorgusundaki beyanı da değerlendirme yasağından etkilenmez¹⁹⁵.

Dengeleme yaklaşımına göre, hukuka aykırı elde edilen delile ilişkin kanunda bir düzenleme yoksa polisin davranış tarzı, ihlal edilen hukuki değerin önemi, sanık tarafından gerçekleştirilen suçun ağırlığı, elde edilen delilin davayı sonulandırmadaki etkisi dikkate alınır¹⁹⁶. Soruşturma konusu suç ile usulsüzlük arasındaki dengede söz konusu suçun toplum için doğurduğu tehlikenin ağırlığı da dikkate alınabilir¹⁹⁷. Yabancılar tarafından delil elde etme kurallarına aykırı bir şekilde ele geçirilen delillerin adil yargılama ilkesi ve hükmün meşruluğunun derinden zedelenmesi hali hariç değerlendirme dışı bırakılmaması gerekmekte olduğu da ileri srlmřtr¹⁹⁸.

Koruma amaçlı teoriye göre, dengeleme zaten normun yaradılışında vardır ve mahkeme yeniden dengeleme yapma yetkisine sahip değildir, sadece norma aykırılık olduğu takdirde delili dışlamalıdır. Bilgiyi kontrol hakkı teorisine göre, polisin hareketleri neticesinde özel hayatı ile ilgili bilgileri ifşa olunan sanık, bu şekildeki delilin reddini talep edebilir¹⁹⁹.

Alman doktrininde bu kurallara  önemli istisna tanınmıştır. Bunlardan birincisine göre, sanık ancak yasal olarak korunan menfaatlerinin ihlali durumunda hukuka aykırı olarak elde edilen delilin kullanılmamasını isteyebilir²⁰⁰. İkinci istisnaya göre de, delilin elde edilmesi sırasında hakları ihlal edilen kişi hukuka aykırı delilin kabulüne zamanında açıkça itiraz etmediği takdirde bu hakkını

¹⁹⁴ (BGH NJW 1966, 1718-1719).

¹⁹⁵ (BGHSt, 22, 129), Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 265.

¹⁹⁶ Gless, **a.g.e.**, s. 683.

¹⁹⁷ Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, s. 451.

¹⁹⁸ Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, s. 452.

¹⁹⁹ Gless, **a.g.e.** s. 684.

²⁰⁰ Gless, **a.g.e.** s. 685.

kaybeder. Üçüncü istisnaya göre ise, hukuka aykırılık sadece teknik bir hatadan kaynaklanıyorsa bu şekilde elde edilen delil kullanılabilir²⁰¹.

AİHM ise hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinde ihlal edilen normlara göre farklı yaklaşım benimsemektedir. AİHM, AİHS m. 8'in ihlaline ilişkin iddialara nazaran m. 3 ve 6'nın ihlalini, delillerin kabul edilebilirliği hususunda daha ağır bulmaktadır²⁰². *Gafgen v. Almanya* davasında²⁰³, AİHS m. 3'ün ihlali sonucu elde edilen gerçek delil olarak tanımlanan fiziki delillerin kullanılıp kullanılmayacağı incelenmiştir. AİHM'e göre AİHS m. 3'ün ihlali ile elde edilen delillerin kullanılması davanın diğer şartları dikkate alınmaksızın her zaman adil olmayan yargılama anlamına gelecektir²⁰⁴. Mahkeme bu davada hukuka aykırı delillerin kapsamının tam olarak belirlenmediğine dikkati çeker. Yasak sorgu yöntemleri ile elde edilen delillerle suçlunun yargılanıp mahkûm edilmesinde, mağdurun ve kamunun yararı ile sanığın adil yargılanma hakkı arasında yarışma vardır. Burada AİHS m. 3'ün mutlak olması nedeniyle bu hakka hiçbir şekilde istisna tanınamayacağı ve hiçbir gerekçenin bu hakkın ihlalini haklı çıkarmayacağı belirtilmiştir. AİHS m. 6'da gerek açıkça zikredilen gerekse de bu maddede zımni olarak belirtilen haklar ise ispat kalitesini ve yargılama usulüne uygunluğu sağlama amaçlı olmak üzere çifte fonksiyon görür²⁰⁵. AİHS m. 8'in ihlali ile elde edilen deliller bakımından ise mahkeme daha esnek davranarak, delilin değerini ceza muhakemesi kurallarına uygunluk kriterine üstün tutar ve yargılamanın adil olup olmadığını bu şekilde değerlendirir²⁰⁶.

Nisbi yasaklı delillerin belirlenmesinde bir diğer yaklaşım, delil kurallarına ilişkin düzenlemelerin hukuki niteliğidir. Bu konuda Yargıtay'ın mülga CMUK m. 135 (CMK m. 147)'teki hükmün kamu düzenine ilişkin emredici bir usul kuralı olduğu ve bu nedenle bu kurala aykırı olarak alınan ifade ve yapılan sorgu ile

²⁰¹ Gless, **a.g.e.**, s. 686.

²⁰² F. Pınar Ölçer, "Illegally Obtained Evidence in European Treaty of Human Rights", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, C. 40, S. 57, 2008, s. 90.

²⁰³ "*Gafgen v. Almanya*", (Başvuru No. 22978/05), Karar Tarihi 1 Haziran 2010, para.166.

²⁰⁴ "*Nechiporuk ve Yonkalo v. Ukraine*", (Başvuru No. 42310/04), 21 Nisan 2011, para.259.

²⁰⁵ Ölçer, **a.g.e.**, s. 98.

²⁰⁶ Ölçer, **a.g.e.**, s. 103.

mahkûmiyet arasında illiyet bağı aranmaksızın, hatta söz konusu karar beraat olsa bile bunun usulden bozulması gerektiğini belirten kararları bulunmaktadır²⁰⁷. Ayrıca yine bu görüşe göre, şüpheli ve sanığa hakları her aşamada hatırlatılmalıdır; yani kişi polis, savcılık tarafından ifadesi alınmış ya da sulh ceza hâkimi tarafından sorgulanmış olsa ve duruşmada müdafii hazır bulunsa da haklarının her defa yeniden hatırlatılması gerekmektedir²⁰⁸. Hukuka aykırı ifade alma ya da sorgu yöntemleriyle elde edilen delil dışındakilerin ise CMUK m. 254/2'nin lafzından hareketle sadece hükme esas alınamayacağı belirtilmekle birlikte²⁰⁹; nisbi delil yasağı kapsamına giren delillerin başlangıç şüphesine temel teşkil edebileceği de ileri sürülmektedir²¹⁰. Diğer bir görüşe göre ise, CMUK m. 254/2'de yer alan düzenleme mutlak bir delil değerlendirme yasağı teşkil etmekteydi²¹¹. Burada CMUK m. 254/2 ile onu karşılayan CMK m. 217/2 arasındaki farka değinmek gerekir. CMUK m. 254/2'de soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınamayacağı düzenlendiğinden, bu şekilde elde edilen deliller ile hüküm arasında nedensellik bağının bulunması gerekmekte, hukuka aykırılık sadece hüküm verme noktasında etki etmekteydi. CMK m. 217/2'de ise yüklenen suçun hukuka uygun her türlü delillerle ispat edilmesi gerekliliğine yer verilmiştir. Bu nedenle sadece hükme etki edecek delil değil, ispatta görev alan tüm delillerde hukuka uygunluk şartı aranacaktır. Anayasa m. 38/6'da ise kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceğine yer verilmiştir.

²⁰⁷ Cumhur Şahin, "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirilmeleri Sorunu", **EÜHFD**, 1997, C. 1, S. 1, s. 89.

²⁰⁸ Şahin, Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirilmeleri Sorunu, s. 90.

²⁰⁹ Koca, **a.g.e.**, s. 130, 131; "C.Yargılama Yasasının aynı Yasayla değişik 135. maddesinde öngörülen aydınlanma hakkı ve aydınlatma yükümlülüğüne uyulmayarak ve özellikle susma, savunma ve bir savunmandan yararlanma hakları bildirilmeden yapılan sorgu ve bu sorguyla elde edilen anlatım kanıtı da, kuşkusuz hukuka aykırı bir kanıttır ve değerlendirme yasağı kapsamındadır. Ne var ki, ceza yargılamasının bir başka temel dayanağı da, kamu yararı arasındaki duyarlı dengeyi kollayan ölçülülük ilkesidir. Bu ilke gözetilmez ve kamu yararı birey zararına işletilirse haklar ve değerler örselenir; birey yararı toplum zararına kayırırsa yargılama kilitlenebilir ve dolayısıyla her iki durumda da hukuk barışı tehlikeye düşer. Bu nedenle yasa koyucu, hukuka aykırı kanıtlar için değerlendirme yasağını getirirken, bu tür "kanıtların hükme dayanak" yapılamayacağını, yapıldıkları takdirde hükmün sakatlanacağını (md. 254/2) belirtmekle birlikte, nedensellik bağı arayarak, yasaya aykırılığın konulan hükmü etkilemesi gerektiğini de vurgulamıştır (md. 320/1)." 4. CD., E. 1994/7351, K. 1994/7693, 4.10.1994.

²¹⁰ Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, s. 35.

²¹¹ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 493.

Bu konuda başka bir yaklaşım, maddenin niteliğine yani emredici olup olmamasına bakılmaktan ziyade, konuluş amacına göre değerlendirme yapılmasına yöneliktir. Bu yaklaşıma göre önemli olan husus, hakların hatırlatılması olduğuna göre CMUK m. 135 (CMK m. 147)'in amacı şüpheli ve sanığa haklarının öğretilmesidir. Fakat defalarca sorgulanan sanık artık haklarından haberdar olduğundan ya da haklarından haberdar olduğu kabul edilebileceğinden bu husus insan haysiyetine aykırı sayılmaz²¹². Hakların hatırlatılmasını gerektiren mülga CMUK m. 135, bağımsız delil yasağı olmayıp, diğer delil yasaklarının arasına sokulmuştur. Hakların bilinmemesi kişinin hür iradesinin etkilenmesine neden olur²¹³.

Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi hususundaki yaklaşımlara baktığımızda her üç sistemde de temel sorun şüpheli ya da sanık haklarının mı yoksa maddi gerçeğe ulaşma amacının mı daha üstün tutulacağıdır. Eğer maddi gerçeğe ulaşma amacı tercih edilirse, delil hukuka uygun ya da aykırı elde edilsin yargılamada kullanılabilir; fakat hukuka aykırı delili elde eden kişi cezalandırılacaktır ki kanımızca bu hukuka aykırı delil elde edilmesi hususunda yeterli bir caydırıcılık sağlamaz. Suçun mağduru, suçun sübutu için kamu görevlisine menfaat temin etme suretiyle sanığa işkence uygulanmasına neden olabilir. Hâlbuki bu suretle elde edilen delilin yargılamada kullanılmasının engellenmesi durumunda hukuka aykırı yöntemlere başvurulması cazipliğini yitirecektir. Mutlak red görüşüne göre ise delil kurallarına en ufak bir aykırılık delil değeri yüksek olan bir delilin kullanılmasını engelleyeceğinden, bu durum kötüye kullanılabilir. Bu takdirde de maddi gerçeğe ulaşma hedefine önemli ölçüde zarar verilmiş olunacaktır. Zira ispata ilişkin tüm kuralların sadece sanık haklarını korumayı hedeflediği söylenemez. Tüm bu değerlendirmeler sonucu ılımlı yaklaşımın hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi hususunda en doğru tercih olduğunu ileri sürebiliriz. Fakat bu noktada ılımlı yaklaşımda temel teşkil edecek kriterlerin belirlenmesi konusu gündeme gelir. Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşma amacının istisnası olarak insan hakları dikkate alınmalıdır. Hukuka aykırılık işkence gibi çekirdek insan

²¹² Şahin, Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirilmeleri Sorunu, s. 92.

²¹³ Şahin, Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirilmeleri Sorunu, s. 93.

hakkı ihlalinden kaynaklanıyorsa, bu şekilde elde edilen delil kullanılmamalıdır. Fakat diğer hakların ihlali durumunda AİHM'in yaklaşımı benimsenebilir. Yani bu takdirde yargılamanın tümü dikkate alınmalıdır. İhlal edilen norm, yargılamada buna ilişkin güvenceler, yargılama konusu olan suçun ağırlığı gibi hususlar dikkate alınarak yapılacak değerlendirmede yargılamanın adil olduğu sonucuna ulaşılabiliyorsa, delil hukuka aykırı elde edilmiş olsa da kullanılabilirdir.

B. Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi

Hukuka aykırı deliller ile ilgili incelenmesi gereken hususlardan biri de hukuka aykırı delillerin uzak etkisidir.

Bir delil hukuka uygun olarak elde edilmişse, bu delilin ve bunun vasıtasıyla hukuka uygun elde edilen diğer delillerin suçun ispatında kullanılıp kullanılmayacağına sorun yaşanmaz. Fakat asıl sorun, hukuka aykırı olduğundan ispat konusunda yararlanılamayan delil vasıtasıyla başka delillere ulaşılmışsa, bu delillerin yargılamadaki konumunun ne olacağıdır.

Delil yasaklarının uzak etkisinin geçerli olup olmadığı hususunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Nordone v. Birleşik Devletler davasında²¹⁴ Amerika Yüksek Mahkemesi hâkimi Frankfurter tarafından zehirli ağacın meyveleri teorisi olarak da açıklanan delil yasaklarının uzak etkisi görüşüne göre, kanuna aykırı şekilde elde edilen delil, bu delil vasıtasıyla elde edilen delillere de etki edecek ve onların da kanuna aykırı kabul edilmesine yol açacaktır²¹⁵. Kastigar v. Birleşik Devletler davasında duruşma öncesi aşamada konuşmaya zorlanan kişinin kovuşturulmasına

²¹⁴ 308 U.S. 338 (1939).

²¹⁵ Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 676; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 698; Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Gözaltında Alman İfadenin Önemi ve Delil Değeri", **AÜHF**, C. 57, S. 3, 2008, s. 63; Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 186; Serap Keskin, **Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık**, Ankara, Alfa Basım Yayım, 1997, s. 183; Savaş Vural, Sadık Mollamahmutoğlu, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu: madde 258-424**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1995, s. 1197; Sabine Gless, "Truth or Due Process? The Use of Illegally Gathered Evidence in the Criminal Trial", **German National Reports to the 18th International Congress of Comparative Law**, Washington 2010 Ed. on behalf of Gesellschaft für Rechtsvergleichung by Jürgen Basedow, Uwe Kischel and Ulrich Sieber 2010. XIII, s. 692.

devam edileceği, bu zorlamanın meyvesi olan açıklama ve delillerin kullanılmayacağı belirtilmiştir²¹⁶. Bu karar eleştirilmekte, kişinin ceza tehditi altında doğru söylemeye zorlanmaması fakat eğer zorlanmış ise bu şekilde elde edilen açıklamalarından hareketle ulaşılan diğer delillerin kullanılması gerektiği ileri sürülmektedir²¹⁷. Alman içtihatları ile kabul edilen diğer bir görüşe göre, yasak ifade alma ve sorgu yöntemleriyle elde edilen ifade kullanılmayacak ise de ifade ile ulaşılan diğer deliller başka delillerle desteklendiği takdirde hükme esas alınabilecektir²¹⁸. Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 174/2. maddesinde ise hukuka aykırı delillerin kabul edilmesi hususunda hâkime serbest değerlendirme yetkisi tanınmıştır²¹⁹. Dördüncü bir görüşe göre, hukuka aykırı alınan ifade vasıtasıyla soruşturma ya da kovuşturma organları tarafından bilinen suç hakkında yeni bir delil aracına ulaşılmaması durumunda bu delil aracı kullanılmayacaktır²²⁰. Fakat ulaşılan delil yeni bir suça ilişkin ise ihlali yapan memurun henüz haberi olmadığı bir suç için kasıtlı davranması söz konusu olmayacağından bu şekilde elde edilen delil değerlendirilebilmelidir²²¹. Türk hukukunda, delil yasaklarına ilişkin teoride deliller arasında herhangi bir ayırım gözetilmediğinden, delil yasaklarının uzak etkisinin uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir²²². Kişisel hak ihlallerin önlenmesi için, avukatının varlığında susma hakkının kendisine bildirilmemesi halleri haricinde tüm açıklama veya itiraflar ve bunların meyvelerinde geçerli olmak üzere mutlak bir kural konulması önerilmektedir²²³. Yargıtay Ceza Kurulu'nun 29.11.2005 tarih, 2005/7-144 E., 2005/150 K. sayılı kararına göre *“Hukuk aykırı olarak sanıktan alınan ifadeden veya hukuka aykırı yapılmış bir ev araması sonucu elde edilen delilden yola çıkılarak başka delillere ulaşılabilir. İşte bu durumda ortada hukuka aykırı delil niteliği taşıyan bir ifade veya arama sonucunda elde edilen delil vardır ki bu deliller de yargılamada kullanılamaz. Hukuka aykırı yapılan arama sonucu elde*

²¹⁶ 406 U.S. 441 (1972).

²¹⁷ Akhil Reed Amar, Renée B.Lettow, “First Amendment Principles: The Self-Incrimination Clause” **Faculty Scholarship Series Paper 993**, 1995, s. 859.

²¹⁸ İçel, **a.g.e.**, s. 124.

²¹⁹ Yarsuvat, **a.g.e.**, s. 11.

²²⁰ İpekçioğlu, **a.g.e.**, s. 64.

²²¹ İpekçioğlu, **a.g.e.**, s. 65.

²²² Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 698.

²²³ Stephen C. Thaman, “The Violation of Constitutional Rights and The Search for Truth in Criminal Trial”, (Çevrimiçi) <http://www.law.utoronto.ca/documents /conferences2/Constitutionalism09-Thaman.pdf>, 25 Şubat 2012.

edilen delili yargulamada kullanmamak yeterli değildir. Bu deliller vasıtasıyla elde edilen deliller de hukuka aykırı olduğundan kullanılmamalıdır.”²²⁴. Ancak 29.11.2005 gün, 144/150 sayılı CGK kararı dayanak gösterilerek, sanığın ikrarı ve bu ikrar ile rafta ürünlerin bulunması ve bu delilin bilirkişi raporuyla desteklenmesi halinde sanığın mahkûm edilebileceği belirtilmiştir. Aynı karara muhalefet şerhini yazan S. Çilesiz ve S. Saka isimli hâkimlere göre, “*Sanığın hissettiği bu baskı ve köşeye sıkışmışlık, CMUK’nun 135/a maddesinde sayılan yasak yöntemler arasında bulunmamakla birlikte hukuka aykırı arama ile elde edilen delilden yani arama sonucu bulunan hint kenevillerinin bulunduğu dair tutanağın kendisine her ifade alınışında gösterilmesinden kaynaklanmaktadır. Böylece sanıktan, hukuka aykırı elde edilmiş delil sayesinde itiraf elde edilmiş, sanığın kendisini suçlaması sağlanmıştır. İtiraf dolaylı yoldan hukuka aykırı olarak elde edilmiştir. CMUK 254/2. maddesi hükmüne göre, bu itiraf hükme esas alınmamalıdır*”²²⁵. Şekli şartlar yerine getirilmeden yapılan bir aramanın, hukuken sağlıklı olup olmadığı hususunda, aranılan şahsın bir suç ile itham edilebilmesi için arama yapılacak yere sahte delillerin yerleştirilebileceğinin söz konusu olup olmadığına da üzerinde durulması gerektiği belirtilmektedir²²⁶. Kanımızca delillerin değerlendirilmesi ile ilgili hangi yaklaşım benimsenmiş ise hukuka aykırı delillerin uzak etkisi bakımından da aynıysa geçerli olmalıdır. Eğer hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinde ılımlı yaklaşım uygulanmakta ise delil yasaklarının uzak etkisi bakımından da bu yaklaşımın temel aldığı kriterlere göre sonuca varılmalıdır. Yani bu şekilde elde edilen delil belirli şartlarda kullanılabilir. Mutlak yasak yaklaşımı kabul edilmişse hukuka aykırı delillerin uzak etkisi uyarınca bu şekilde elde edilen deliller de yargulamadan dışlanmalıdır. Fakat bu tür durumlarda bile aslında ana kurala belirli istisnalar

²²⁴ Duygun Yarsuvat, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği, (Çevrimiçi) <http://www.yarsuvat-law.com.tr/articles/article2.pdf>, 22 Şubat 2012, s. 10.

²²⁵ Yarsuvat, **a.g.e.**, s. 10, 11; “Sanığın sonradan değiştirdiği kolluk aşamasındaki ikrara dayalı ifadesinin suç tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan CMUK’nın 135. maddesine aykırı olarak hakları hatırlatılmaksızın alındığı, ayrıca suça konu silahların, hakim veya Cumhuriyet Savcısı tarafından gerçekleştirilmeyen ve ihtiyar heyetinden veya komşularından da iki kişi bulundurulmaksızın CMUK’nın 97/2. madde ve fıkrası hükmüne aykırı olarak sanığın evinde yapılan aramada ele geçirildiği anlaşılmakla, anılan Yasa’nın 254/2. madde ve fıkrası hükmü uyarınca soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı biçimde elde ettikleri delillerin hükme esas alınamayacağı ve belirtilen delillerin dışında mahkumiyete yeter, şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı kanıt da elde edilemediği gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı gerekçe ile mahkumiyetine hükmolunması ... bozmayı gerektirmiştir”, 8. CD., E. 2008/334, K. 2009/15739, 14.12.2009.

²²⁶ Yarsuvat, **a.g.e.**, s.12.

tanınması gerekebilir. Örneğin, yapılan hukuka aykırı bir arama esnasında aramaya dayanak oluşturan suç yerine henüz soruşturma ya da kovuşturma makamlarına intikal etmeyen bir suça ilişkin delil elde edilirse, bu delil yeni keşfedilen suç için başlangıç şüphesine esas alınabilmelidir.

C. Hukuka Aykırı Delillerin Dosyada Kalması Sorunu

Delil yasakları ile gündeme gelebilecek bir diğer sorun da hukuka aykırı elde edilen ve değerlendirilme yasağı bulunan bu delilin dava dosyasından çıkarılması gerekip gerekmediğidir.

Hukuka aykırı ve hükme esas alınamayacak olan delillerin dosyadan çıkarılması gerekip gerekmediğine ilişkin bir görüşe göre, vicdani kanaatinde hâkimi etkilememesi için iddia ve yargı makamının bu delille temasının baştan itibaren olanaksız kılacak düzenleme yapılması gerekir²²⁷. Delilin hukuka aykırı olduğunun ileri sürülebilmesi için ise bu konuda tali bir ceza davası açabilme imkânı kanunla düzenlenmelidir²²⁸. İkinci görüşe göre ise, bu delil dosyadan çıkarılmamalıdır. Zira hukuka aykırı olduğu iddia edilen delilin gerçekten bu nitelikte olup olmadığının da denetimden geçmesi gerekmektedir²²⁹. Ayrıca hâkim delil yasakları davası esnasında hukuka aykırı delillerden yeterince etkileneceği için delilin dosyadan çıkarılıp çıkarılmamasının öneminin kalmayacağı belirtilmektedir²³⁰. Kanımızca hukuka aykırı delilin dosyada kalması durumunda hâkim kararında doğrudan bu delile dayanamayacaksa da, bu delilden etkilenmesi kaçınılmazdır. Fakat diğer yandan, iddia ve yargı makamının bu tür delillere baştan itibaren ulaşmasını engellemek de mümkün değildir. Zira delil incelenmeden hukuka aykırı olup olmadığı bilinemez. Bunun ileri sürülebilmesi için tali bir ceza davası da uygun değildir. Çünkü bu takdirde kimse delilin hukuka aykırı olduğu yönünde bir itirazda bulunmazsa hüküm hukuka aykırı delil esas alınarak verilebilecektir.

²²⁷ Yener Ünver, "Deliller ve Değerlendirilmesi", **Legal Hukuk Dergisi**, S. 32, Ağustos 2005, s. 2904; Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil, s. 58; Şen, **a.g.e.**, s. 209.

²²⁸ Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, s. 480; Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 1480.

²²⁹ Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, s. 45; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 496.

²³⁰ Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 699.

D. Kamu Makamları Dışındaki Kişiler Tarafından Elde Edilen Hukuka Aykırı Delillerin Akıbeti

Hukuku aykırı delil elde etme yöntemleri ve bunların değerlendirilmeleri sorunu ile ilgili gündeme gelebilecek başka bir konu da delil elde etmeye yönelik yasakların sadece kamu makamları tarafından mı geçerli olduğudur.

Belirtmek gerekir ki, delil elde etme yasakları sadece kamu makamları için değildir. Bu yasaklar anayasal birçok hakkı korumaya yönelik olup, herkes için geçerlidir²³¹. Anayasa mahkemesi de çeşitli kararlarında özel kişiler tarafından hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin hükme esas alınmaması gerektiğine karar vermiştir²³². Ayrıca delil yasaklarının sadece kamu makamları tarafından geçerli olması durumunda, bu hususun kamu makamları tarafından kötüye kullanılması söz konusu olabilir. Kamu makamları usulsüz elde ettikleri delilleri, üçüncü şahıslar elde etmiş görüntüsü vererek, bu tür delillerin mahkemede değerlendirilmesine kapı aralayabilir²³³. Kovuşturma makamları sanıkla güven ilişkisine dayanarak üçüncü şahısları kullanabilir ve bu surette sanıktan ikrar elde etmeye çalışabilir. Bu şekilde elde edilen deliller de hukuka aykırılık taşır²³⁴. Nitekim bu konuda başka destekleyici argüman da 5271 sayılı CMK m. 217/2 gösterilebilir. Zira bu maddede “*Yüklenen suç hukuka uygun her türlü delille ispat edilebilir.*” ibaresi yer almaktadır. Dikkat edilirse burada gerek kamu makamları gerekse de özel kişiler tarafından elde edilen hukuka aykırı delillerin herhangi bir ayırım gözetilmeksizin ispat hususunda kullanılması yasaklanmıştır²³⁵. Tutuklu sanığın hücrelerine konulan bir muhbir vasıtası ile dinlenmesi, aldatma ve zor kullanma yetkisinin kötüye kullanılması olarak nitelendirir. Polis tarafından istemesi üzerine, özel bir şahsın şüphelinin konuşmalarını dinlemesinde, ifade alma ve

²³¹ Öztürk, v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 376.

²³² Anayasa Mahkemesi'nin 22.6.2001 günlü, 1992/2 (Siyasi Parti Kapatma) esas ve 2001/2 sayılı kararı, (Bkz., karar için; 5 Ocak 2002 günlü ve 24631 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, C. II, sayı 37, s. 922-1552).

²³³ Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, s. 478.

²³⁴ Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 676; Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 178, 181.

²³⁵ Aynı görüş bkz. Alper Özboyacı, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları (Yargıtay İçtihatları ile)**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayımevi, 2008, s. 24.

hukuka aykırılı sorgu yöntemleri bakımından kanuna aykırılık olmadığına karar verilip, bu tür bir uygulama basit veya orta ağırlıktaki bir suç için yapılırsa, dürüst yargılama ilkesinin ihlal edilebileceği belirtilmiştir²³⁶. Fakat Alman Yüksek Mahkemesine konu olan bir olayda polis, yağma suçu nedeniyle yabancı uyruklu sanığın hemşehrisi E'nin onun bu suça iştirak ettiğine dair verdiği bilgileri elde eder ve E'den polis merkezinde bir tercümanın bulunduğu ortamda sanığı telefonla aramasını ve onu suçunu ikrar etmeye yönlendirmesini ister. Yabancı uyruklu sanık, çevirmen tanığın beyanına dayalı olarak mahkûm edilir ve Yüksek Mahkeme bir suçun aydınlatılması için çok önemli olup, diğer soruşturma yöntemleriyle vakıaların araştırılması suretiyle neticeye ulaşılamayacaksa ya da neticeye ulaşmak önemli ölçüde zorlaşacaksa bu usulün kabul edilebileceğini belirtir²³⁷. R v. Pavic davasında Avustralya Yüksek Mahkemesi, sanığın polis tarafından sorulan sorulara cevap vermeyi reddetmesi üzerine, polisin aynı davada şüpheli sıfatına sahip olan sanığın arkadaşını onunla konuşma yapıp, gizlice kaydetmesi hususunda ikna etmesi suretiyle sanıktan elde edilen itirafı kabul edilebilir bulmuştur²³⁸.

Delil yasaklarının özel kişiler için de geçerli olduğu²³⁹ ileri sürülse de buna birkaç istisna tanınmıştır; hukuka aykırılık özel şahsın kendisine karşı işlenmişse ve insanlık onuru etkilenmedikçe delilin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür²⁴⁰. Ayrıca özel kişiler tarafından elde edilen delillerin hukuka uygunluğu hususunda karar verilirken özel kişinin yaptığı hukuka aykırılığın ağırlığına bakılmalıdır. Çok ağır ihlallerde, işkence durumunda bu deliller kullanılmamalıdır²⁴¹, fakat özel hayata yapılan müdahalede bir hukuka uygunluk sebebi varsa bu delil kullanılabilir. Örneğin, şantaj ya da tehdide maruz kalan kişinin buna ilişkin olarak kaydettiği ses

²³⁶ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 1480.

²³⁷ Roxin, **a.g.e.**, s. 279, 280.

²³⁸ Skinnider, **a.g.e.**, s. 27.

²³⁹ Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 180.; Çınar, **a.g.e.**, s. 41.; Keskin, **a.g.e.**, s. 184; Şen, **a.g.e.**, s. 174.

²⁴⁰ Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil, s. 57.

²⁴¹ Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil, s. 58; Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 675; Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 1479; Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 266; Roxin, **a.g.e.**, s. 288; Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 222; Vural, Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s. 1201.

delil olarak kullanılabilir²⁴². Gerek kamu makamlarının gerekse de özel kişilerin aktif bir delil elde etme faaliyeti olmaksızın tesadüfen ele geçirilen delillerin yasak kapsamında olmayıp kabul edilebileceği belirtilmiştir²⁴³. Berdeau v. McDowell²⁴⁴ davasında Yüksek Mahkeme sadece kamu makamı tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı arama ve el koyma suretiyle elde edilen delillerin kullanılamayacağını belirtmiştir. AİHM²⁴⁵ ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na²⁴⁶ göre ise üçüncü kişiler tarafından hukuka aykırı olarak gizlice elde edilen kişinin kendisini suçlayan beyanını içeren kayıt, mahkûmiyete etki eden tek veya temel delil niteliğinde olmadıkça ve bu delilin inandırıcılığı hususunda makul şüphe bulunmuyorsa delil olarak kabul edilebilir.

Delil kurallarına ilişkin tüm hususları herkesin bilmesi beklenememekle birlikte, bu kişilerin delil toplama yükümlülüğü de olmadığı dikkate alınmalıdır. Zira delil kuralları başta sanık hakları olmak üzere birçok menfaati korumayı amaçlamaktadır. Kanımızca bu nedenle kamu makamları dışında, delil toplayan kişiler de aynı kurallara tabi olmalıdır. Aksi tutum, herkesi kendi davasının adli kolluğu olmasına yöneltecektir.

III. İKRARIN GEÇERLİLİK ŞARTLARI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Nemo Tenetur ilkesi temel olarak kişiden kendini suçlayıcı beyan edilmesine yani suçunu ikrar etmesine yönelik zorlamalara karşı getirilmiş bir önlem olduğundan ikrar kavramı bu ilke ve susma hakkı için önem taşımaktadır. Bu nedenle çalışmamızın bu son kısmında ikrar kavramına, bunun geçerlilik şartlarına ve ceza muhakemesindeki etkilerine değinmek gerekmektedir.

İkrarın ne olduğuna ilişkin çeşitli tanımlar verilebilir. Bir görüşe göre ikrar, şüpheli veya sanığın kendisine isnad edilen suça ilişkin olayları ve bu olaylarda

²⁴² Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 676.

²⁴³ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 500, 501.

²⁴⁴ 256 U.S. 465 (1921).

²⁴⁵ "*Schenk v. İsviçre*", (Başvuru No. 10862/84), Karar Tarihi 12 Temmuz 1988.

²⁴⁶ "*Wischnewski v. Federal Alman Cumhuriyeti*", (Başvuru No. 12505/86), Karar Tarihi 11 Ekim 1988.

oynadığı rolü tamamen kabul ettiğine ilişkin beyan²⁴⁷; başka bir görüşe göre sanığın suçu kısmen ya da tamamen kendisinin işlediğini açıklaması²⁴⁸, diğer bir görüşe göre ise sanığın aleyhine olabilecek vakıaları bildirmesi ve kabul etmesidir²⁴⁹. Terim olarak da, ceza yargılamasına ikrar yerine itiraf teriminin daha uygun olduğu ileri sürülmektedir²⁵⁰.

Doğrudan delil²⁵¹ niteliğinde olan ikrar çeşitli ayrımlara tabi tutulabilir; 1) Sanığın kendiliğinden ikrarı, 2) Sanığın sorgu sırasında sorulan suallere cevap verirken yaptığı ikrar. İkinci bir ayrıma göre; 1) Hâkim huzurunda ikrar 2) Hâkim huzurunda olmayan ikrar²⁵². Üçüncü bir ayrıma göre ise, ikrar ya mutlak yani vakıanın hiçbir şarta bağlı olmaksızın varlığını kabul ya da mukayyet yani sanığın meşru müdafaa hali ya da haksız tahrik altında sorumluluğunu tamamen kaldırmak ya da hafifletmek ister²⁵³ ki bu ikrar müteveli ya da daraltıcı ikrar olarak anılır²⁵⁴.

İkrar diğer deliller içinde en çok sevilen ve elde edilmeye çalışılan delildir. Zira bir suçu kimin ve nasıl işlediğini, fiili gerçekleştiren kişiden başkası daha iyi bilemez. Üstelik ikrar sayesinde diğer delillerin elde edilmesine ilişkin araştırma ve değerlendirme külfetinden kurtarılmış olunacak, soruşturma ve kovuşturma hızlanacak ve kolaylaşacaktır²⁵⁵.

İkrarın değerlendirilmesinde çeşitli kriterler dikkate alınır. İkrarın gerçekleştiği yer, aşama, ikrarı gerçekleştiren kişinin beyanının özgür ve bilinçli olup

²⁴⁷ Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, s. 378.

²⁴⁸ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 458.

²⁴⁹ Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 149; "...Sanığın isnat bakımından önemli görülen olayları beyanıyla kabul etmesi şeklinde tanımlanabilecek olan ikrar...", CGK., E. 2009/7-160, K.2009/264, 17.11.2009.

²⁵⁰ Faruk Erem, **Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu: Şerh**, Ankara, Dayımlarlı Hukuk Yayınları, 1996, s. 525.

²⁵¹ Erol, Yenisey, **a.g.e.**, s. 242.

²⁵² M. Tahir Taner, **Ceza Muhakemeleri Usulü**, 3. bs, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1955, s. 222.

²⁵³ Taner, **a.g.e.**, s. 223.

²⁵⁴ Erem, **Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu: Şerh**, s. 528.

²⁵⁵ Erol, Yenisey, **a.g.e.**, s. 240.

olmadığı, ikrarın güvenilir olup olmadığı, ikrarın hayatın olağan akışına uygun düşüp düşmediği ikrarın delil değeri ortaya konulurken değerlendirilecek hususlardır²⁵⁶.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, diğer unsurları tam olmasına karşın ikrarın yapıldığı merci onun reddini ya da kabul edilmesinin sağlamasında etkindir. Hukukumuzda kolluk önünde gerçekleşen ikrar değil, memurun bu konudaki tanıklığı delil olarak kabul edilmektedir²⁵⁷. Bu da dolaylı tanıklıktır. Zira tanıklık yapan memur olayı beş duyu organıyla bizzat kavramamış olup, şüpheliden öğrenmiştir. Zabıta önünde yapılan ikrar delil değildir, fakat bu memurlar tanık olarak değerlendirilebilmektedir. Böylece ikrarın samimiyeti anlaşılacaktır²⁵⁸. Kolluğun cezaevi dışında çeşitli aygıtlar kullanarak konuşmaları elde etmesi halinde, bu şekilde elde edilen delilin kanunun aradığı tipe uygun delil olmadığından hareketle tek başına hakim kararına temel olamayacağı ileri sürülmekte iken²⁵⁹; mahkeme önünde yapılan ikrar ise diğerlerine üstün bir delil sayılmaktadır²⁶⁰.

İkrar, ilk bakışta kişinin kendi beyanı olması nedeniyle diğer delillere nazaran üçüncü bir kişinin dış müdahalesinden etkilenme olasılığı en az olanı gibi görülse de, aksine, belki de güvenilirliği en çok tartışmalı olan delillerden biridir²⁶¹. Kişi, çeşitli nedenlerle işlemediği bir suçu üstlenebilir. Örneğin, kişi işlemediği bir suçu ikrar ederek, sevdiği birini kurtarmayı ya da bir menfaat elde etmeyi amaçlayabilir²⁶². Kişi alkolik, melankolik, ya da isterik olduğu için yalan bir ikrarda bulunabilir, görme ve işitme halüsinasyonları nedeniyle işlemediği bir suçu işlediği kanaati

²⁵⁶ CGK., 29.11.2005, 7-144/150, Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 659; Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, s. 378.

²⁵⁷ Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 150.

²⁵⁸ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 1379. "...ikrar, eylem hakkında en çok bilgisi bulunanın beyanı olması, soruşturmayı esaslı surette kolaylaştırması, özgür iradeyle verilip gerçeğe de uygun olduğunun saptanması halinde yargıcın vicdani kanaatinin oluşumunda olumlu katkısının bulunması itibarıyla önemli bir sübut vasıtasıdır", CGK, 29.11.2005.

²⁵⁹ Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Genel Kısım**, s. 805, 806.

²⁶⁰ Faruk Erem, **Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku**, Ankara, Işın Yayıncılık, 1986, s. 375.

²⁶¹ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 458.

²⁶² "...sanık İmam'a aynı evde birlikte oturan, yaşı küçük ve bekar olan sanık Esen'in, yöredeki sosyal ve kültürel yapı gereği, diğer sanık büyük kardeşini cezadan kurtarmak amacıyla, suçu üzerine almaya yönelik, başkaca yan kanıtlarla desteklenmeyen soyut ikrarına itibar edilerek, mahkumiyetine karar verilmesi", 10.C.D.,08.02.2005, 24873-1169, Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 120; 1. CD. 04.05.1994,497-1345, Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 137.

kendisinde oluşabilir. Daha ağır bir suçtan kurtulmak için aynı anda işlenmiş başka ve daha hafif bir suç kendisi işlemiş gibi itiraf ederek olay anında daha hafif suçun işlendiği yerde, bulunduğu izlenimini vermek için bilinçli olarak bir suçun itiraf edilmesi şeklinde beyanda bulunulması mümkündür. Örgütlü suçlarda örgütün iç hiyerarşisinde daha üst seviyede yer edinmek için de işlemediği suçü üstlenebilir²⁶³. Tüm bu nedenlerle modern ceza sistemleri ikrara şüpheli yaklaşır. Kıta Avrupasında ikrar kendiliğinden muhakemeyi sona erdirmez, hâkim ikrarı vicdani kanaatine göre değerlendirir ve ikrarı inandırıcı bulmazsa sanığı beraat ettirebilir²⁶⁴. Anglo-Amerikan sisteminde ikrarın kabul edilebilir olması için iradi, güvenilir olması ve diğer delillerle desteklenmesi gerekir²⁶⁵.

İkrarın değerlendirmesinde kaynağını İngiliz hukukundan alan gönüllülük ve Amerikan hukukundan alan doğrulama olmak üzere iki doktrin gündeme gelir²⁶⁶.

Şüphelinin sorgusu sırasında zorla, gönüllü olmayan itiraflar elde etmeye yönelik suiistimalleri önlemeyi amaçlayan ve bu nedenle işkence ve benzeri zorlama olmaksızın elde edilen gönüllü itirafları kabul eden²⁶⁷ gönüllülük testi ilk kez 1783'te The King v. Warickshall davası ile gündeme gelmiş, bundan yüzyıl sonra Amerikan Yüksek Mahkemesi Hopt v. Utah davasında gönülsüz ikrarın dışlanması gerektiğini vurgulamıştır²⁶⁸. Bram v. Birleşik Devletler davasında Yüksek Mahkeme, Amerikan Anayasası 5. Ekte yer alan susma hakkının zoraki ikrarları da kapsadığını²⁶⁹, Brown v. Mississippi davasında ise gönülsüz itirafın dürüst yargılanma hakkını ihlal ettiğini belirtmiştir²⁷⁰.

²⁶³ Ünver, Deliller ve Değerlendirilmesi, 378, 379.

²⁶⁴ Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, s. 66; Schroeder, Yenisey, Peukert, **a.g.e.**, s. 224.

²⁶⁵ Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, s. 67; “ Sanığın duruşma sırasında 16.03.2005 tarihli savunmasında “...elimle bir kez onun koluna vurdum” şeklindeki ikrarı ile 01.06.2005 tarihli duruşmada dinlenen tanık Sultan’ın “katılanın sövmesi üzerine sanığın katılana bir defa vurdu.” Şeklindeki tarafsız beyanından atılı suçun gerçekleştiği anlaşılmasına rağmen aksi kanaatle yazılı şekilde hüküm kurulması”, 2. CD. 14.12.2006, 7077-20280, Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 97.

²⁶⁶ Talia Fisher, Issachar Rosen-Zvi, “The Confessional Penalty”, **Cardozo Law Review** August 2008, s. 882.

²⁶⁷ Fisher, Rosen-Zvi, **a.g.e.**, s. 882.

²⁶⁸ 110 U.S. 574 (1884).

²⁶⁹ 168 U.S. 532 (1897).

²⁷⁰ 297 U.S. 278 (1936).

Gönüllü ikrardan bahsedebilmek için şüpheli/sanığın haklarına tam olarak vakıf olması²⁷¹, ikrarın sonuçları hakkında yeterince aydınlatılması ve iradeyi sakatlayan herhangi bir etkene maruz kalmaması gerekmektedir. Gönüllü, bilinçli ve akıllı bir feragat, uyarıların bürokratik olarak okunması veya anayasal hakların kapsamı ve etkileri tam olarak bilinmemesi durumunda olmaz.²⁷² Özgür iradeye dayanmayan beyan başka delillerle desteklense de hüküm verilirken kullanılamaz²⁷³. Aynı sanığın ikrarlarından biri özgür iradeye dayanıyor diğeri dayanmıyorsa, özgür iradeye dayanan ikrarının da hüküm verilirken kullanılmayacağı, ikrarın gizlice kaydedilmesinin de özgür iradeyi engelleyeceği belirtilmektedir²⁷⁴. Zorla elde edilen ikrarın muhakemede geçerli olamamasının nedeni, onun suç olması değil, muhakeme hukukunun bu işlem için yasada öngördüğü tipe uygun olmamasıdır²⁷⁵. Bu nedenle kanunlarla bir suç ile itham edilme anından itibaren yargılamanın çeşitli evrelerinde şüpheli ve sanığın haklarına ve muhakemenin gidişatına yönelik aydınlatılması zorunluluğu getirilmiştir. İradenin sakatlanmasının engellenmesi amaçlı olarak da çeşitli çözümler önerilmektedir. Bunlardan biri de sorgunun gerçekleştiği koşulların tespit edilebilmesi için sorgunun elektronik olarak kaydedilmesidir²⁷⁶.

Doğrulama teorisi ise, yanlış ikrarı temel alan yanlış mahkûmiyet olasılıklarını azaltmaya yöneliktir²⁷⁷. Bu nedenle bir ikrarın kabul edilebilmesi için bu ikrarın kendisinden bağımsız diğer delillerle doğrulanması gerekmektedir²⁷⁸. Bunu sağlama amaçlı olarak çeşitli alternatifler ileri sürülmektedir. Bunlardan birincisine göre, bir ikrarın kabul edilebilmesi için suç oluşturan bir durumun gerçekleştiğine ve kapsamına ilişkin bir dış delile sahip olunmalıdır²⁷⁹. Diğerine göre ise polisin soruşturmayı etkin bir şekilde yürütebilmesi görevi olduğundan, aynı polise bir de şüphelinin haklarını koruma görevi de yüklenmemelidir. Şüphelinin

²⁷¹ Fisher, Rosen-Zvi, a.g.e., s. 883.

²⁷² Jack C. Basham, Guy A. Sibilla, "Criminal Law: Private Rights and Public Interests in the Balance", *William and Mary Law Review*, Vol. 20, 1979, s. 683.

²⁷³ Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil, s. 44.

²⁷⁴ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, a.g.e., s. 1381; Haynes v. Washington, 373 v.s. 503.515/1963 ve (Payne v. Arkansas 356 v.s. 560.561 1958) Schroeder, Yenisey, Peukert, a.g.e., s. 185.

²⁷⁵ Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Genel Kısım**, s. 803.

²⁷⁶ Fisher, Rosen-Zvi, a.g.e., s. 888.

²⁷⁷ Fisher, Rosen-Zvi, a.g.e., s. 882.

²⁷⁸ Fisher, Rosen-Zvi, a.g.e., s. 885.

²⁷⁹ Fisher, Rosen-Zvi, a.g.e., s. 885, 886.

haklarından vazgeçmesinin geçerli olması için bunun tarafsız bir konumda olan hâkim önünde gerçekleşmesi aranmalıdır²⁸⁰. Üçüncüsüne göre ise yanlış ikrarın tespiti için uzman tanığın tanıklığından yararlanılmalıdır. Bu şekilde yanlış ikrarlara dayanan yanlış mahkûmiyetler engellenmiş olacak ve ayrıca uzman tanığın eğitimi ve bilgisi sayesinde sorguya ilişkin genel bulgular ve sosyo-bilimsel veriler ile yanlış ikrar arasındaki nedensellik bağı kurulabilecektir²⁸¹. Dördüncüsüne göre, suç mahallinden elde edilen şeyler üzerinde yapılan DNA testleri vasıtasıyla suçu işleyen kişinin kimliği tespit edilip, yanlış ikrarlar sonucu meydana gelebilecek yanlış mahkûmiyetler engellenebilecektir²⁸².

Yargıtay'a göre ikrarın delil olarak kabul edilebilmesi için "...yüklenen suçu işlediğini somut bir olgu olarak ortaya koyan, her türlü şüpheden uzak, yasal ve yeterli herhangi bir kanıtın da bulunmadığının anlaşılması ..." ²⁸³ gerekmektedir. Yine Yargıtay, delillere göre, sanığın soruşturma sırasında alınan ifadesinde suçu ikrar etmesine rağmen gözaltında tutularak duruşmada maddi ve manevi baskıya dayalı olduğunu ileri sürdüğü, hiçbir yan kanıtlarla doğrulanmayan, aksine ölü muayene tutanağındaki fenni bulgularla esaslı çelişkiler içeren ikrarına dayanılarak mahkûmiyet hükmü kurulmasının, ceza muhakemesi hukukunun maddi gerçeğin hiçbir kuşkuya yer kalmaksızın açığa çıkarılması ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir²⁸⁴. Duruşma dışındaki ikrarı içeren tutanak, ikrarı yapan kişiye susma hakkı öğretilmişse, bu kişinin kollukta avukatı bulundurulmuşsa ve ikrar irade serbest iken verilmiş ise, mahkeme önünde delil olabilir. Soyut ikrar mahkûmiyete

²⁸⁰ Fisher, Rosen-Zvi, **a.g.e.**, s. 888.

²⁸¹ Fisher, Rosen-Zvi, **a.g.e.**, s. 889.

²⁸² Fisher, Rosen-Zvi, **a.g.e.**, s. 890.

²⁸³ 10. CD. 15.02.2010, 834/3241. "...O halde, ikrarın hangi aşamada gerçekleştiği ve özgür iradeye dayalı olup olmadığı, ikrarda bulunanın beyanın ciddiyetini ve bundan doğacak sonuçları bilip bilmediği, ikrarın başkaca deliller veya emarelerle desteklenip desteklenmediği, hayatın olağan akışına uygun düşüp düşmediği, kuşkudan arınmışlığını ve belirliliğini zayıflatacak biçimde ikrardan dönülüp dönülmediği gibi hususlar da göz önünde bulundurulmak suretiyle, somut olaydaki ikrarın delil değeri ortaya konulmalı ve ispat sorunu bu şekilde çözümlenmelidir". (CGK.17.11.2009, 7-160/264); "Suçu kabul etme, aleyhine hukuki sonuçlar doğurabilecek maddi ve hukuki vakıanın doğruluğunu kabul etmek demektir. Bu nedenle sanığın suçu kabul etmesinin, delil olarak değerlendirilmesi için maddi hukuka ilişkin delillerden sonra olması, hâkim önünde doğrudan doğruya yapılması, maddi ve manevi zorlamayla elde edilmemiş olması, kendiliğinden doğrudan doğruya yapılması ve kabullenmenin sonradan geri alınmaması gerekir." (CGK. 24.03.1980, 1/121).

²⁸⁴ CGK 1. 7. 1974; İKİD 1975, 3196) Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil, 45.

dayanak yapılamaz (CGK 2. 12. 1991, 1-301/334, YKD 1992), tevilli ikrar da kabul edilemez²⁸⁵. Duruşmadaki ikrar da diğer deliller gibi hâkimin serbest değerlendirmesine tabidir. Sanığın kendi aleyhindeki beyanının tek başına delil olmaması teminat teşkil eder.(CGK 28/10/63 İKİD 64, 2807). Doktrinde ikrarın diğer delillerden üstün olmadığı gerekçesiyle, tek başına delil olma veya bir olguyu ispat gücü tanınmaması eleştirilmekte, delil olarak kabulü ve ispat gücü açısından diğer delillerden farklı kriterlerin aranmaması gerektiği belirtilmektedir²⁸⁶.

İkrarla ilgili iki husus gündeme gelebilir; ikrarın bölünüp bölünemeyeceği ve ikrardan dönülüp dönülemeyeceğidir.

Hâkimin ikrarla bağlı olmaması nedeniyle ikrarın parçalanamayacağı ileri sürülmekle birlikte²⁸⁷, ceza muhakemesinde ikrarın bölünmezliği kaidesi olmadığından, hâkimlerin ikrarın bir kısmını kabul edip, bir kısmını reddedebileceği de ileri sürülmektedir²⁸⁸.

İkrardan dönülmesi hususunda da ikrarın değerlendirilmesi ile aynı doğrultuda hareket etmek gerekir. Ceza muhakemesinde hem delil hem de delili değerlendirme serbestîsini içeren vicdani delil sistemi kabul edilmiştir²⁸⁹. Bu sistemde ikrar kesin delil olmadığı gibi ikrardan dönme de eş ağırlıkta olup, hâkimi bağlamadığından, her zaman ikrardan dönülmesi mümkündür²⁹⁰. Hâkim geri alınmasına rağmen ikrarı geçerli kabul edebilir ya da geri almayı kabul ederek önceki ikrarın samimi olmadığına karar verebilir²⁹¹.

²⁸⁵ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 1378.

²⁸⁶ Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 632.

²⁸⁷ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 1379.

²⁸⁸ Erem, **Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu: Şerh**, s. 527; Erem, **Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 376.

²⁸⁹ Erem, **Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu: Şerh**, s. 546.

²⁹⁰ Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, s. 152; Erem, **Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu: Şerh**, s. 527; Erem, **Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 376; Erol, Yenisey, **a.g.e.**, s. 252.

²⁹¹ Taner, **a.g.e.**, s. 223; “Sanığın yüklenen suçu işlediğini gösterir, sonradan geri aldığı soruşturma aşamasındaki kabullenmesi dışında, hükümlülüğüne yeterli, kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı gözetilmeyerek, beraatı yerine yerinde olmayan gerekçeyle hükümlülüğüne karar verilmesi”, 6. CD. 03.10. 2006, 3152-9153, Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 102.

İkrar ile kendini suçlamaya zorlanma yasağı arasındaki bağlantıya da değinmek gerekir. Kendini suçlamaya zorlanma yasağı, kişinin kendisini suçlamaya zorlanmasını engelleme amacı taşıması nedeniyle ikrar kuralları ile yakından bağlantılı olup, her ikisi de zorlama yolu ile elde edilen delilin kullanılmasını engellemeyi amaçlar. Fakat ikrar kuralları kendini suçlamaya zorlanma yasağına göre daha geniş olup, kişiden zorlama olmaksızın elde edilen her ikrarın otomatik olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Susma hakkı ileri sürülme ya da bundan feragat edilse de ikrar kuralları geçerliliğini korur ve kendisine aykırılık taşıyan açıklamayı dışlar. Yemin altında yapılan tanıklık ikrar kurallarını ihlal etmese de susma hakkını ihlal edebilir. İkrar kuralları sadece şüpheli ve sanığa yönelik iken; susma hakkı, tanıklara da uygulanabilmektedir²⁹².

İkrar başlığı altında değinilmesi gereken başka bir husus da dava pazarlığıdır. Dava pazarlığında savcı sanığa eğer suçunu ikrar eder ve yargılanma hakkından feragat ederse, yargılama yapıp suçlu bulunsaydı alacağı cezadan daha az ceza verileceğine yönelik öneride bulunur. Savcı ya kendisi doğrudan az ceza önerir veya yani hâkime cezayı azaltması hususunda öneride bulunur²⁹³. Savunmanın kabulünün güvenilirliği, suçun yanlış nitelendirilmesi, yargılanma isteği gibi faktörler ceza yargılamasına başvurulması hususunda toplumda çekincelere neden olur²⁹⁴. Dava pazarlığı da suçun ikrarını içerdiğinden, bu konuda da özel kurallara ihtiyaç duyulur. Bu nedenle ABD Federal Ceza Muhakemesi Kuralları'nın 11/d kuralına göre dava pazarlığı sırasındaki sanığın ikrarının kabulü için, sanığın açık yargılamada bizzat bulunması, davayı gönüllü olarak kabul etmesi yani anlaşmadan kaynaklanan herhangi bir zorlama, tehdit veya vadin etkisi altında bulunmaması gerekmektedir. 11/f kuralına göre, mahkemenin dava pazarlığı çerçevesinde sanığın davayı kabulünü değerlendirirken bunun gerçek bir temele dayanıp dayanmadığına da dikkat etmelidir. Yani sanık gönüllü olarak davayı kabul ederse bu durum susma hakkına aykırılık arz etmez. Fakat bu kabulün kendiliğinden geçerli olduğu anlamına

²⁹² John Henry Wigmore, **A Treatise on the System of in Trials at Common Law Including the Statutes and Decisions of All Jurisdictions of the United States and Canada**, Boston, Little, Brown and Company, 1940, s. 3131, 3132.

²⁹³ John H. Langbein, "The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law", **Michigan Law Review**, Vol. 92, March 1994, s. 8.

²⁹⁴ Langbein, **a.g.e.**, s. 17.

gelmeyecektir, mahkeme bunun gerçek bir temele dayanıp dayanmadığını araştıracaktır.

Türk hukukunda dava pazarlığı olmamakla birlikte ön ödeme ve uzlaşma kurumunun ikrarla bağlantısı gündeme gelir. Bir kişi adli hatadan korktuğu ya da zaman kaybetmemek için ödemeyi kabul edebilir. Bu nedenle suçu inkâr eden sanığın ön ödemeye tabi bir suçta önerilen ön ödeme bedelini yatırması ya da uzlaşmaya tabi suçta mağdurun zararını ödemesi, suçun ikrarı anlamına gelmez²⁹⁵.

Görüldüğü üzere ceza muhakemesinde ikrar, kişinin kendisini suçlaması olduğundan kendini suçlamaya zorlanma yasağı ile yakından bağlantılıdır. Zira bu ilke, kişinin kendisini suçlamaya zorlanmasını yasaklamaktadır. Uygulanacak kurallar bakımından bir değerlendirme yapmak gerekir. Kişinin yaptığı açıklama ikrar niteliğinde ise ilk olarak susma hakkının ihlal edilip edilmediğine bakılmalıdır. Eğer ihlal saptanırsa ona ilişkin kurallar uygulanacaktır. Kendini suçlamaya zorlanma yasağına aykırılık yoksa ikrar kuralları devreye girecektir. Bu takdirde ise, her hukuk sisteminin ikrara tanıdığı ağırlığa göre farklı uygulamalar söz konusu olabilecektir. Türk hukukunda delillerin değerlendirilmesi hususunda vicdani kanaat sistemi benimsendiğinden, ikrarın ne olduğu ve ne şekilde değerlendirileceğine ilişkin kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Fakat ikrarın mahkûmiyete esas alınabilmesi için bağlayıcı olmasa da Yargıtay tarafından kriterlere yer verilmiştir. Bizce de ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğe ulaşma olduğundan; herhangi bir baskı olmaksızın elde edilen ikrarın her zaman doğru olabileceği ileri sürülemeyeceğinden, sanığın ikrarına şüphe ile yaklaşılması gerekmektedir. Bu nedenle ikrar diğer delillerle de desteklenmeli ve hayatın olağan akışına uygun olmalıdır. Hâkimin görevi de ikrarın samimi olup olmadığını araştırmak ve eldeki verileri de değerlendirerek sonuca varmaktır.

²⁹⁵ Ünver, Deliller ve Değerlendirilmesi, s. 379; Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 75; Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 815.

SONUÇ

“Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi)” başlıklı üç bölümden oluşan tezimizde ilk olarak bu ilke ve onu tam anlamıyla karşılayan geniş anlamda susma hakkının tanımına, diğer ilkeler ile arasındaki ilişkiye, hukuki niteliğine, kapsamına, sınırlarına, normatif kaynaklarına, temellendirme gerekçelerine, tarihsel gelişimine yer verilmiştir. Yapılan incelemeler neticesinde susma hakkının normatif bir hak olduğu; kişinin kendini ve yakınlarını suçlamaya zorlanmasını ve suçlamayı reddin aleyhe yorumlanmasını yasakladığı sonucuna ulaşılmıştır. Fakat bu hak mutlak değildir. Kişi işkence ve benzeri iradesini sakatlayan yöntemlere maruz bırakılmayacak ise de belirli koşullarda vücudundan delil elde etmede kullanılabilir örnek alınmasına itiraz edemeyecektir. Nitekim Türk hukukunda da delil elde etmek amacıyla kişinin vücudundan örnek alınabileceğine dair düzenlemeler yer almaktadır. Fakat bu düzenlemeler susma hakkının temeli olarak kabul edilen Anayasa m. 38/5’e aykırılık arz etmektedir. Bu maddeye göre kişi kendisi ya da yakınlarını suçlamaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamayacaktır. Yani burada yasaklanan davranış kişinin kendisi ya da yakınları aleyhine ifade vermeye zorlanması değil, delil vermeye zorlanmasıdır yani kişi vücudundan örnek alınmasına yönelik talebe karşı susma hakkını kullanabilecektir. Bu nedenle vücuttan doku, kan ve benzeri ürünlerin alınmasını düzenleyen kanunların Anayasada tanımlanan susma hakkını sınırlandırdığını ileri sürebiliriz. Fakat Anayasada tanınan bir hak ancak yine Anayasadaki koşullara uygun olarak sınırlandırılabilir. Susma hakkının düzenlendiği 38. maddede özel bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Genel sınırlama nedenleri de Anayasanın 14. maddesi ve Başlangıç Kısmındaki ifadelerde yer almakta ve buralarda da susma hakkının sınırlandırılmasına dayanak oluşturan bir neden yoktur. Dolayısıyla vücuttan delil elde etmek için numune alınmasına izin veren düzenlemeler Anayasaya aykırıdır ve Anayasa m. 38/5’te değişikliğe gidilmesi gerekmektedir.

Susma hakkı kişinin susmasının kendi aleyhine yorumlanmamasını gerektirir, sükût ikrar olarak kabul edilemez. Fakat bu, susmayı tercih eden birinin hiçbir şekilde yargılanıp mahkûm edilemeyeceği anlamında da gelmez. Sadece susmanın

özel bir suç olarak düzenlenmesi ya da yargılama sırasında susmanın kişinin suçluluğuna dair bir karine olarak kabul edilmesi Nemo Tenetur ilkesine aykırıdır. Fakat sanık kendisine yöneltilen sorulara cevap vermese de onun suçlu olduğu başka bir şekilde ispatlanabildiği takdirde cezalandırılabilir ve bu durum Nemo Tenetur ilkesi ve susma hakkına aykırılık arz etmez. Zira suçun ispatı sadece kişinin ikrarına bağlı değildir ki ikrar da her zaman mahkûmiyet için yeterli kabul edilmez.

Nemo Tenetur ilkesinin sağladığı susma hakkının geçici ya da kısmi olarak kullanılıp kullanılmayacağı konusu tartışmalıdır. Türk hukukunda tanık susma hakkına dayanarak yargılamanın her aşamasında tanıklıktan çekinebilmekte ve duruşmada tanıklıktan çekindiği takdirde önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamamaktadır. Bu şekilde, tanık cevap vermek istemediği takdirde yalan söylemek zorunda kalmaktan kurtulacaktır ki susma hakkı yalan söyleme hakkını kapsamaz. Fakat kişinin duruşmada konuştuğundan bir süre sonra susma hakkını kullanması durumunda önceki ifadelerinin hâkimin vicdani kanaatine etki etmesi de kaçınılmazdır.

İkinci bölümde ise ilkenin uygulanma şartları ve konu ile ilgili tartışılmalı alanlara değinilmiştir. Kişi bakımından incelendiğinde, kanaatimce, susma hakkından yararlanabilmek için şüpheli ya da sanık sıfatına sahip olmak gerekli değildir. Herkes bu haktan yararlanabilmelidir. Zira susma hakkı adil yargılamanın çekirdeğinde yer alan bir haktır. Aynı şekilde tüzel kişilik bünyesinde işlenen suçlardan dolayı sorumluluğu olacak kişiler de sadece tüzel kişilik bünyesinde olması nedeniyle bu haktan yoksun bırakılmamalıdır. Tüzel kişiler ise ancak ceza sorumluluğu kabul edildiği takdirde susma hakkından faydalanabilmelidir. Zira tüzel kişinin temsilcisi, organı durumunda olan kişi ya da yetkilinin hareketleri tüzel kişinin hareketi sayılıp, tüzel kişinin bu nedenlerle ceza sorumluluğunun varlığının tanınması durumunda, kendisini suçlamaya zorlanamaması da gerekir. Fakat Türk Ceza Hukukunda olduğu gibi ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi uyarınca tüzel kişinin ceza hukuku alanında hareket ve kusur yeteneği kabul edilmiyorsa, kendini suçlamaya zorlanması ve susma hakkı da gündeme gelmemelidir.

Susma hakkına şüpheli, sanık gibi tanık da sahiptir. Bu kişiler susma hakkını gerek kendileri gerekse de belirli derecedeki yakınları için kullanabilirler. Bu yakınların kimler olabileceği kanunda belirtilmiştir. Kanımızca susma hakkı, şüpheli ya da sanıkla belirli derecedeki yakınlarının ilişkilerinin korunması, kişilerin yakınlarını suçlama ile mahkemede doğru söyleme arasındaki çelişkiye maruz kalmaması için sağlanan bir hak olarak kabul ediliyorsa, kanunda sayılan tanıklıktan çekinebilecek kişiler hususunda kıyasın mümkün olması gerekebilir. Fakat tanıklıktan çekinme hakkı bir istisna hükmü olduğundan kıyas mümkün değildir. Üstelik kanunda belirtilenler dışında kalan ilişkiler taraflara yükümlülük veya hak vermezler, yasal olarak tanınmazlar. Bu açıdan düşünüldüğünde taraflar aralarında hak ve yükümlülükler doğuran bir yasal bağ oluşturmayı seçmedikleri için tanıklıktan çekinme hakkından yararlanamamalıdır.

Kişilerin yakınlarını suçlamaya zorlanamaması Türk Ceza Kanunu m. 279, 280, 281’de yer alan suç ihbar suçlarını da gündeme getirir. Kanımızca, kanunda suç tipi açısından özel bir düzenleme olmamasına rağmen Anayasa m. 38/5’te yer alan düzenlemenin ceza hukukunda da uygulama alanı bulması, TCK m. 279, 280, 281’de yer alan suçlar için TCK m. 26/1’deki hakkın kullanılması kapsamında bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Zira hukuk sistemi bir bütündür ve bir alanda hak olarak kabul edilen husus her alanda bu niteliğini korumalıdır. Bu nedenle her suç tipi açısından ayrı bir düzenleme yapılmasına gerek yoktur. Nitekim hukuka uygunluk sebebi teşkil eden haklar her bir suç açısından ayrı ayrı düzenlenmemiştir. Hak herhangi bir kanundan hatta bir sözleşmeden bile doğabildiğine göre, Anayasa m. 38/5’teki yer alan susma hakkı da hakkın kullanılması kapsamında bir hukuka uygunluk nedeni kabul edilmelidir.

Nemo Tenetur ilkesi ceza muhakemesi öncesi, sırası ve sonrası gündeme gelebilir. Ceza Muhakemesi öncesi evrede, idare tarafından yapılan denetimler esnasında kişinin bilgi ve belge vermeye zorlanmayacağı tartışmalıdır. Özellikle mali alanlarda denetimin belge ve kayıt düzenine dayanması nedeniyle, belgelerin de susma hakkı kapsamına alınması, bu alanlarda denetim yapılmasını ve suçla mücadeleyi imkânsız hale getirecektir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve

Amerika Birleşik Devletleri Mahkemeleri İçtihatları kural olarak belge delili için susma hakkının ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir. Fakat Anayasa m. 38/5'teki düzenleme nedeniyle Türk Hukukunda bu şekilde bir yorum yapmak mümkün değildir. Çünkü bu düzenleme beyan vermeyi değil, suçlamaya ve bu yolda delil vermeye zorlanmayı yasaklamaktadır. Bu nedenle ya Anayasa'da susma hakkına ilişkin düzenlemeye yer verilmemeli ya da "*Kimse kendisi ya da kanunda belirten yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya zorlanamaz.*" şeklinde bir değişikliğe gidilmelidir. Aksi takdirde belirli alanlarda devletin denetim yapması engellenecektir.

Ceza muhakemesi sürecinde ortada bir suç işlendiğine ilişkin şüphe ve şüpheli ya da sanık vardır. Bu nedenle susma hakkı ile bağlantılı olarak bu alanda hakların hatırlatılmaması ya da yasak ifade alma ve sorgu yöntemleri gündeme gelebilir. Bunun yanı sıra dava pazarlığı uygulaması ve uzlaşma aşamaları da susma hakkıyla ilişkilidir.

Cezanın infazında da özellikle erteleme ve koşullu salıvermedeki denetimli serbestlik uygulaması sırasında susma hakkı söz konusu olabilir. Zira bu aşamada hükümlünün bir suç işlemesi, suçun niteliği hukuk sistemlerine göre farklılık gösterse de, erteleme veya koşullu salıverme kararın ortadan kaldırılmasına neden olacaktır.

Susma hakkının ceza davalarıyla sınırlı olup olmadığına da değinmek gerekir. Nemo Tenetur ilkesi kişinin kendisini ve yakınlarını suçlamaya zorlanmasını yasakladığından, cezai nitelik taşımayan yaptırımlar için kişiyi zorlamak mümkündür. Zira burada elde edilen deliller kişiyi suçlamayı değil, idari ya da özel hukuk yaptırımını uygulamayı amaçlar. Bu nedenle susma hakkı burada uygulama alanı bulmamalıdır. Fakat buradan elde edilen delil ceza muhakemesinde o kişi ya da yakınının aleyhine kullanılamamalıdır. Aksi takdirde hem haksız fiil hem de suç teşkil eden ya da hem idari yaptırım hem de ceza hukuku yaptırımını gerektiren bir fiil için özel hukuk yargılaması veya idari yargılamaya öncelik tanınarak kişiden kendisini ya da yakınlarını suçlayıcı beyan elde edilmesi sağlanıp, ceza

muhakemesinde bu deliller esas alınarak mahkûmiyet kararı verilebilecektir. Bu takdirde de susma hakkının bir anlamı kalmayacaktır.

Susma hakkı ihlal edilerek elde edilen delilin başka bir ülkedeki ceza yargılamasında kullanılıp kullanılmayacağı konusuna gelince, kanımızca hukuka aykırılığın yabancı bir ülkedeki soruşturma ya da kovuşturma makamları tarafından yapılmasının bir önemi bulunmamalıdır. Zira aksine bir tutum, delil elde etme amacıyla yasak yöntemlerin uygulanması hususunda ülkeler arasında yardımlaşmaya neden olabilir. Üstelik zaten susma hakkını korumaya yönelik kuralların bazılarının özellikle işkence yasağının evrensel geçerliliği bulunmaktadır.

Kimlik hakkındaki bilginin susma hakkı kapsamında korunma görüp görmeyeceği tartışmalı olsa da, kimlik hakkındaki açıklama kişinin kendisi ya da kanunda belirtilen yakınının işlediği bir suçta ihbar anlamına gelmedikten sonra hukuk devletinin bir gereği olarak susma hakkının istisnası kabul edilmelidir. Aynı şekilde, koruma tedbirleri kapsamında hakları hususunda uyarı yapılmaksızın ondan kendisi ya da yakınlarını suçlayıcı delil elde edilmesi de susma hakkının bir diğer istisnası olarak kabul edilmelidir. Zira iletişimin denetlenmesi, teknik araçla izleme ve gizli soruşturmacı kullanılması gibi bazı koruma tedbirleri niteliği gereği gizlidir. Bu nedenle kişinin bu sırada yaptığı açıklamaları, hakları hatırlatılmaksızın elde edilse de kullanılabilir. Fakat bu tedbirler mutlaka kanunda belirtilen şartlara uygun olarak gerçekleştirilmelidir.

Çalışmamızın son bölümünde ise Nemo Tenetur ilkesine aykırılık arz eden durumlar, bunların sonuçları ve ikrarın geçerlilik şartlarına yer verilmiştir. Kişinin belli bir haktan yararlanması onu bilmesine bağlıdır ve bu nedenle şüpheli ve sanığa haklarının hatırlatılması gerekmektedir. Bu yükümlülüğe aykırılık ve yasak sorgu yöntemleri ile hukuka aykırı deliller ve bunların ceza yargılamasına etkisini gündeme getirecektir. Bu konuda çeşitli teoriler ileri sürülmekle birlikte ılımlı yaklaşımın hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi hususunda en doğru tercih olduğunu ileri sürebiliriz. Hukuka aykırılık işkence gibi çekirdek insan hakkı ihlalden kaynaklanıyorsa, bu şekilde elde edilen delil kullanılmamalıdır. Fakat diğer hakların

ihlali durumunda AİHM'in yaklaşımı benimsenebilir yani bu takdirde yargılamanın tümü dikkate alınmalıdır. İhlal edilen norm, yargılamada buna ilişkin güvenceler, yargılama konusu olan suçun ağırlığı gibi hususlar dikkate alınarak yapılacak değerlendirmede yargılamanın adil olduğu sonucuna ulaşılabiliriyorsa, delil hukuka aykırı elde edilmiş olsa da kullanılabilir. Zira bazı durumlarda hukuka aykırı elde edilen delil sanığın yararına da olabilir.

Hukuka aykırı delillerin uzak etkisi hususunda ise hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinde hangi yaklaşım benimsendi ise o yaklaşımın temel aldığı kriterlere göre sonuca varılmalıdır.

Hukuka aykırı delillerle ilgili diğer bir konu da hukuka aykırı delillerin dava dosyasında kalması ve kamu makamları dışındaki kişiler tarafından elde edilen hukuka aykırı delillerin akıbetidir. Kanımızca hukuka aykırı delilin dosyada kalması hâkimi etkileyebilecekse de iddia ve yargı makamının bu tür delillere baştan itibaren ulaşmasını engellemek mümkün değildir. İncelenmeden bir delilin hukuka aykırı olup olmadığı tam olarak bilinemez. Bunun ileri sürülebilmesi için tali bir ceza davası da uygun değildir. Çünkü bu takdirde kimse delilin hukuka aykırı olduğu yönünde bir itirazda bulunmazsa hüküm hukuka aykırı delil esas alınarak verilebilecektir. Bu nedenle hukuka aykırı olduğu şüphesi bulunan delil dava dosyasında muhafaza edilmelidir. Bir diğer konu olan kamu makamları dışındaki kişiler tarafından elde edilen hukuk aykırı delillerin ise, kamu makamları tarafından elde edilmiş gibi aynı kurallara tabi olması gerekir. Zira bu kurallar birçok menfaati korumaya yönelik olduğu gibi aksine bir tutum herkesi kendi davasının adli kolluğu olmasına yöneltecektir.

Nemo Tenetur ilkesi kişinin kendini ve yakınlarını suçlamaya zorlanmasını yasaklamaktadır. Kişinin kendisini suçlaması ise ikrar kavramını gündeme getirir. Kişinin yaptığı açıklama ikrar niteliğinde ise ilk olarak susma hakkının ihlal edilip edilmediğine bakılmalıdır. Eğer ihlal saptanırsa ona ilişkin kurallar uygulanmalıdır. Susma hakkına ilişkin kurallara uyulmuş ise ikrarın kendisi değerlendirilmelidir. Hâkim bu değerlendirmeyi yaparken ikrarın özgür irade ürünü olup olmadığına ve

doğruluğuna Şüphe ile yaklaşarak, ikrarın samimi olup olmadığını araŐtırmalı ve eldeki verileri de değerlendirerek sonuca varmalıdır. Bu konuda hukukumuzda genel olarak kabul edilen görüş mahkûmiyetin salt kişinin ikrarına dayanamayacağıdır. Kanımızca ceza hukukunda kural olarak delil serbestîsi geçerli olduğuna göre delillere ilişkin kurallar koymak mümkün değildir. Önemli olan delilin hukuka aykırı olarak elde edilip edilmediğidir. Delil hukuka uygun ise hâkim vicdani kanaatine göre karar vermelidir.

KAYNAKÇA

- (Yazarı Belirtilmemiş): “Procedural Protections Of The Criminal Defendant- Reevaluation Of The Privilege Against Self-Incrimination And The Rule Excluding Evidence Of The Propensity to Commit Crime” **Harvard Law Review**, Vol. 78, 1964-1965, pp.426-451.
- (Yazarı Belirtilmemiş): “Requiring A Criminal Defendant to Submit to A Government Pyschiatric Examination: An Invasion of The Privilege Against Self-Incrimination”, **Harvard Law Review**, Vol. 83, No. 3, January 1970, pp. 648-671.
- (Yazarı Belirtilmemiş): Doctrine: Confessions, Scientific Evidence, and the Anxieties of the Liberal State” **30 Cardozo Law Review 807, (2008)**, pp. 807-869.
- (Yazarı Belirtilmemiş): Organizational Papers and The Privilege Against Self-Incrimination, **Harvard Law Review**, Vol. 99, January, 1986, pp. 640-654.
- (Yazarı Belirtilmemiş): Testimonial Waiver of the Privilege Against Self-Incrimination, **Harvard Law Review**, Vol. 92, 1979, pp. 1752-1769.
- (Yazarı Belirtilmemiş): The Abrogation Of The Privilege Against Self-Incrimination, **Discussion Paper WP**, No 57, Queensland Law Reform Commission, August 2003.

- Akgündüz, Ahmet: **Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı**, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1986.
- Allen, Ronald J.: “Theorizing About Self-Incrimination”, **Cardozo Law Review**, Vol. 30, 2008, pp. 729-750.
- Amar, Akhil/
B.Lettow, Reed Renée: “First Amendment Principles: The Self-Incrimination Clause” **Faculty Scholarship Series Paper 993**, 1995, pp. 857-928.
- Aristoteles: **Retorik**, çev. Mehmet H. Doğan, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 1995.
- Artuk, Mehmet Emin/
Gökçen, Ahmet/
Yenidünya, Caner: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. bs., Ankara, Turhan Yayınevi, 2010.
- Artuk, Mehmet Emin/
Gökçen, Ahmet/
Yenidünya, Caner: **Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.
- Ashby, Joseph R.: “Declining to State A Name In Consideration Of The Fifth Amendment’s Self-Incrimination Clause and Law Enforcement Databases After Hubel, **Michigan Law Review**, Vol. 104, February 2006, pp. 779-820.

- Ashworth, Andrew: **Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure**, London, Sweet & Maxwell, 2002.
- Ashworth, Andrew: “Self-Incrimination in European Human Rights Law—A Pregnant Pragmatism?”, **Cardozo Law Review**, Vol. 30, No. 3, December 2008, pp. 751-774.
- Atlıhan, Özen: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi”, **AÜHFD**, C. 8, S. 3-4, (2004), s. 291-328.
- Aydın, Devrim: **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, Ankara, Buluş Tasarım ve Matbaacılık Hizmetleri San. ve Tic., 2006, s. 34.
- Basham, Jack C./
Sibilla, Guy A.: “Criminal Law: Private Rights and Public Interests in the Balance”, **William and Mary Law Review**, Vol. 20, 1979, pp. 655- 739.
- Beccaria, Cesare: **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, çev. Sami Selçuk, 2. bs., Ankara, İmge Yayınevi, 2010.
- Bentham, Jeremy: **A Treatise on Judicial Evidence**, London, Messrs, Baldwin, Cradock and Joy, Paternoster-Row, 1825.

- Berger, Maria Noella: “Definig the Scope of the Privilege Against Self-Incrimination: Should Prearrest Silence be Admissible as Substantive Evidence of Guilt”, **University of Illionis Law Review**, Vol. 1999, No. 3, pp. 1015-1044.
- Berger, Mark: “Compelled Self-Reporting and the Principle Against Compelled Self-Incrimination: Some Comparative Perspectives”, **European Human Rights Law Review**, Vol. 1, No. 14, 2006, pp. 25-38.
- Berger, Mark: “Europeanizing Self-Incrimination: The Right to Remain Silent in the European Court of Human Rights”, **Columbia Journal of European Law**, Vol. 12, 2006, pp. 339-381.
- Bıçak, Vahit: “Usülsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi”, **İnsan Hakları Yıllığı**, S. 17-18, 1997, s. 247-259.
- Bıçak, Vahit: **Suç Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Bilz, Kenworthy: “Self-Incrimination Doctrine is Dead; Long Live Self-Incrimination Doctrine: Confessions, Scientific Evidence, and the Anxieties of the Liberal State”, **Cardozo Law Review**, Vol. 30, 2008, pp. 807-869.

- Bohlander, Michael: “Basic Concepts of German Criminal Procedure – An Introduction”, (Çevrimiçi) <http://www.durhamlawreview.co.uk/.../Bohlander>, 25 Şubat 2012.
- Bonventre, Vincent Martin: “An Alternative to The Constitutional Privilege Against Self-Incrimination”, **Brooklyn Law Review**, Vol. 49, 1982, pp. 31-77.
- Centel Nur/ Zafer, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010.
- Chiesa, Luis E.: “Beyond Torture: The Nemo Tenetur Principle In Borderline Cases”, (Çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=1401401>, 22 Şubat 2012.
- Ciardello, Debra: “Seeking Refuge in the Fifth Amendment: The Applicability of the Privilege Against Self-Incrimination to Individuals Who Risk Incrimination Outside the United States”, **Fordham International Law Journal**, Vol. 15, Issue 3, 1991, pp. 722-771.
- Cihan, Erol: “50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu”, **İÜHFİM**, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 133-151.
- Cihan, Erol: “Narko Analiz”, **İÜHFİM**, C. 3, S. 5, 1969, s. 57-90.

- Cihan, Erol/ Yenisey, Feridun: **Ceza Muhakemesi hukuku**, 2. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 1997.
- Cin, Halil/ Akgündüz, Ahmet: **Türk-İslâm Hukuk Tarihi**, İstanbul, Timaş Yayınları, 1990,
- Clapp, Alfred C.: “Privilege Against Self-Incrimination”, **Rutgers Law Review**, Vol. 10, 1955-1956, 541-573.
- Craig, David: “The Right to Silence and Undercover Operations”, **Platypus Magazines**, No. 72, September 2001, pp. 35-44.
- Croquet, Nicolas A. J.: “The Right Of Silence and Not to Self-Incriminate Under The European Convention On Human Rights: to What Extent are They Qualified?”, **Cambridge Student Law Review**, Vol., No. 4, Issue no. 2, 2008, pp. 214-234.
- Çınar, Ali Rıza: “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, **TBB Dergisi**, S. 55, 2004, s. 31-64.
- Dann, B. Michael: “The Fifth Amendment Privilege Against Self-Incrimination: Extorting Physical Evidence From a Suspect”, **Southern California Law Review**, Vol. 43, 1970, pp. 597-630.
- Demirbaş, Timur: “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, **Sair Erman’a Armağan**, 1999, s. 189- 226.

- Demirbaş, Timur: “Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik”, **Legal Hukuk Dergisi**, S. 32, Ağustos 2005, s. 2871-2883.
- DeVries, Delwyn D./
Fisher, Bruce D.: “Limits of Documentary Privilege Against Self-Incrimination”, **The CPA Journal**, April 2003, pp. 62-64.
- Dijkhorst, K van: “The Right of Silence is the Game Worth the Candle?”, (Çevrimiçi)
<http://www.isrcl.org/Papers/van%20Dijkhorst.pdf>, 12 Şubat 2012.
- Donay, Süheyl: **Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları**, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2008.
- Donay, Süheyl: **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Döner, İsa: “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)”, **AÜEHFD**, C. 9, S. 3-4, 2005, s. 63-94.
- Dönmez, Burcu Demren: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007.
- Dönmezer, Sulhi: “Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler”, **Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, 1998, s. 67-74.

- Dural, Mustafa/
Öğüz, Tufan/
Gümüş, Alper: **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005.
- Durrett, H. Steven/
Rosengren, Paul G.: “Evidence New Limitations On The Privilege Against Self-Incrimination”, **California Law Review**, Vol. 64, No. 286, pp. 554-573.
- Dursun, Selman: **Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006
- Dursun, Selman: **Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2010.
- Erdem, Mustafa Ruhan: “Suçu Bildirmeme Suçu”, **TBB Dergisi**, S. 80, 2009, s. 105-120.
- Erem, Faruk: “Susma Hakkı”, **Bursa Barosu Dergisi**, 1980, s. 10-11.
- Erem, Faruk: **Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu: Şerh**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1996.
- Erem, Faruk: **Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku**, Ankara, Işın Yayıncılık, 1986.
- Erem, Faruk/ Toroslu, Nevzat: **Türk Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, Ankara, Savaş Yayınevi, 6. bs., 1994.

- Erman, Sahir: **Bankacılık Suçları, Ticari Ceza Hukuku**, C. V, İstanbul, Nazım Terzioğlu Atölyesi, 1984.
- Eser, Albin: “Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, çev. Nur Centel, **Yargıtay Dergisi**, C. 3, S. 16, 1990, s. 313-338.
- Evik, Ali Hakan: “Susma Hakkı”, **Güncel Hukuk Dergisi**, İstanbul, Aralık 2004, s. 48-49.
- Feyzioğlu, Metin: “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, **AÜHFD**, S. 1-4, C. 48, s. 135-163.
- Feyzioğlu, Metin: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1996.
- Feyzioğlu, Metin: **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002.
- Fisher, Talia/
Rosen-Zvi, Issachar: “The Confessional Penalty”, **Cardozo Law Review** August 2008, pp. 1-48.
- Fox, Dov: “The Right To Silence Protects Mental Control”, **Law and Neuroscience: Current Legal Issues**, Oxford University Press, 2010, pp. 1-26.

- Frasher, William H.: “The Privilege against Self-Incrimination as Applied to Custodians of Organizational Records, **Washington Law Review & State Bar Journal**, Vol. 33, 1958, pp. 435-447.
- Gemalmaz, Haydar Burak: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çapraz Sorgu”, **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3- Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver, Seçkin Yay, Ankara, 2004, s. 393-426.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri I. Cilt: Bölgesel Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri I. Cilt: Bölgesel Sistemler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 7. bs., 2010.
- Gless, Sabine: “Truth or Due Process? The Use of Illegally Gathered Evidence in the Criminal Trial”, **German National Reports to the 18th International Congress of Comparative Law**, Washington 2010 Ed. on behalf of Gesellschaft für Rechtsvergleichung by Jürgen Basedow, Uwe Kischel and Ulrich Sieber 2010. XIII, pp. 675- 709.

- Godsey, Mark A.: “Rethinking the Involuntary Confession Rule: Toward a Workable Test for Identifying Compelled Self-Incrimination”, **California Law Review**, Vol. 93, 2005 pp. 465-540.
- Gökcen, Ahmet: **Belgede Sahtecilik Suçları (5237 s.lı TCK m. 204-212)**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.
- Gölcüklü, Feyyaz: “Sanığın Sorgusu ve Sevk Tarzı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 2, Akıncı Matbaa, Haziran 1955, s. 105-128.
- Gözler, Kemal: **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II**, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011.
- Granfield, Patrick: “The Right to Silence: Magisterial Development”, **Theological Studies**, Vol. 26, 1965, pp. 401-420.
- Green, Michael Steven: “The Paradox of Auxiliary Rights: The Privilege Against Self-Incrimination and The Right to Keep and Bear Arms”, **Duke Law Journal**, Vol. 52 2002, pp. 113-178.
- Green, Michael Steven: “The Privilege's Last Stand: The Privilege Against Self-Incrimination and the Right to Rebel Against the State”, **Brooklyn Law Review**, Vol. 65, 1999, pp. 627- 716.

- Griffin, Lissa: “Is Silence Sacred? The Vulnerability of Griffin v. California in a Terrorist World”, **William. & Mary Bill of Rights Journal**, Vol 15, 2007, pp. 927-961.
- Gümüş, Alper: **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005.
- Harvie, Robert/ Foster, Hamar: “When the Constable Blunders: A Comparison of the Law of Police Interrogation in Canada and the United States”, **Seattle University Law Review**, Vol. 19, 1996, pp. 497-537.
- Hauer, Judith: “Book Review- Lutz Eidam, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts [The privilege against Self-incrimination in Criminal Proceedings at the Beginning of the 21st Century] (2007), **German Law Journal**, Vol. 09, No. 08, pp. 1043- 1052.
- Heinrich, Christoph/
Rauch, Christian/
Wiehrer, Axel: “«Nemo» Tenetur Se Ipsum Accusare?” (Çevrimiçi)
<http://www.ejtn.net/.../Themis%20written%20p>
ap, 22 Şubat 2012.
- Heyd, Uriel: **Studies in Old Ottoman Criminal Law**, London, Oxford at the Clarendon Press, 1973, s. 252.

- Hobbes, Thomas: **Leviathan**, çev. Semih Lim, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 1993.
- Holloway, Matthew Baptiste: “One Image, One Thousand Incriminating Words: Images of Brain Activity and the Privilege Against Self-Incrimination”, **Temple Journal of Science, Technology & Environmental Law**, Vol. 27, No. 1, pp.141-175
- Inbau, Fred E.: “Self-Incrimination What Can An Accused be Compelled to do?”, **The Journal of Criminal Law & Criminology**, Vol. 89, No. 4, 1999, pp. 88-1362.
- Ingram, Roderick R.: “A Clash Of Fundamental Rights: Conflicts Between The Fifth And Sixth Amendments In Criminal Trials”, **William. & Mary Bill of Rights Journal**, Vol. 5, 1996, pp. 299-321.
- İçel, Kayıhan: “Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan**, İstanbul, 1998, s. 121-127.
- İnceoğlu, Sibel: **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2005.
- İpekçioğlu, Pervin Aksoy: “Gözaltında Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri”, **AÜHFD**, C. 57, S. 3, 2008, s. 51-82.

- Jackson, John: “Re-Conceptualizing The Right Of Silence As An Effective Fair Trial Standard”, **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 58, October 2009, pp. 835-861.
- Jackson, John: “The Right of Silence: Judicial Responses to Parliamentary Encroachment”, **The Modern Law Review**, Vol. 57, March 1994, pp. 270-280.
- Kaminsky, Martin I.: “Preventing Unfair Use of The Privilege Against Self-Incrimination in Private Civil Litigation: A Critical Analysis”, **Brook Law Review**, Vol. 39, 1972, pp. 121- 156.
- Kangal, Zeynel Temel: **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003,
- Kanovitz, Jacqueline R.: **Constitutional Law**, United States, Twelfth Edition John C. Klotter Justice Administration Legal Series, 2010.
- Karakehya, Hakan: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, (Doktora Tezi), Eskişehir, 2007.
- Kelly, H. Ansgar: “The Right to Remain Silent: Before and After Joan of Arc”, **Speculum**, Vol. 68, 1993, pp. 992-1026.

- Kemp, John A.: “The Background of the Fifth Amendment in English Law: A Study of Its Historical Implications”, **William & Mary Law Review**, Vol. 1, 1958, pp. 247-286.
- Keskin, Serap: **Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık**, Ankara, Alfa Basım Yayım, 1997.
- Keyman, Selâhattin: **Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970.
- Koca, Mahmut: “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı”, **AÜEHFD**, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 105-146.
- Koca, Mahmut: **Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı**, (Doktora Tezi), İstanbul 1998.
- Kocaoğlu, Serhat Sinan: “Susma Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 69, 2011/1, s. 29-58.
- Koontz, Hal M./
Stodel, Jeffrey C.: “The Scope of Testimonial Immunity under the Fifth Amendment: Kastigar v. United States”, **Loyola Los Angeles Law Review**, Vol. 6, 1973, pp. 350-383.
- Kunter, Nurullah: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978.

Kunter, Nurullah/
Yenisey, Feridun/
Nuhoglu, Ayşe:

Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010.

Ladewig, Hans Mayer:

“Adil Yargılanma Hakkı-II” çev. Hakan Hakeri, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Ankara, Seçki Yayınevi, 2004, s. 87-98.

Lambert, Rosie:

“The Right To Silence Exceptions Relevant to A Criminal Practitioner”, (Çevrimiçi)
http://www.criminalcle.net.au/.../Right_To_Silence... , 24 Şubat 2012.

Langbein, John H.:

“The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law”, **Michigan Law Review**, Vol. 92. March 1994, pp. 1047-1085.

Langbein, John H.:

“Torture and Plea Bargaining”, **The University of Chicago Law Review**, Vol. 46, No. 1978, pp. 3-22.

Leshem, Shmuel:

“The Effects of the Right to Silence on the Innocent’s Decision to Remain Silent”, Preliminary Draft of 6.11.2008, (Çevrimiçi)
<http://econ.tau.ac.il/papers/IO/Leshem-Silence.pdf>, 22 Şubat 2012.

- Levy, Leonard W.: “The Right Against Self-Incrimination: History and Judicial History”, **Political Science Quarterly**, Vol. 84, No. 1, 1969, pp. 1-29.
- Locke, John: **Two Treatises on Government (1680-1690), Book II, Chapter 8, Of the Beginning of Political Societies**, (Çevrimiçi) <http://www.lonang.com/exlibris/locke/loc-208.htm>, 22 Şubat 2012.
- Lushing, Peter: “Criminal Law Testimonial Immunity and the Privilege Against Self-Incrimination: A study in Isomorphism”, **The Journal of Criminal Law & Criminology**, Vol. 73, No. 4, 1982, pp. 1690-1739.
- MacCulloch, Angus: “The Privilege against Self-Incrimination in Competition Investigations: Theoretical Foundations and Practical Implications”, **Legal Studies**, Vol. 26, No. 2, 2006, pp. 211-237.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami: **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Maloney, Richard: “The Criminal Evidence (NI) Order 1988: A Radical Departure from the Common Law Right to Silence in the UK?”, **Boston College International & Comparative Law Review**, Vol. 16, 1993, pp. 425- 465.

- Mannheimer, Michael J. Zydney: “Ripeness of Self-Incrimination Clause Disputes”, **The Journal Of Criminal Law &Criminology**, 2005 by Northwestern University, School Of Law, Vol 95, No. 4, pp. 1261-1323.
- Matters, Simon: “Anything You Don’t Say May Be Given Evidence: Protecting The Interest of Justice or Emasculating A Fundamental Right?”, **Deakin Law Review**, Vol. 4, No. 1, 1997-2000, pp. 49-72.
- Meltzer, Bernard D.: “Required Records, The Mccarran Act, And The Privilege Against Self-Incrimination”, **The University of Chicago Law Review**, Vol. 18, No. 4, 1951, pp. 687-728.
- Meter, Larry A. Van: **Miranda v. Arizona, The Rights of the Accused**, Chelsea House Publishers, 2007.
- Miller, Seumas: “Is Torture Ever Morally Justifiable?” **International Journal of Applied Philosophy**, Vol. 19:2, 2005, pp. 179-192.
- Mosk, Richard/
Ginsburg, M. Tom: “Evidentiary Privileges in International Arbitration”, **International and Comparative Quarterly**, Vol. 50, 2001, pp. 345-385.
- Natapoff, Alexandra: “Deregulating Guilt: The Information Culture Of The Criminal System”, **Cardozo Law Review**, Vol. 30, No. 3, pp. 965- 1021.

- Neumann, Kelly: “A Comparative Study Of The Rule Against Self-Incrimination in Comman and Civil Law Countries, (Çevrimiçi) <http://www.nesl.edu/userfiles/file/wcmemos/2003/kneumann.pdf>, 22 Şubat 2010.
- Ölçer, F. Pınar: “Illegally Obtained Evidence in European Treaty of Human Rights”, **Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul**, C. 40, S. 57, 2008, pp. 65-153.
- Önder, Ayhan: “Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Şahitlikten Çekinme Hakkı”, **İÜHFM**, C. 29, S. 4, 1963, s. 876-932.
- Özbek, Veli Özer: “Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları”, **DEÜHFD**, C.4, S. 2, 2002, s. 57-88.
- Özbek, Veli Özer: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Özboyacı, Alper: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları (Yargıtay İçtihatları ile)**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayımevi, 2008.
- Özgenç, İzzet: “Suç Zanlısı Kişinin Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Sonuçları”, **Hukuk Araştırma Dergisi**, C. 19, S. 1-3, 1995, s. 129-127.

- Özgenç, İzzet/ Şahin, Cumhuri: “İşkence Suçu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S.1- 2, Haziran-Aralık 2000, s. 178-200.
- Öztürk, Bahri: **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, Ankara, AÜSBH İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995.
- Öztürk, Bahri/
Erdem, Mustafa Ruhan: **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Öztürk, Bahri/ Tezcan, Durmuş/
Erdem, Mustafa Ruhan/
Sırma, Özge/
Saygılar, Yasemin F./
Alan, Esra: **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010.
- Pardo, Michael S.: “Self-Incrimination and The Epistemology of Testimony”, **Cardozo Law Review**, Vol. 30, No. 3, 2008, pp. 1023-1046.
- Parlar, Ali/
Hatipoğlu, Muzaffer/
Yüksel, Erol Güngör: **Deliler, Çapraz Sorgu ve İspat**, Ankara, Yayın Matbaacılık, 2008.
- Patton, William Wesley: “The World Where Parallel Lines Converge: The Privilege Against Self-Incrimination in Concurrent Civil and Criminal Child Abuse Proceedings”, **Georgia Law Review**, Vol. 24, 1990, pp. 473-524

- Pieck, Manfred: “Witness Privilege Against Self-Incrimination In The Civil Law”, **Villanova Law Review**, Vol. 5, 1960, pp. 375-401
- Porter, William: “The Constitutional Privilege Against Self-Incrimination-Abolition, Immunity Or Status Quo”, **American University Law Review**, Vol. 4, December 1954, pp. 1-16
- Proskauer, Joseph M.: Corporate Privilege Against Self Incrimination, **Virginia Law Register**, Vol. 17, No. 6, October 1911, pp. 417-425.
- Ramaga, Sally: “The Privilege Against Self-incrimination”, (Çevrimiçi)
<http://www.indymedia.org.uk/en/2005/09/323584.html>, 15 Şubat 2012.
- Redmayne, Mike: “English Warnings”, **Cardozo Law Review**, Vol. 30, No.3, 2008, pp. s. 1047- 1089.
- Redmayne, Mike: “Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 27, No. 2, 2007, pp. 209-232.
- Roxin, Claus: “İspat Hukukunun Esasları”, çev. Yener Ünver, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 8, 2005/2, s. 265-289.
- Rushin, Stephen: “Rethinking Miranda: The Post-Arrest Right to Silence”, **California Law Review**, Vol. 99, 2011, pp. 151-178.

- Seidmann, Daniel/ Stein, Alex: “The Right to Silence Helps The Innocent: A Game-Theoretic Analysis of The Fifth Amendment Privilege”, **Harvard Law Review**, Vol. 114, No. 2, 2000, pp. 430- 510.
- Schroeder, Friedrich-Christian/
Yenisey, Feridun/
Peukert, Wolfgang: **Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi**, İstanbul, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayınları, 1999.
- Skerker, Michael: **An Ethics of Interrogation**, University of Chicago Press Chicago and London, 2010.
- Skinnider, Eileen: **The Art Of Confessions: A Comparative Look At The Law Of Confessions – Canada, England, The United States And Australia**, International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, December 2005.
- Skinnider, Eileen/
Gordon, Frances: **The Right To Silence – International Norms And Domestic Realities**, Sino Canadian International Conference On The Ratification And Implementation Of Human Rights Covenants Beijing, 25-16 October 2001, The International Centre For Criminal Law Reform And Criminal Justice Policy.

- Skoll, Geoffrey R.: “Torture, and Fifth Amendment: Torture, the Global War on Terror, and Constitutional Values”, **Criminal Justice Review**, Vol. 33, No. 1, March 2008, pp. 29-47.
- Sokullu-Akıncı, Füsün: **Polis: Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi: Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları**, İstanbul, Bilgiç Matbaası, 1990.
- Stuntz, William J.: “Self-Incrimination and Excuse”, **Columbia Law Review**, Vol. 88, 1988, pp. 1227-1296.
- Şahin, Cumhur: **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Şahin, Cumhur: “Duruşmada Sanığın Önceki İfadelerinin Okunması –CMUK m .247 Üzerine Bir İnceleme”, (Çevrimiçi) http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/2_18.pdf, 23 Şubat 2012.
- Şahin, Cumhur: “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirilmeleri Sorunu”, **EÜHFD**, 1997, C. 1, S. 1, s. 87-95.
- Şahin, Cumhur: **Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001.
- Şahin, Cumhur: **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994.

- Şen, Ersan: **Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku- Ceza Özel Hukuku- Ceza Yargılaması Hukuku- Ceza İnfaz Hukuku**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1998.
- Şen, Ersan: **Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1998.
- Şenyüz, Doğan: **Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları)**, Bursa, Ekin Yayınevi, 2011.
- Tague, Tony D.: “Good Faith and The Exclusionary Rule: Demise of the Exclusion Illusion”, **The Amerikan University Law Review**, Vol. 30, pp. 863-890.
- Taner, M. Tahir: **Ceza Muhakemeleri Usulü**, 3. bs, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1955.
- Tanör, Bülent/
Yüzbaşıoğlu, Necmi: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2011.
- Tarallo, Lisa: “The Fifth Amendment Privilege Against Self-Incrimination: The Time Has Come for the United States Supreme Court to End Its Silence on the Rationale Behind the Contemporary Application of The Privilege”, **New England Law Review**, Vol. 27, 1992, pp. 137-188.

- Taşdemir, Kubilay/
Özkekepir, Ramazan: **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, C. I, 4. bs.,**
Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.
- Tezcan, Durmuş/
Erdem, Mustafa Ruhan/
Önok, Murat: **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku,** Ankara,
Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Thaman, Stephen C.: “Taking The Right To Remain Silent Seriously:
Miranda v. Arizona In Comparartive
Perspective”, (Çevrimiçi)
www.kcla.net/download.red?fid=98, 25 Şubat
2012.
- Thaman, Stephen C.: “The Violation of Constitutional Rights and The
Search for Truth in Criminal Trial”, (Çevrimiçi)
[http://www.law.utoronto.ca/documents
/conferences2/Constitutionalism09-Thaman.pdf](http://www.law.utoronto.ca/documents/conferences2/Constitutionalism09-Thaman.pdf),
25 Şubat 2012.
- Thienel, Tobias: “The Admissibility of Evidence Obtained by
Torture under International Law”, **The
European Journal of International Law**, Vol.
17, No. 2, 2006, pp. 349-367.
- Toprak, Ufuk: “Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiye
Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman
Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış,
TAAD, C. 1, Y. 2, S. 7, 20 Ekim 2011, s. 357-
286.

- Tosun, Öztekin: “Narko Analiz ve Ceza Hukuku”, **İÜHFM**, C. 29, S. 1-2, 1963, s. 46-74.
- Tosun, Öztekin: **Ceza ve Medeni Muhakeme Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti**, İstanbul, Yenilik Basımevi, 1976.
- Tosun, Öztekin: **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Genel Kısım**, 4. bs., İstanbul, 1984.
- Trainor, Scott A.: “A Comparative Analysis Of Corporation’s Right Against Self-Incrimination”, **Fordham International Law Journal**, Vol. 18, 1995, pp. 2139-2186.
- Uygun, Oktay: **Kamu Hukuku İncelemeleri, İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik**, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık A.Ş., 2011.
- Üçok, Coşkun: “Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler”, III, **AÜHFD**, C. IV, S. 1-4, Ankara, 1947, s. 48-73.
- Ünver, Yener: “Deliller ve Değerlendirilmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, S. 32, Ağustos 2005, s. 2885-2913.
- Ünver, Yener: **Adliye Karşı Suçlar (TCK m. 267-298)**, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi, 2010.

- Ünver, Yener/
Hakeri, Hakan: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.
- Üstün, Ümit Süleyman: “Susma Hakkı Çerçevesinde Defter, Kayıt Ve Belgeleri Gizleme Suçu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, Y. 2011, S. 3, s. 363-390.
- Üzülmez, İlhan: “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu”, **V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, “Tıp Hukukunun Güncel Sorunları”, 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara 2008, s. 823-845.
- Üzülmez, İlhan: “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları”, **TBB Dergisi**, S. 58, 2005, s. 41-72.
- Üzülmez, İlhan: “Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu”, (Çevrimiçi) www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/108.doc, 15 Mart 2012.
- Üzülmez, İlhan: **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003.
- Vance, Stephen: “Looking at the Law: An Updated Look at the Privilege Against Self-Incrimination in Post-Conviction Supervision”, **Federal Probation**, Vol. 75, No. 1, (2011), pp. 33-37.

- Volk, Klaus: “The Principles Of Criminal Procedure And Post-Modern Society: Contradictions And Perspectives”, (Çevrimiçi)
<http://www.isrcl.org/Papers/Volk.pdf>, 22 Şubat 2012.
- Vural, Savaş/
Mollamahmutoğlu, Sadık: **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu: madde 258-424**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1995.
- Weiner, Wayne Alan: “The Due Process Right to the Immunization of Defence Witness”, **Boston Law Review**, Vol. 22, Issue 2, No. 2, pp. 299-333.
- Weisselberg, Charles: “The Right to Remain Silent”, **University of Pennsylvania Law Review Pennumbra**, Vol. 159, pp. 69-93.
- Wigmore, John Henry: **A Treatise on Evidence in Trials at Common Law, Third Edition, 1955 Pocket Supplement**, Boston, Little, Brown and Company, 1955.
- Wigmore, John Henry: **A Treatise on the System of in Trials at Common Law Including the Statutes and Decisions of All Jurisdictions of the United States and Canada**, Boston, Little, Brown and Company, 1940.

- Williams, C. Dickerman: “Problems of the Fifth Amendment”, **Fordham Law Review**, Vol. 24, 1955, pp. 19-52.
- Wilson, Margaret: “Aspects Of Privilege: Self-Incrimination”, **Bar Association of Queensland Conference 2006**, Sanctuary Cove, 4 March 2006, pp. 1-27.
- Witt, John Fabian: “Making the Fifth: The Constitutionalization of American Self-Incrimination Doctrine, 1791-1903”, **Texas Law Review**, Vol. 77, Issue 4, March 1999, pp. 825-922.
- Yaltı, Billur: “Vergi Hukukunda Susma Hakkı (VUK 359)(a)(2)’nin Anayasaya Aykırılığı Sorunu”, **Vergi Dünyası**, S. 285, Mayıs 2005, s. 24-33.
- Yaltı, Billur: **Vergi Yükümlüsünün Hakları**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2006.
- Yarsuvat, Duygun: Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği, (Çevrimiçi) <http://www.yarsuvat-law.com.tr/articles/article2.pdf>, 22 Şubat 2012.
- Yenerer-Çakmut, Özlem: “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu”, **Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006, s. 1051-1061.

- Yenisey, Feridun: “Bilimsel Yöntemlerle Elde Edilen Delillerin Hukuka Aykırılığı Sorunu”, **Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu**, 1. bs., İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1996.
- Yenisey, Feridun: “Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil”, **CHD**, S. 4, Ağustos 2007, s. 5-60.
- Yenisey, Feridun: “Roma Statüsüne Göre Soruşturma Evresi ve Deliller”, **Uluslararası Ceza Divanı**, (ed. Feridun Yenisey), İstanbul, Arıkan Yayınları, 2007.
- Yenisey, Feridun: “Sanık Haklarının Anayasa Mahkemesi Tarafından Korunması”, **Anayasa Dergisi**, C. 12, 1995, s. 121-135.
- Yenisey, Feridun: **Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Hazırlık Soruşturması ve Polis**, 2. bs., İstanbul, 1991.
- Yenisey, Feridun/
Nuhoğlu, Ayşe: “Ceza Muhakemesi Hukuku Belleteni”, (Çevrimiçi)
<http://www.gaziantepbarosu.org.tr/dosyalar/feridunyenisey.doc>, 12 Şubat 2012.
- Yıldırım, Ali: “Sanığın Susma Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 45, S. 5-6, Aralık 1988, s. 682- 701.

Yiğit, Uğur: **Bankacılık Suçları**, İstanbul, Has Matbaacılık Tic. Ltd. Şti., 2006.

Yurtcan, Erdener: **Ceza Yargılaması Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2007.

Yurtcan, Erdener: **CMK Şerhi**, 5. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2008.

(Çevrimiçi) <http://anayasametinleri.blogspot.com/2010/09/1789-fransiz-insan-ve-yurttas-haklari.html>, 12 Şubat 2012.

(Çevrimiçi) apps.americanbar.org/abastore/index.cfm?section=Main&fm...pdf, 12 Şubat 2012.

(Çevrimiçi) <http://www.aggressivecriminaldefense.com/Practice-Areas/Immunity.html>, 01.03.2012.

(Çevrimiçi) <http://www.etemlevent.com/fransiz-insan-ve-yurttas-haklari-bildirgesi.html>, 12 Şubat 2012.

(Çevrimiçi) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents>, 12 Nisan 2012.

(Çevrimiçi) http://www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc_news?disp3_12054064_text, 10 Haziran 2012.

(Çevrimiçi) <http://www.polisiye.com/yazidevam.asp?ID=100>, 28 Nisan 2012.

(Çevrimiçi) http://www.tbmm.gov.tr/kultursanat/yayinlar/yayin001/001_00_005.pdf, 22 Ocak 2012.