

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

SUSMA HAKKI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Nuran HAYDAR

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL

HAZİRAN 2019

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

SUSMA HAKKI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Nuran HAYDAR

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL

HAZİRAN 2019

ÖNSÖZ

Ceza muhakemesi hukukunun amacı insan haysiyetine saygılı biçimde maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu da ancak sanık haklarına riayet edilmek suretiyle edinilen ispat vasıtaları ile mümkün olmaktadır. Çalışma kapsamında en önemli delil yasaklarından biri olan ve bir insan hakkı olarak nitelendirilen susma hakkı, kendini suçlamaya zorlanma yasağı boyutuyla ele alınmıştır.

Tez danışmanlığımı üstlenen ve konunun belirlenmesinden yazım sürecinin sonuna kadar bilgisi ve nezaketiyle sağladığı destek ve katkı için değerli hocam Doç. Dr. Pınar Memiş Kartal'a saygı ve teşekkürlerimi sunuyorum.

Tez jürisinde yer alarak değerli görüşleriyle katkıda bulunan kıymetli hocalarım Doç. Dr. E. Eylem Aksoy Retornaz ve Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Sinan Altunç' a da ayrı ayrı çok teşekkür ederim.

Ayrıca, kendisinden ders alma ve kendisiyle birlikte çalışma onuruna eriştiğim, kaynak temininde de benden yardımını esirgemeyen kıymetli hocam Prof. Dr. Feridun Yenisey' e teşekkürü borç bilirim.

Nuran HAYDAR
Maltepe, 2019

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vi
RÉSUMÉ.....	ix
ABSTRACT	xiii
ÖZET.....	xvii
GİRİŞ	1
1. SUSMA HAKKININ KAVRAMSAL YAPISI, TARİHSEL GELİŞİMİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ	3
1.1. KAVRAM	3
1.1.1. Tanım ve Diğer İlkelerle İlişki	3
1.1.1.1. Tanım.....	3
1.1.1.2. Diğer İlkelerle İlişki	6
1.1.1.2.1.Hukuk Devleti İlkesi	6
1.1.1.2.2.İnsan Onuru ve İşkence Yasağı	7
1.1.1.2.3.Adil Yargılanma Hakkı	9
1.1.1.2.4.İfade Özgürlüğü.....	11
1.1.2. Susma Hakkının Temellendirilmesi.....	12
1.1.2.1. Sisteme İlişkin Gerekçeler.....	12
1.1.2.1.1.Delil Güvenliğinin Sağlanması	12
1.1.2.1.2.Sosyal Sözleşme Teorisi.....	13
1.1.2.1.3.Devletle Sanık Arasındaki Adil Dengeyi Korumak	14
1.1.2.1.4.İtham Sisteminin Korunması.....	15
1.1.2.2. Bireye İlişkin Gerekçeler.....	17
1.1.2.2.1.Özel Hayatın Gizliliği	17
1.1.2.2.2.Acımasız Üçlem	18
1.1.2.2.3.Bireysel Otonominin Korunması.....	19
1.2. TARİHÇE	20
1.2.1. Anglosakson Hukuku	20
1.2.2. Kıta Avrupası Hukuku	25
1.2.3. Türk Hukuku	26
1.3. ULUSLARARASI HUKUK.....	28
1.3.1. Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi	29
1.3.2. Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ad Hoc Mahkeme Statüleri.....	29

1.3.3.	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	31
1.4.	KARŞILAŞTIRMALI HUKUK	34
1.4.1.	Birleşik Krallık	34
1.4.2.	Amerika Birleşik Devletleri	37
1.4.3.	Almanya	42
1.4.4.	Fransa	44
1.5.	TÜRK HUKUKU	46
2.	SUSMA HAKKININ KAPSAMI VE SINIRLARI.....	49
2.1.	KİŞİ BAKIMINDAN	49
2.1.1.	Şüpheli ve Sanık.....	49
2.1.2.	Tanık	51
2.1.2.1.	Tanığın Kendisi Açısından	52
2.1.2.2.	Tanığın Yakınları Açısından	53
2.1.3.	Tüzel Kişiler.....	58
2.2.	KONU BAKIMINDAN	65
2.2.1.	İdari Yargıda	65
2.2.1.1.	İdari Yargılama Öncesi Aşama	65
2.2.1.2.	İdari Yargı Aşamasında.....	69
2.2.2.	Hukuk Muhakemesinde	70
2.3.	ZAMAN BAKIMINDAN.....	72
2.3.1.	Ceza Muhakemesi Öncesi Safha.....	72
2.3.2.	Soruşturma Evresi	74
2.3.3.	Kovuşturma Evresi.....	76
2.3.4.	İnfaz Aşaması.....	77
2.4.	YER BAKIMINDAN	78
2.5.	SUSMA HAKKININ TARTIŞMALI OLDUĞU ALANLAR.....	80
2.5.1.	Belge Niteliğinde Deliller	81
2.5.2.	Kimlik Bilgileri	89
2.5.3.	Parmak İzleri	91
2.5.4.	Teşhis	94
2.5.5.	Keşif ve Yer Gösterme.....	95
2.5.6.	Beden Muayenesi	96
2.5.7.	Kendiliğinden Yapılan Açıklamalar	100
2.5.8.	Kamu Güvenliğinin Gerekletirdiği Hallerde İstisnalar	101
2.5.9.	Koruma Tedbirleri.....	103
2.5.9.1.	Arama, Muhafaza Altına Alma ve Elkoyma	103
2.5.9.2.	İletişimin Denetlenmesi.....	105
2.5.9.3.	Teknik Araçla İzleme	108
2.5.9.4.	Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi.....	109
2.5.10.	Sosyal Medya	112
3.	SUSMA HAKKINA AYKIRILIK VE SONUÇLARI.....	117
3.1.	SUSMA HAKKINA AYKIRILIK OLUŞTURAN DURUMLAR.....	117
3.1.1.	Hakkın Hatırlatılmaması	117
3.1.2.	İfade Alma ve Sorguda Yasak Usuller.....	122
3.1.2.1.	İşkence	122
3.1.2.2.	Kötü Davranma	124

3.1.2.3. İlaç Verme	125
3.1.2.4. Yorma	126
3.1.2.5. Aldatma	126
3.1.2.6. Cebir ve Tehditte Bulunma	129
3.1.2.7. Kanuna Aykırı Yarar Vaadinde Bulunma	130
3.1.2.8. Bazı Araçlar Kullanma	131
3.1.2.9. Diğer Yasak Yöntemler	133
3.1.3. İfade Alma ve Sorguda Yasal Usuller.....	134
3.2. SUSMA HAKKINA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI	137
3.2.1. Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi	138
3.2.1.1. Mutlak Kabul Yaklaşımı	138
3.2.1.2. Mutlak Ret Yaklaşımı	139
3.2.1.3. Nispi Yaklaşım	141
3.2.1.4. Susma Hakkına Aykırılık Hallerinin Değerlendirilmesi	143
3.2.1.4.1.İfade Alma ve Sorguda Yasak Usuller Bakımından	144
3.2.1.4.2.Susma Hakkının Hatırlatılmaması Bakımından	144
3.2.1.4.3.Diğer Haller	146
3.2.2. Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi.....	149
3.2.3. İtiraz Çözümü.....	151
3.2.4. Özel Kişiler Tarafından Elde Edilen Hukuka Aykırı Delillerin Akıbeti..	153
3.2.5. Hukuka Aykırı Delillerin Dosyada Kalması Sorunu	155
SONUÇ.....	157
KAYNAKÇA	162
ÖZGEÇMİŞ.....	180

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AlmCMK	: Alman Ceza Muhakemesi Kanunu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHSt	: Sammlung der Entscheidungen des BGH in Strafsachen
Bkz. / bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	: Sammlung der Entscheidungen des BVerfG
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CGTİK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun

CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas No
et al.	: ve diğerleri
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HFD	: Hukuk Fakültesi Dergisi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Criminal Court
İÜFHM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
JuS	: Juristische Schulung
K.	: Karar No
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KK	: Kabahatler Kanunu
LG	: Landgericht
m.	: madde
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	: Neue Zeitschrift für Strafrecht
para.	: paragraf
paras.	: paragraflar
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
s.	: sayfa
S.	: Sayı
StV	: Strafverteidiger
T.	: Tarih

TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TC	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
UN	: United Nations
US	: United States
v.	: versus
vb.	: ve benzerleri
Vol.	: Volume
VUK	: Vergi Usul Kanunu

RÉSUMÉ

Le sujet de cette thèse de master est le droit au silence qui apparaît à la fois comme un droit humain et comme une interdiction concernant les preuves. Le principe de ne pas être contraint à l'auto-incrimination, connu sous le nom de *Nemo Tenetur* en latin, correspond au droit de garder le silence en droit de procédure pénale moderne au sens large. Cela signifie qu'une personne ne peut être obligée de fournir des preuves incriminantes devant les autorités judiciaires, sous forme de témoignage ou non. Ici, dans notre thèse, le droit de garder le silence a été étudié dans un sens large comme le droit de ne pas être contraint de fournir des preuves incriminantes, et non dans un sens étroit comme le droit d'un accusé de ne pas faire des déclarations sur l'infraction présumée comme indiqué dans le Code de procédure pénale turc, art. 147/1-e, puisque le premier inclut le dernier.

À l'heure actuelle, la loi de procédure pénale n'a pas pour principal objectif d'atteindre la vérité matérielle à tout prix, mais de la rechercher dans le respect de la dignité humaine et la protection des droits et libertés fondamentaux. Dans ce cadre, sur la base du respect au principe d'État de droit, même dans les pays qui adoptent le principe de la preuve circonstancielle et le système de preuve discrétionnaire tel que la Turquie, quelques restrictions sont imposées aux méthodes utilisées par les autorités judiciaires pour obtenir et évaluer des preuves. L'une des plus importantes de ces restrictions est le droit de garder le silence. La violation du droit de garder le silence ou, en d'autres termes, d'obliger une personne à auto-incriminer résulte en l'interdiction d'évaluation des preuves.

D'autre part, la présomption d'innocence garde son importance en droit de la procédure pénale moderne, qui impose aux autorités judiciaires, c'est-à-dire à l'État, la charge de la preuve des infractions commises. Afin de prouver l'incrimination reprochée, l'État dispose du pouvoir d'exécuter un grand nombre de transactions de procédure pénale qu'il peut imposer aux individus. En cas d'existence de certains degrés de soupçon et d'autres conditions que prévoit la loi, les personnes dont la culpabilité n'a pas encore été prouvée peuvent être l'objet d'écoutes téléphoniques, de perquisitions au logement et au lieu de travail, de saisie de biens, de désignation de commissaires, de privation de la liberté pour de longues périodes ainsi que de l'ingérence à leur intégrité physique. Afin que la procédure pénale se déroule de manière continue et satisfaisante, on attend du suspect et de l'accusé de supporter ces transactions. Dans ce domaine du droit, dans lequel l'État dispose d'autant de compétences et où les ingérences graves aux droits de l'homme sont possibles, l'imposition à l'accusé l'obligation d'aider les autorités judiciaires à prouver sa culpabilité ne conviendrait pas au principe d'équité. Selon les termes préférés par certaines ressources de la doctrine, personne n'est tenu de contribuer activement à la procédure pénale engagée contre lui-même.

Le but de notre thèse de master est d'expliquer le droit de garder le silence dans son sens le plus large et de tenter de déterminer ses limites. Le droit de garder le silence est sujet aux incertitudes dans presque tous les domaines, tels que son émergence, les éléments de preuve à sa portée, ses titulaires, les personnes morales en tant que son titulaire, sa revendication en dehors de la procédure pénale, les conditions d'une violation possible et les conséquences de cette violation. Cette étude a été préparée dans le but de contribuer à éclairer le contenu ambigu du droit au silence, notamment en expliquant nombreux points de vue exprimés dans les domaines controversés.

Dans la phase de préparation de cette thèse, plusieurs sources ont été utilisées. Parmi eux, les livres, articles universitaires et mémoires rédigés par des juristes sont les principaux. En outre, les décisions des Cours de cassation et des Cours constitutionnelles turque et allemande ainsi que la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis et de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) sont examinées. Par surcroît, les lois nationales ou étrangères ainsi que les conventions internationales sont consultées comme les sources normatives du droit de garder le silence. De plus, les rapports et notes des colloques et conférences préparés par des personnes et des organisations nationales et internationales sont utilisés. Toutes les données collectées à partir de ces sources sont analysées et on a essayé de les synthétiser dans un ordre et dans un système particulier. Il est donc prévu d'offrir une perspective large au droit de garder le silence en l'approchant sous différents angles.

Cette thèse comprend principalement trois parties. Dans la première partie, la définition du droit de garder le silence, ses relations avec d'autres principes juridiques, sa justification, son développement historique, sa place dans le droit international, le droit comparé et le droit turc sont traitées et sa structure conceptuelle est présentée. Dans la deuxième partie, la mise en œuvre du droit de garder le silence est examinée en fonction de la personne, du sujet, du temps et du lieu et la place du droit de garder le silence est également abordée dans plusieurs transactions, mesures et pratiques de procédure pénale sur lesquelles il n'y a pas un consensus. Quant à la troisième partie, elle est destinée à la violation du droit de garder le silence et de ses conséquences. Dans ce contexte, les sujets de l'interrogatoire et la théorie de la preuve sont mis en avant.

Dans la première partie du premier chapitre, le droit de garder le silence est défini, ainsi que sa pertinence pour l'État de droit, pour la dignité humaine, pour l'interdiction de la torture, pour le droit à un procès équitable et pour le droit à la liberté d'expression, il est fondé sur des justifications individuelles et systémiques pour construire sa structure conceptuelle. Dans cette optique, le droit de garder le silence constitue un élément du droit de la défense mais également une extension de la présomption d'innocence en tant que les principes inhérents au droit d'un procès équitable. Cela reflète également la dimension négative de la liberté d'expression. En plus, le droit de garder le silence est un protecteur contre la torture et les traitements inhumains car il empêche les autorités judiciaires d'obtenir des preuves avec la violence physique ou psychologique. Les fondements principaux expliquant l'existence du droit de garder le silence sont les suivantes: la nécessité de garantir la fiabilité des preuves, la théorie du contrat social qui invoque l'auto-incrimination est incompatible avec la doctrine de la loi naturelle et l'établissement d'un juste équilibre entre l'État et l'accusé et la préservation du système accusatoire qui reflète l'ancien précepte selon lequel "le demandeur est obligé de prouver ses prétentions" à la procédure pénale moderne. Quant aux fondements principaux relatives à l'individu,

on peut les classer comme, la préservation du droit à la vie privée; l'empêchement de la trichotomie cruelle de soit auto-incriminer et être puni, soit de commettre un parjure et être puni et soit de se taire et être puni pour l'outrage au tribunal; et la protection de l'autonomie personnelle ou le droit à l'autodétermination, autrement dit en respectant la liberté de volonté.

Le deuxième chapitre de la première partie traite de l'émergence du droit de garder le silence dans l'histoire judiciaire des pays de common law et de droit civil, ainsi que de la Turquie. Le troisième chapitre traite la manière dont le droit de garder le silence est protégé dans le Pacte international des Nations Unies sur les droits civils et politiques, dans le Statut de la Cour pénale internationale, dans la Convention européenne des droits de l'homme et dans la jurisprudence de la CEDH. Le quatrième chapitre est consacré au droit comparé des pays comme le Royaume-Uni, les États-Unis, l'Allemagne et la France et le cinquième chapitre se limite au droit turc. En outre, dans troisième, quatrième et cinquième chapitres, les questions de savoir si le droit de garder le silence est un droit subjectif, si la prise en compte du silence comme un élément supportant la culpabilité est compatible avec le droit de garder le silence et si le droit de garder le silence implique aussi un droit de mentir.

Dans la deuxième partie, nous essayons de tracer les limites et d'identifier l'étendue du droit de garder le silence en tenant compte des lois américaines et allemandes. Premièrement, le droit de garder le silence est abordé en termes de titulaires de droit à savoir les accusés, les témoins et les personnes morales. Dans ce cadre, on a examiné le droit de s'abstenir de témoigner et on a posé la question de savoir si le fait d'être le plus proche parent constitue un motif pour lever ou réduire la responsabilité pénale en cas de non-dénonciation d'infraction et de parjure. Malgré le fait que le droit de garder le silence ne s'applique qu'aux procédures pénales dans la jurisprudence de la CEDH, il convient de souligner comment et dans quelles conditions le droit de garder le silence pourrait également être remis en cause devant les juridictions administratives et civiles. Les limites *ratione temporis* sont éclairées en étudiant les aspects spécifiques du droit de garder le silence avant la procédure pénale et pendant les étapes suivantes. En ce qui concerne celle de *ratione loci*, l'applicabilité du droit de garder le silence dans le cadre international est examinée.

Sous le chapitre le plus volumineux de champs controversés du droit au silence, on a essayé de trouver une réponse à la question si les transactions, les mesures et les pratiques litigieuses à la fois dans la doctrine et dans la jurisprudence est dans le champ d'application du droit au silence. Ici, il faut prendre en compte deux issus. Le premier est le fait qu'en droit américain, le témoignage est compris au sens large comme processus communicatif et cognitif, car le droit de garder le silence ne peut être exercé pour des preuves non-testimoniales. Le second est l'acceptation générale en droit allemand, qui suggère que dans la distinction de la contribution active et de l'endurance passive pour l'obtention de preuves non-testimoniales en ce qui concerne l'accusé ou le suspect, ce n'est que dans l'existence d'une contribution active que le droit de garder le silence est considéré comme violé.

Sous le chapitre de preuves documentaires, il est discuté si l'obligation de soumettre des documents en droit fiscal est en contradiction avec le droit de garder le silence. Dans ce cadre, l'examen de la Cour constitutionnelle turque et de la doctrine est traité, les théories développées par la Cour suprême des États-Unis pour intégrer des preuves documentaires dans la portée du droit de garder le silence sont présentées

de manière comparative et ensuite la position de la CEDH est expliquée avec des exemples. Par la suite, les opinions révélées sur les conditions dans lesquelles le droit de garder le silence est remis en question et le moment où il est considéré comme violé pour ce qui est de dire la vérité sur son identité, de prendre ses empreintes digitales, d'être soumis à un diagnostic, à un contrôle judiciaire, à examen corporel. Sous le chapitre suivant, il est déterminé que les aveux volontaires ne soulèvent aucune violation car, techniquement, il ne s'agit pas d'interrogatoire ni de contrainte imposée au plein gré. Ensuite, la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis et de la CEDH est examinée, qui traite des exceptions au droit de garder le silence en matière de sécurité publique. Sous le chapitre de mesures de protection ; la perquisition et la saisie, l'interception de communication, la surveillance via des méthodes techniques et la désignation d'un enquêteur sous couverture sont traités, en mentionnant les aspects et les dispositions relatifs au droit de garder le silence. Enfin, dans cette section, le sujet des réseaux sociaux est abordé. L'accès de l'État aux données personnelles, la considération de ces données comme preuve et le fait de demander à l'accusé et au suspect son mot de passe pour accéder à son compte sont examinés concernant le droit au silence.

La troisième et la dernière partie est allouée à la violation du droit de garder le silence et à ses conséquences. Dans le premier chapitre, les méthodes interdites pendant les interrogatoires et non-notification du droit au silence sont mises sur la table. Parmi les méthodes interdites, on a observé la torture, les traitements inhumains, l'usage de médicaments ou de drogues, la fatigue, le contournement, la contrainte physique, la menace, la promesse d'avantages illégaux, l'utilisation de certains équipements tels que le polygraphe et la phallomètre et d'autres méthodes interdites telles que l'hypnose et l'exploitation sont clarifiées. En ce qui concerne les méthodes licites, des pratiques telles que le remords effectif, la réduction de la peine en cas d'aveu, la négociation de plaidoyer, qui encourage les personnes à faire une déclaration, sont mentionnées. On s'interroge sur le fait de savoir si elles constituent des « compulsions » légales et si elles portent atteinte au droit de garder le silence.

Dans le deuxième chapitre de la troisième partie, afin de révéler les conséquences de la violation du droit de garder le silence, les théories sur les preuves sont mises en avant. La violation du droit de garder le silence a pour effet de délégitimer les preuves obtenues. Par conséquent, sous le titre de l'évaluation des preuves illégales, l'acceptation absolue, le rejet absolu et les théories relatives sont introduits. Par la suite, le sort des preuves, les méthodes interdites lors des interrogatoires et non-notification du droit de garder le silence et d'autres situations sont examinés séparément en cas de violation du droit de garder le silence. Enfin, la prise en compte des preuves illégales, la méthode de solution de l'opposition, la question des preuves obtenues illégalement par des personnes privées et le problème des preuves illégales dans le dossier sont discutées. À ce stade, les opinions devraient être évaluées en fonction de leurs effets et de leur importance en ce qui concerne le droit de garder le silence.

ABSTRACT

The subject of this thesis is the right to silence which appears both as a human right and as an evidence prohibition. The principle of not to be compelled to self-incrimination, which is known as *Nemo Tenetur* in Latin, corresponds to the right to silence in modern criminal procedure law in its broad terms. This means that a person cannot be compelled to give any kind of incriminating evidence, either testimonial or non-testimonial to the judicial authorities. Here in our thesis, the right to silence has been studied in a broad sense as the right not to be compelled to give any kind of incriminating evidence, and not in a narrow sense as the right of an accused not to assert about the alleged offence as pointed out in the Turkish Code of Criminal Procedure Art 147/1-e, since the former includes the latter.

At the present time, the main purpose of the criminal procedure law is not to reach the material truth at all costs, it aims to seek it with respecting human dignity and protecting fundamental rights and liberties. Within this scope, based on the rule of law, even in countries which adopt the principle of circumstantial evidence and the discretionary evidence system such as Turkey, there are several restrictions imposed on the methods of judicial authorities of obtaining and assessing evidences. One of the most important ones of those restrictions is the right to silence. Violation of the right to silence or in other words, compelling a person to self-incrimination results in exclusion of evidence obtained.

On the other side, the presumption of innocence holds good in the modern criminal procedure law which places the burden of proof of the committed crime on the judicial authorities, i.e. the state. In order to prove the guilt, the state is furnished with the authority to execute a good number of criminal procedure transactions, which the individuals are obliged to endure. In the existence of specific suspicion degrees and other legal conditions, the people whose guilt has not been proven yet can be the object of wiretapping, search of housing and workplace, seizure of goods, appointing trustees, limitation of freedom for long periods and also physical examination and taking samples even without consent. The accused is expected to endure all those transactions, in order to provide that the criminal procedure reaches healthy results without any interruption. In this law field, in which the state is furnished with this much authority and the interference with human rights could reach to the utmost, putting the accused under the obligation of helping the judicial authorities to prove the guilt would not be fair. According to the terms preferred by some resources in the doctrine, nobody is under the duty to contribute actively to the criminal case against himself.

The aim of our thesis is to explain the right to silence in its widest sense and to try to determine its limits. There is uncertainty in almost every topic about right to silence such as the emergence of it, the evidences in its scope, to whom it is entitled, whether the legal persons can use it, whether it can be claimed outside of criminal

procedure, under which conditions it can be counted as violated and the results of its violation. This study has been prepared in order to contribute to enlighten the ambiguous content of the right to silence especially by shedding light on numerous views brought forward on the controversial areas.

In the preparation phase of this thesis plenty of references are utilized. Among them, the books, academic articles and dissertations written by leading experts in the field of law are the primary ones. Besides, the decisions of Turkish and German courts of cassation and constitutional courts and also the jurisprudence of the US Supreme Court and the European Court of Human Rights are examined. Additionally, the national and non-national codes and also the international conventions which can be described as the normative sources of the right to silence are reviewed. Moreover, the reports and notes from symposiums and conferences prepared by national and international persons and organizations are observed. All the data gathered from these sources are analyzed and tried to synthesize in a particular order and system, thus it is intended to offer a wide perspective to the right to silence by approaching it from different viewpoints.

This thesis mainly consists of three parts. In the first part, the definition of the right to silence, its relation to other legal principles, its justification, its historical development, its place in the international, the comparative and the Turkish law are dealt and the conceptual structure is presented. In the second part, the implementation of the right to silence is examined in regard to person, subject, time and place. The position of the right to silence in several criminal procedure transactions, measures and practices is also discussed, about which there is no consensus. As for the third part, it is designated for the violation of the right to silence and its consequences. In this context, the subjects of interrogation and the theory of evidence are emphasized.

In the first section of the first part, the right to silence is defined, its relevance to the rule of law, to the human dignity, to the prohibition of torture, to the right to a fair trial and to the freedom of expression is explained. The right to silence is grounded on individual and systemic justifications and thus, its conceptual structure is built. Within this direction, the right to silence constitutes an element of the right of defense and also an extension of the presumption of innocence which are inherent in the right of a fair trial. It also reflects the negative dimension of the freedom of expression. Farther the right to silence acts as a shield against torture and inhuman treatment by preventing the judicial authorities from obtaining evidence by compelling the accused either physically or psychologically. The primary justifications explaining the existence of the right to silence are as follows: Ensuring the trustworthiness of evidence, the social contract theory which claims the self-incrimination is incompatible with the doctrine of natural law, setting a fair balance between the state and the accused and preserving the accusatory system which reflects the old precept ‘the claimer is obliged to prove his claim’ to the modern criminal procedure. As for the main justifications regarding the individual, they can be ranked as follows: preserving the right to privacy; preventing the cruel trilemma which locates the accused in a situation in which he either must incriminate himself and be punished, commit perjury and be punished or commit contempt and be punished; and protecting the personal autonomy or the right to self-determination in other words by respecting the freedom of will.

In the second section of the first part, appearance of the right to silence in the judicial histories of the common law and civil law countries and also of Turkey is

handled. The third section touches on how the right to silence is treated in the UN International Covenant on Civil and Political Rights, in the Statute of the International Criminal Court, in the European Convention on Human Rights and also in the jurisprudence of the ECHR. In the fourth section, the comparative law is examined comprising the UK, the USA, Germany and France and the fifth section is confined to the Turkish law. Besides these, in the third, fourth and fifth sections it is discussed whether the right to silence is a subjective right, whether making inferences from silence is compatible with the right to silence and whether the right to silence involves a right to lie.

In the second part, it is tried to draw the limits and identify the scope of the right to silence taking account of American and German laws. Firstly, the right to silence is approached in terms of the rightholders who are ranked as the accused, the witness and the legal persons. Within this framework the right to abstain from testifying is covered and it is discussed whether being a next of kin constitutes a reason for lifting or reducing criminal responsibility for failure to report an offence and perjury. Although according to the ECHR the right to silence applies only to criminal proceedings, it is worth emphasizing how and under which conditions the right to silence could come into question also in administrative and civil jurisdiction. The limits of *ratione temporis* are shed light on by studying the sides of the right to silence which show specialty in and before the stages of criminal procedure. Under the title of *ratione loci* the international applicability of the right to silence is scrutinized.

Under the title of controversial fields which is the bulkiest section of the second part, the transactions, measures and practices which are contentious in both the doctrine and the case law are given place. Here, two considerations are bearded in mind. First one is the fact that in American law the testimony is understood in a broad sense as communicative and cognitive process, since the right to silence cannot be exercised for non-testimonial evidences. Second one is the general acceptance in German law, which suggests to differentiate between the non-testimonial evidence obtaining methods as active contribution and passive endurance of the accused. Thus only in the existence of an active contribution the right to silence is regarded to be violated.

Under the title of documentary evidences, it is discussed whether the obligation of submitting documents in tax law conflicts with the right to silence. Within this scope, the evaluation of Turkish Constitutional Court and Turkish doctrine is reviewed, the theories developed by the US Supreme Court to take documentary evidences into the scope of the right to silence are comparatively presented and lastly, the attitude of the ECHR is explained with examples. Subsequently, the opinions revealed which put forward about under which conditions the right to silence comes into question and when it is considered to be violated in terms of telling the truth about one's identity, fingerprinting, being subjected to diagnosis, to judicial inspection, to physical bodily examination. Under the next title, it is determined that voluntary confessions do not raise any violation because technically there are no interrogation taking place and no compulsion on the free will. Thereafter, the jurisprudence of the US Supreme Court and the ECHR are scrutinized, which discuss the public safety exceptions to the right to silence. Under the title of protection measures, search and seizure, interception of communication, surveillance with technical means and appointing an undercover investigator are handled, mentioning their special provisions with regard to the right to silence. Lastly in this section the subject of social media is

touched on. The importance of this area with respect to the right to silence is examined by scrutinizing the ability of the state to access people's data on the social media, the value of these data as evidence and whether an official demand on the accused for disclosure his password.

The third and also the last part is allocated for the violation of the right to silence and its consequences. In the first section, infringement with the right to be informed/notified of the right to silence and procedures forbidden during questioning and interrogation are put on the table. Among the forbidden procedures, torture, inhuman treatment, administration of medicines or drugs, falsification, physical coercion or threatening, promising illegal advantages, using certain equipment such as polygraph and phallometry and other forbidden procedures such as hypnosis and exploitation are clarified. As for the lawful procedures, practices such as effective remorse, remission in case of confession, plea bargaining, which encourages persons to give statement, are mentioned. It is discoursed whether they constitute lawful 'compulsions' and whether they harm the right to silence.

In the second section of the third part, in order to reveal the results of the violation of the right to silence, evidence theories are given place. The infringement of the right to silence delegitimizes obtained evidence. Therefore, under the title of assessment of illegal evidences the absolute acceptance, the absolute rejection and the relative theories are introduced. Subsequently, the fate of evidences in the event of violation of the right to silence is evaluated under separate titles as follows: forbidden procedures during questioning and interrogation, non-notification of the right to silence and other cases. Thereafter, the discussions about beyond effects of illegal evidences, solution by objection, the issue of the unlawfully obtained evidence by private persons and the problem with the unlawful evidence remaining in the case file are discoursed. At that point the opinions are tried to be assessed pursuant to their effects on and their importance regarding the right to silence.

ÖZET

Bu tezin konusunu hem bir insan hakkı hem de bir delil yasağı olarak karşımıza çıkan susma hakkı oluşturmaktadır. Latince Nemo Tenetur olarak bilinen, kişinin kendisini suçlamaya zorlanamaması ilkesi, modern ceza muhakemesi hukukunda karşılığını geniş anlamda susma hakkında bulur. Bu ise, kişinin beyansal ya da beyan dışı kendini suçlayıcı nitelikteki her tür delili, soruşturma ve kovuşturma makamlarına vermeye zorlanamamasını ifade eder. İşte tezimizde susma hakkı, CMK 147/1-e’de belirtilen, şüpheli veya sanığın yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmama hakkı olarak dar anlamıyla değil, ancak bunu da kapsayacak şekilde, her tür suçlayıcı delili vermeye zorlanmama hakkı olarak geniş boyutuyla çalışılmıştır.

Günümüzde ceza muhakemesinin yegane amacı ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmak değil, insan onuru ve temel hak ve özgürlüklere saygı çerçevesinde gerçeği araştırmaktır. Bu kapsamda, Türk hukukunda olduğu gibi delil serbestisi ve vicdani delil sisteminin hakim olduğu ülkelerde dahi hukuk devleti gereği cezai yargılama makamlarının delil elde etme ve kullanma yöntemlerine bazı sınırlamalar getirilmiştir. İşte bu sınırlamaların en önemlilerinden biri de susma hakkıdır. Susma hakkına riayet etmemek ya da bir diğer ifadeyle kişiyi kendini suçlamaya zorlamak, delil değerlendirme yasağına sonuç verecektir.

Diğer yandan, modern ceza muhakemesi hukukunda masumiyet karinesi geçerli olup, kişinin işlediği suçu ispat yükü soruşturma ve kovuşturma makamlarının, yani devletin üzerindedir. Devlet ise, suçu ispat edebilmek bakımından bireylerin katlanma yükümlülüğü altında olduğu pek çok ceza muhakemesi işlemini gerçekleştirme yetkisiyle donatılmıştır. Belirli şüphe derecelerinin ve diğer kanuni şartların varlığı halinde, suçlulukları henüz ispatlanmayan kişilerin iletişimleri denetlenebilmekte, evleri ve işyerleri aranabilmekte, mallarına el konulabilmekte, kayyım atanabilmekte, özgürlükleri uzun sürelerle kısıtlanabilmekte ve hatta rızaları hilafına bedenleri muayene edilebilmekte ve vücutlarından örnek alınabilmektedir. Ceza muhakemesi sürecinin sekteye uğramaması ve sağlıklı sonuca varabilmesi için şüpheli ve sanıktan tüm bu işlemlere katlanmaları beklenmektedir. Devletin bunca yetkiyle donatıldığı ve haklara müdahalenin en ağır boyuta varabildiği bu hukuk dalında, bir de suçun ispatı için şüpheli veya sanığı yargılama makamlarına yardım etme yükümlülüğü altına sokmak hakkaniyete uygun olmayacaktır. Doktrinde bazı kaynaklarca susma hakkı için tercih edilen kavram dizisi uyarınca, kişi aleyhine yürütülen ceza yargılamasına aktif olarak katkıda bulunmak yükümlülüğünde değildir.

Tezimizin amacı, susma hakkını en geniş anlamıyla açıklamak ve sınırlarını tayin etmeye çalışmaktır. Susma hakkının ortaya çıkışı, kapsamına aldığı deliller, kimlere tanınmış olduğu, tüzel kişiler tarafından kullanılıp kullanılamayacağı, ceza muhakemesi dışında ileri sürülüp sürülemeyeceği, hangi hallerde ihlal edilmiş sayılacağı ve ihlalinin sonuçları gibi hemen her konuda belirsizlik mevcuttur. Bu çalışma, bilhassa tartışmalı alanlarda ileri sürülen pek çok farklı görüşe ışık tutarak

susma hakkının muğlak muhteviyatının aydınlatılmasına katkıda bulunmak amacıyla hazırlanmıştır.

Tezin hazırlık sürecinde pek çok kaynaktan yararlanılmıştır. Bunların başında alanında uzman yerli ve yabancı hukukçular tarafından kaleme alınmış kitap, bilimsel makale ve tezler gelmektedir. Bunun yanında konuyla alakalı Türk ve Alman Yargıtay ve Anayasa Mahkemelerinin kararları ve Amerikan Yüksek Mahkemesi ile AİHM' in içtihatları incelenmiştir. Buna ek olarak, susma hakkının normatif kaynakları olarak nitelendirilebilecek yerli ve yabancı kanunlar ile uluslararası sözleşmeler tahkik edilmiştir. Ayrıca, ulusal ve uluslararası kişi ve kuruluşlar tarafından hazırlanan raporlar, sempozyum ve konferans notlarına da başvurulmuştur. Tüm bu kaynaklardan derlenen veriler analiz edilerek belli bir sıra ve sistem dahilinde sentezlenmeye çalışılmış, böylece susma hakkına farklı yönlerden yaklaşılarak geniş bir perspektif sunma hedeflenmiştir.

Tez, temelde üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde susma hakkının tanımı, diğer hukuki ilkelerle ilişkisi, gerekçelendirmesi, tarihsel gelişimi, uluslararası hukuk, karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukundaki yeri ele alınarak kavramsal yapısı ortaya konmuştur. İkinci bölümde kişi, konu, zaman ve yer bakımından susma hakkının uygulanması incelenmiş ve üzerinde fikir birliğine varılamayan bazı ceza muhakemesi işlem, tedbir ve uygulamalarında susma hakkının yeri tartışılmıştır. Üçüncü bölüm ise susma hakkına aykırılık ve bunun sonuçlarına ayrılmış, bu kapsamda ceza muhakemesinde ifade alma ve delil teorisi konularının üzerinde durulmuştur.

İlk bölümün ilk ayrımında susma hakkının tanımı yapılmış, hukuk devleti ilkesi, insan onuru ve işkence yasağı, adil yargılanma hakkı ve ifade özgürlüğü ile ilişkisi açıklanmış, bireye ve sisteme ilişkin gerekçelere yer verilerek susma hakkı temellendirilmiş ve böylece kavramsal yapısı oluşturulmuştur. Bu minvalde, adil yargılanma hakkına içkin savunma hakkının bir unsuru ve masumiyet karinesinin uzantısı kabul edilen susma hakkı, kişinin ifade hürriyetinin olumsuz yönünü de yansıtmaktadır. Ayrıca susma hakkı, soruşturma ve kovuşturma makamlarının fiziksel veya psikolojik zor kullanarak şüpheli veya sanıktan delil elde etmesinin önüne geçerek işkence ve kötü muameleye karşı bir nevi kalkan vazifesi de görmektedir. Susma hakkının neden var olması gerektiğine yönelik temellendirmelerin başında ise, delil güvenliğinin sağlanması, doğal hukukta kişiden kendisini suçlaması beklenmeyeceğini öngören sosyal sözleşme teorisi, devletle sanık arasında adil dengenin kurulması ve adeta 'müddei iddiasını ispatla mükelleftir' kaidesinin günümüz ceza yargılamasındaki görünümü olan itham sisteminin korunması gelmektedir. Bireye dair gerekçeler ise başlıca, özel hayatın gizliliğinin korunması, kişinin kendini suçlayıp ceza almak, yalan tanıklıkla bulunup ceza almak ve susarak mahkemeye itaatsizlikten ceza almak şeklinde kaçınılmaz bir üçlemde kalmasının önüne geçilmesi ve bireyin irade özerkliğine saygı gösterilerek bireysel otonominin ya da diğer ifadeyle kendi geleceğini belirleme hakkının korunması olarak sıralanmaktadır.

İlk bölümün ikinci ayrımı susma hakkının Anglosakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemleri ile Türk hukuk tarihinde ortaya çıkışı ve gösterdiği gelişimi ele almıştır. Üçüncü ayrım, BM Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü ve AİHS ile AİHM' in içtihatlarında susma hakkının nasıl ele alındığına yer vermiştir. Dördüncü ayrımda, Birleşik Krallık, ABD, Almanya ve Fransa özelinde karşılaştırmalı hukuk incelenmiş ve beşinci ayrım Türk hukukuna

hasredilmiştir. Üçüncü, dördüncü ve beşinci ayrımlarda ayrıca, susmanın sübjektif bir hak olup olmadığı, susmadan aleyhe çıkarım yapılmasının susma hakkıyla çelişip çelişmediği ve susma hakkının yalan söyleme hakkını içerip içermediği tartışmalarına da yer verilmiştir.

İkinci bölümde, Amerikan ve Alman hukukları da dikkate alınarak susma hakkının sınırları çizilip, kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır. Öncelikle kişi bakımından ele alınan susma hakkının, şüpheli ve sanık, tanık ve tüzel kişiler açısından görünümü ortaya konmuştur. Bu çerçevede tanıklıktan çekinme hakkı ele alınmış ve suçu bildirmeme suçları ile yalan tanıklık suçu bakımından belli derece yakınlığın şahsi cezasızlık sebebi teşkil etmesi meselesi tartışılmıştır. Her ne kadar AİHM içtihadında ceza muhakemesiyle sınırlı bir sanık hakkı olarak kabul edilse de susma hakkının idari yargı ve hukuk yargısında nasıl ve hangi şartlarda söz konusu olabileceği ele alınmıştır. Ceza muhakemesi öncesi aşamada ve ceza muhakemesi evrelerinde susma hakkının özellik arz eden yönleri incelenerek zaman bakımından uygulama sınırlarına ışık tutulmuştur. Yer bakımından başlığında, susma hakkının uluslararası uygulanabilme potansiyeli irdelenmiştir.

İkinci bölümün en hacimli ayrımı olan susma hakkının tartışmalı olduğu alanlar başlığında susma hakkının korunması altına girip girmediği doktrin ve mahkeme içtihatlarında muallakta kalmış işlem, tedbir ve uygulamalara yer verilmiştir. Burada iki husus göz önünde bulundurularak inceleme yapılmıştır. İlki, Amerikan hukukunda beyan dışı deliller için susma hakkı işletilemediğinden, tanıklığın iletişimsel ve bilişsel süreç şeklinde geniş ele alınması meselesidir. İkincisi ise, Alman hukukunda beyan dışı delillerin sağlanmasında şüpheli veya sanık bakımından aktif katılım ve pasif katlanma şeklinde ayırım yapıp ancak aktif katılımın varlığı halinde susma hakkının ihlal edilmiş sayılacağı kabulüdür.

Belge niteliğinde deliller başlığında, vergi hukukunda devletin bazı belgelerin ibrazını zorunlu kılmasının susma hakkıyla çelişip çelişmediği tartışılmıştır. Bu kapsamda Türk Anayasa Mahkemesi ve doktrinin konuyu ele alışı değerlendirilmiş, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin belge delillerini susma hakkının koruması kapsamına sokma noktasında geliştirdiği teoriler karşılaştırmalı olarak ortaya konmuş ve son olarak AİHM' in tutumu örneklerle açıklanmıştır. Ardından, kimlik bilgileri hakkında doğruyu söyleme, parmak izi verme, teşhis işlemine tabi tutulma, keşif ve yer göstermeye katılma ve beden muayenesi açısından susma hakkının hangi hallerde gündeme geleceği ve ne zaman ihlal edilmiş sayılacağı hususunda ileri sürülen görüşler ele alınmıştır. Bir sonraki başlıkta, kendiliğinden yapılan açıklamaların ifadeden sayılmadığı ve irade zorlaması söz konusu olmadığı için ihlale vücut vermediği belirlenmiştir. Daha sonra, kamu güvenliğinin gerektirdiği acil hallerde susma hakkına istisna tanınıp tanınamayacağına dair Amerikan Yüksek Mahkemesi ve AİHM' in içtihadı incelenmiştir. Koruma tedbirleri altında arama muhafaza altına alma ve elkoyma, iletişimin denetlenmesi, teknik araçla izleme ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirleri ile, bunların susma hakkı bakımından özellik arz eden yönleri ve hükümleri ortaya konmuştur. Bu başlıkta son olarak, güncel hukuku da yakinen ilgilendiren sosyal medya konusuna değinilmiştir. Devletin sosyal medya verilerine erişmesi, bunların delil değeri ve bilhassa kullanıcı şüpheli veya sanıktan hesaba ulaşmak için şifre istenmesinin susma hakkı bakımından görünümü irdelenmiştir.

Üçüncü ve son bölüm ise, susma hakkına aykırılık ve bunun sonuçlarına ayrılmıştır. İlk ayırımında susma hakkının hatırlatılmaması ve ifade alma ve sorguda yasak usuller incelenmiştir. Yasak usullerin altında, işkence, kötü davranma, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir ve tehditte bulunma, kanuna aykırı yarar vaadinde bulunma, yalan makinesi ve pallometrinin değerlendirildiği bazı araçlar kullanma ile hipnoz ve sömürmenin ele alındığı diğer yasak yöntemler ortaya konmuştur. İfade alma ve sorguda yasal yöntemlerde ise, etkin pişmanlık, ikrar halinde cezada indirim, dava pazarlığı gibi kişiyi konuşmaya teşvik eden kurumların kanuna uygun ya da hukuki ‘zorlama’ sayılıp susma hakkını zedeleyip zedelemeyeceği üzerinde durulmuştur.

Üçüncü bölümün ikinci ayırımında susma hakkına aykırılığın sonuçlarını ortaya koymak bakımından delil teorilerine yer verilmiştir. Susma hakkını ihlal, elde edilen delili hukuka aykırı hale getireceğinden, öncelikle hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi başlığında mutlak kabul, mutlak ret ve nispi yaklaşımlar ortaya konmuştur. Ardından, susma hakkına aykırılık hallerinde delillerin akıbeti, ifade alma ve sorguda yasak usuller, hakkın hatırlatılmaması ve diğer haller olmak üzere ayrı başlıklar altında değerlendirilmiştir. Daha sonra sırasıyla hukuka aykırı delillerin uzak etkisi, itiraz çözümü yöntemi, özel kişiler tarafından elde edilen hukuka aykırı delillerin durumu ve hukuka aykırı delillerin dosyada kalması sorunu tartışmalarına yer verilmiştir. Bu noktada görüşler, susma hakkına etkileri ve susma hakkı açısından arz ettikleri önem çerçevesinde değerlendirilmeye çalışılmıştır.

GİRİŞ

Günümüz ceza muhakemesinde amaç, insan haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğe ulaşmaktır. Maddi gerçeğe ulaşma noktasında ise ispat yükü devletin üzerindedir. Bir diğer deyişle şüpheli ya da sanık suçsuz olduğunu ispat etmekle mükellef olmayıp, bilakis suçun sübuta erdiği ve şüphelenilen kişi tarafından ika edildiğinin iddia makamı tarafından ortaya konması, hakim de huzurunda tartışılan deliller çerçevesinde şüphesini yenerek, sanığı mahkum edecek vicdani kanaate ulaşması gerekmektedir. Şüphenin yenilemediği hallerde ise sanık lehine değerlendirme yapılacaktır.¹

İspat yükü üzerine yüklenen devlet diğer yandan insan haklarına müdahale niteliği taşıyan pek çok işlem yapabilme yetkisiyle donatılmıştır. Ceza muhakemesi işlemleri vesilesi ile elde edilen ve değerlendirilen deliller şüphenin yenilerek maddi gerçeğe ulaşmaya yaramaktadır. Aramadan elkoymaya, tutuklamadan adli kontrole, iletişimin denetlenmesi ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesinden teknik takibe kadar pek çok koruma tedbiri ve keşif, yer gösterme, beden muayenesi, fizik kimliğin tespiti ve teşhis gibi diğer delil elde etme ve değerlendirme işlemlerinin hemen hepsinde temel haklara yönelik kanunla getirilen sınırlamalar gözlemlenmektedir. Ancak bu işlemler adaleti tesis etme amacına yöneldiklerinden ve yine hemen hepsi kanunla düzenlendiklerinden hukuk devletlerinde kabul görmektedirler.

Ceza muhakemesinin sağlıklı ve kesintisiz bir şekilde ilerleyebilmesi ve neticesinde adil sonuca erişilebilmesi bakımından bireylerden bu işlemlere katlanmaları beklenmektedir. Susma hakkının önemi ve bu tezin yazılma amacı da tam da bu noktada kendini göstermektedir. Zira susma hakkı, bireyin katlanma yükümlülüğünde olduğu pek çok işlemi yapma yetkisi olan devlet erkine yardım etme zorunluluğunu ortadan kaldırır. Böylece kimse, kendi aleyhine olan ceza davasında

¹ CGK, T. 21.05.2013, E. 2012/6-1309, K., 2013/ 258. www.kazanci.com/kho2/ibb

suçun ispatı için aktif katılım göstermeye, delilleri toplamak için yargılama makamları ile iş birliğine mecbur edilemeyecektir.

Doktrinde kendini suçlamama hakkı, kendi aleyhine delil vermeme ya da tanıklıkta bulunmama hakkı, aleyhine yürütülen ceza davasına katkıda bulunmama hakkı, kendini itham etmeme hakkı, kendini suçlamaya karşı imtiyaz ya da muafiyet şeklinde çoğaltılabilecek pek çok kavram dizisinde karşılık bulabilen Nemo Tenetur, Türkçe’ de ‘kendini suçlamaya zorlanamama ilkesi’ olarak ifade edilmektedir. Tezimizde ise prensipte aynı anlama gelen tüm bu ifadeleri karşılamak üzere ‘susma hakkı’ kavramı tercih edilmiştir.

Kavramsal açıdan dahi pek çok farklı şekilde ifade edilen susma hakkının, neden var olması gerektiğine dair gerekçeler, nerede ve nasıl ortaya çıktığı hususu ve karşılaştırmalı hukukta ele alınışı da çeşitlilik arz etmektedir. Tezin ilk bölümünde susma hakkı ile yakın ilişki içerisinde olan hukuki ilkeler açıklanırken, tüm yönleri ile değil susma hakkı ile olan alakaları ölçüsünde ele alınmıştır. Yine, uluslararası sözleşmelerden öne çıkanları, susma hakkını ele almaları ile sınırlı olarak ortaya konmuştur. Karşılaştırmalı hukuk başlığında, Anglosakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerini temsilen ikişer ülke değerlendirilmiş, ancak tezin genelinde susma hakkı açısından kaynak yönünden hayli zengin olan Amerikan ve Alman hukuklarına sıkça referans yapılmıştır. İkinci bölümde susma hakkı, hak sahibi sùjeler, muhakeme türleri, zaman, yer ve gündeme geldiğı çeşitli işlemler şeklinde başlıklar halinde ele alınmış ve sınırları tayin edilerek kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır. Burada da yine, ele alınan koruma tedbirleri ve delil elde etme ve değerlendirme işlemleri tüm yönleriyle ve bu işlemler başlığındaki tüm ihtilaflara yer verilerek değil, susma hakkı bakımından arz ettikleri özellikler ekseninde incelenmiştir. Son bölüm susma hakkının hatırlatılması ve yasak sorgu yöntemlerine değinerek hangi hallerin bu hakka aykırılık oluşturacağını tespitine ve bu aykırılığın sonuçlarına ayrılmıştır. Konumuz bağlamında yeterli değerlendirme yapabilmek için delil teorilerine gerektiğı ölçüde yer verilmeye çalışılmıştır.

1. SUSMA HAKKININ KAVRAMSAL YAPISI, TARİHSEL GELİŞİMİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ

Bu bölümde susma hakkı ilişkili olduğu diğer kavramlara yer verilerek tanımlanacak, neden var olması gerektiğine dair gerekçeler açıklanarak kavramsal yapısı ortaya konacaktır. Ardından, susma hakkının tarihsel sürecine dair görüşler değerlendirilecek ve uluslararası sözleşmeler ile karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukunda nasıl ele alındığı tespit edilecektir.

1.1. Kavram

1.1.1. Tanım ve Diğer Kavramlarla İlişki

1.1.1.1. Tanım

Kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması olarak tanımlanan Nemo Tenetur ilkesi Latince “*Nemo tenetur se ipsum accusare*” yani “Kimse kendini suçlamak zorunda değildir” ve “*Nemo tenetur se ipsum prodere*” yani “Kimse kendine ihanet etmek zorunda değildir” cümlelerinden doğmuştur.² Bu ifadelerin de kökenini, *ius commune*un temel düsturlarından olan “*Nemo punitur sine accusatore*” yani “Suçlayan yoksa kimse cezalandırılmaz” ve “*Nemo tenetur detegere turitudinem suam*” yani “Kimse kendi ayıbını açıklamak zorunda değildir” ilkelerinden aldığı ileri sürülmektedir.³

² Rezzan İtişgen, **Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi)**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s. 3-4; Murat Aydın, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kendini İtham Etmeme Hakkı**, Ankara, Adalet Yayınları, 2016, s. 35; Luis E. Chiesa, “Beyond Torture: The Nemo Tenetur Principle in Borderline Cases”, **Boston College Third World Law Journal**, Vol: 30, 2010, s. 35; Richard. H. Helmholz, “Origins of the Privilege against Self-Incrimination: The Role of the European Ius Commune,” **New York University Law Review**, Vol. 65, 1990, s. 962.

³ Angus MacCulloch, “The Privilege against Self-Incrimination in Competition Investigations: Theoretical Foundations and Practical Implications”, **Legal Studies**, Vol. 26, No. 2, 2006, s. 213.

Kendini itham etmeme ayrıcalığı/hakkı ya da kendi aleyhinde tanıklıkta bulunmama muafiyeti olarak da tezahür edebilen söz konusu ilke, kişinin kendisi ve belli derece yakınları aleyhine delil vermeye mecbur edilememesi şeklinde yorumlanmaktadır.⁴ İlke, kişinin suçsuzluğunu ispat yükümlülüğü altında olmadığı gibi, suçluluğun ispatı hususunda da yargılama makamlarına yardım etmeye zorlanamaması, soruşturma ve kovuşturma organları ile işbirliği yapıp yapmama konusunda özgür bırakılmasını ifade eder.⁵

Nemo Tenetur ilkesinin özünde susma hakkı yer almaktadır.⁶ Geniş anlamda susma hakkı, kişinin kendini suçlayıcı nitelikteki delilleri soruşturma ve kovuşturma makamlarına sunmaya zorlanamamasını kapsamaktadır.⁷ Dar anlamda susma hakkı ise, kendisini suçlayıcı nitelikteki sorulara cevap vermeme, beyanda bulunmama hakkını ifade etmektedir.⁸ Ayrıca kişinin susmasının onun aleyhine delil olarak değerlendirilememesi ile ilgilenir.⁹

Amerikan hukukunda geniş anlamda susma hakkı, kendini suçlamaya karşı imtiyaz (*privilege against self incrimination*) tabirinde karşılık bulmakta ve şüpheli veya sanığın kendi aleyhinde beyanda bulunmaya ya da delil temin etmeye

⁴ Aydın, a.g.e., s. 35; Serhat Sinan Kocaoğlu, “Susma Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2011/1, s. 31; Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 72.

⁵ Faruk Erem, “Susma Hakkı”, Yargıtay Dergisi, C. 18, S. 3, Temmuz 1992, s. 297 (Erem, Susma Hakkı) Z. Özen İnci, “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 7/2, 2017, s. 129 (İnci, Katlanma); Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 72; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, 10. Baskı, Ankara, Seçkin, Eylül 2016, s. 151; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, Seçkin, Ekim 2016, s. 72.

⁶ Andrew Ashwort, “Self-Incrimination in European Human Rights Law—A Pregnant Pragmatism?” **Cardozo Law Review**, Vol: 30, No: 3, December 2008, s. 751; Diane Marie Amann, “A Whipsaw Cuts Both Ways: The Privilege Against Self-Incrimination In An International Context”, **UCLA Law Review**, Vol: 45, 1997-1998, s. 754.

⁷ İtişgen, a.g.e., s. 4-5; Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 72; Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Bası, Beta, Eylül 2017, s. 170; Manfred Pieck, “Witness Privilege Against Self-Incrimination In The Civil Law”, **Villanova Law Review**, Vol. 5, 1960, s. 375 (Pieck, Witness); Arta Bilalli-Zendeli, “Privilege Against Self-Incrimination – Guarantee For Fair Trial In Modern Criminal Procedures (Nemo Tenetur Prodere Seipsum)” **RSP**, No.47, 2015, s. 159; 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.

⁸ Öztürk et al., a.g.e, s. 151; Mustafa Özen, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 213; Ali Yıldırım, “Sanığın Susma Hakkı”, **ABD**, 1988/5-6, s. 683.

⁹ Centel-Zafer, a.g.e., s. 170; Özen, a.g.e., s. 214; Croquet, a.g.m., s. 214.

zorlanamaması unsurlarının her ikisini de barındıracak şekilde tanımlanmaktadır.¹⁰ Dar anlamda susma hakkı ise, sessiz kalma hakkı (*right to silence /right to remain silent*) olarak ifade edilmekte ve sorulara cevap vermemenin sonuçları ile ilgilenilmektedir. AİHM kararlarında da benzer şekilde zorlama unsuru konu edinilirken kendini suçlamaya karşı korunma / kendini suçlandırmama hakkı¹¹ (*privilege against self incrimination*), ifade veya sorgu sırasındaki sessizlikten çıkarım yapılmasını irdelleyen kararlarda susma hakkı (*right to silence*) tabirleri tercih edilmektedir.¹²

Alman hukukunda geniş anlamda susma hakkını karşılamak için kendini suçlamama özgürlüğü (*Selbstbelastungsfreiheit*) ifadesine başvurulmaktadır. Dar anlamda susma hakkı ise susma hakkı (*Schweigerecht*) veya ifadeden çekinme hakkı (*Aussageverweigerungsrecht*) olarak nadiren, susmadan aleyhe çıkarımdan bahsolunurken kullanılmaktadır.¹³

Tezimizde susma hakkı, kişiden kendi aleyhine olan beyan veya diğer delillerin zorla tedarik edilmesini yasaklayan ve dar anlamdaki susma hakkını da kapsayan geniş anlamıyla ele alınacaktır. Bu yüzden, kavram kargaşasının önüne geçmek için “susma hakkı”, Nemo Tenetur ya da kendini suçlamaya zorlanamama ilkesinin karşılığı olarak kullanılmıştır. Kanaatimizce dilimizde susmanın sadece konuşmama ve sessiz kalma değil, tepkisiz kalma ve etkisini göstermeme gibi karşılıkları olduğu da göz önünde bulundurulduğunda¹⁴ “susma hakkı” tercihi yeterli ve yerinde olacaktır.

Susma hakkının kullanım şekillerine göre çeşitleri bulunmaktadır. Şüpheli veya sanığın suçlamaların bütünü bakımından susması, hiçbir soruya cevap vermemesi ya da suçlamaları tamamen inkar etmesi halinde tam susmadan söz edilir.¹⁵ Bazı soruları cevaplarken, bazısını yanıtsız bırakması ya da bazı bilgileri vermekten kaçınması ise

¹⁰ 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 (Levy, History); Albin Eser, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, Çeviren: Nur Centel, **Yargıtay Dergisi**, C: 3, Sayı: 16, 1990, s. 319; Centel-Zafer, a.g.e., s. 170.

¹¹ Resmi Türkçe çevirilerde bu iki tabir tercih edilmektedir.

¹² Ashwort, a.g.m., s. 754.

¹³ Momme Buchholz, **Der nemo tenetur- Grundsatz**, Kiel, Springer, 2017, s. 15, 19 vd.

¹⁴ Türk Dil Kurumu, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cb0b20ca2f804.72334587, E.T.: 12.04.2019.

¹⁵ Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku -1-**, 8. Bası, Ankara, Seçkin, Eylül 2017, s. 140.

kısmi susma olarak adlandırılır.¹⁶ Son olarak geçici susma, bireyin ceza muhakemesinin belirli bir aşamasında susmayı, başka aşamasında ise konuşmayı tercih etmesi halinde gerçekleşir.¹⁷

1.1.1.2. Diğer Kavramlarla İlişki

Tarih sahnesinde ceza muhakemesinin amacı, suçluların cezalandırılması, sanığın korunması ve maddi gerçeğe ulaşılması şeklinde seyretmiştir.¹⁸ Bugün ise gelinen aşamada, ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmanın ceza muhakemesinin amacı olamayacağı, şüpheli ve sanık haklarına, insan onuruna ve delil yasaklarına riayet edilerek adil bir yargılanma sonucu ulaşılabilecek maddi gerçeğin amaç edinilebileceği kabul edilmiştir.¹⁹

1.1.1.2.1. Hukuk Devleti İlkesi

Hukuk devleti tüm işlem ve eylemlerinde kendisini hukukla sınırlayan, yönetilenleri hukukla güvence altına alan ve hukukun merkezde olduğu devlet anlamına gelmektedir.²⁰ Esasında bütün ilkelerin temelini hukuk devleti ilkesi olmasından hareketle adil yargılanma ve dolayısıyla susma hakkı da bu ilkenin bir sonucu ve gereği olarak doğmaktadır.²¹ Alman hukukunda susma hakkının hukuk devleti ilkesinden neşet ettiği doktrin ve içtihatlarla vurgulanmıştır.²² Bir başka

¹⁶ Şahin, a.g.e., s. 140; İtişgen, a.g.e., s. 32-33; Werner Beulke, **Strafprozessrecht**, 12. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, 2012, para. 495 vd.; Stephen Rushin, “Rethinking Miranda: The Post-Arrest Right to Silence”, **California Law Review**, Vol. 99, 2011, s. 170-171.

¹⁷ Şahin, a.g.e., s. 140; Rushin, a.g.m., s. 163; Beulke, a.g.e., para. 495 vd.; Bernhard Kramer, **Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts**, 7. Auflage, Stuttgart, Kohlhammer, 2009, para. 34.

¹⁸ Centel-Zafer, a.g.e., s. 6.

¹⁹ Ibid.; Öztürk et al., a.g.e., s. 31; Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 8; Özbek et al., a.g.e., s. 43; Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Seçkin, Eylül 2018, s. 70; Ahmet Gökçen, Murat Balcı, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Muhakemesi Hukuku -1-**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 3.

²⁰ Kayıhan İçel, “Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’in Daima Büyük Önem Verdiği Suç Politikasının Ana İlkelerinden Hukuka Bağlı Devlet İlkesi”, **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, C. 2, Ankara, 2008, s. 913.

²¹ İtişgen, a.g.e., s. 7; Aydın, a.g.e., s. 15; Buchholz, a.g.e., s. 20, 76.

²² Timur Demirbaş, **Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması**, 5. Baskı, Ankara, Seçkin, Nisan 2018, s. 96; Calus Roxin, Bernd Schünemann, **Strafverfahrensrecht**, 27. Auflage, München, C.H. Beck, 2012, bölüm 25/1; Arthur Hartmann, Rolf Schmidt, **Strafprozessrecht, Grundzüge des Strafverfahrens**, 4. Auflage, Bremen, Rolf Schmidt GmbH, para. 124; BVerfG, Beschl. v. 06.09.2016, 2 BvR 890/16, Rn. 34.

açından, susma hakkının ihlali suretiyle elde edilen delillerin kullanılmasının yasaklanması da yine, tüm işlem ve eylemlerinde hukuka dayanan devlet ilkesi çerçevesinde mümkün olacaktır.²³

1.1.1.2.2. İnsan Onuru ve İşkence Yasağı

Susma hakkının ilk ortaya çıkışı itibariyle, kendisine sorulan sorulara hiçbir surette cevap vermemeye hakkı şeklinde geniş bir kapsamı olmamıştır. Şüphelilerin muhakemenin en başında kendisine sorulacak tüm sorulara doğru cevap vereceğine dair yemin ettirildiği (*ex officio*) ve adeta kişinin suçsuzluğunu ispat etmesi gereken eski ceza muhakemesi sistemi, suiistimallere oldukça elverişli idi. İşte söz konusu yeminin yasaklanması ve ceza muhakemesinde sistem değişikliğine gidilmesini takiben doğan susma hakkının da kabul edilmesinin asıl amacı, devletlerin başta işkence olmak üzere uygunsuz sorgu tekniklerini ortadan kaldırmaktır.²⁴

Susma hakkı bu noktada ilk olarak insan onuru ile ilişkilendirilmiştir.²⁵ Ceza muhakemesinin amacının maddi gerçeğin araştırılmasından ziyade kişi haklarına da saygılı olma şeklinde evrilmiş olduğu günümüzde artık şüpheli ya da sanık, süje olma sıfatıyla muhakeme işlemlerine katılmaktadırlar.²⁶ İnsan onuru kavramı, onun iradesiz bir objeye dönüştürülerek alçaltılmasını yasaklamaktadır.²⁷ Zira kişiyi ifadeye mecbur etmek de onu süje konumundan obje konumuna düşüreceği için insan onuru, bireyi gerçeğin ortaya çıkarılmasına katılmaya zorlanmaktan korur.²⁸ Bu açıdan, hem bireyin delil elde etme aracı/objesi olarak görüldüğü eski engizisyon sisteminde olduğu gibi

²³ Buchholz, a.g.e., s. 20.

²⁴ Albert Alschuler, "A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent" **Michigan Law Review**, Vol: 94, 1995, s. 2638 (Alschuler, Peculiar); E.M. Morgan, "The Privilege Against Self Incrimination", **MINN. L. REV.**, Vol. 34, 1949, s. 17-23.

²⁵ Çağrı Kan Aydın, "Adil Yargılamanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı", **TBB Dergisi**, Yıl: 2010 s.161; Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, Erol Güngör Yüksel, **Deliler, Çapraz Sorgu ve İspat**, Ankara, Seçkin, 2008, s. 58; Bahri Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, Ankara, AÜSBH İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995, s. 24; 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> ; Burcu Demren Dönmez, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu**, Ankara, Seçkin, 2007, s. 52.

²⁶ Demirbaş, a.g.e., s. 86.

²⁷ Ibid.

²⁸ Kramer, a.g.e., para. 30; Frank Peter Schuster, "İnsan Hakları ve İnsan Onuru Kavramlarının Alman Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemlerine Etkisi", Çev. Ayşe Özge Atalay, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 135-136, 2015, s. 182.

işkence yapılmak suretiyle ondan ifade alınmasını yasaklar, hem de kişinin kendi usuli geleceğini belirleme özgürlüğünü/özgür iradesini güvence altına alır.²⁹

Ceza muhakemesinin bireyin soyut obje konumuna indirgenememesine yönelik güncel amacı, şüphelinin ya da sanığın maddi gerçeğin araştırılması uğruna idrak ve irade kabiliyetlerinden mahrum bırakılması yasağını beraberinde getirerek, susma hakkıyla sıkı sıkıya bağlılık arz etmektedir.³⁰ Bu noktada karşımıza bir diğer ilişkili ilke olarak işkence yasağı çıkmaktadır. Tarihçe bölümünde detaylı olarak görüleceği üzere susma hakkının doğuşu ile işkencenin yasaklanması paralellik göstermiştir.³¹ Susma hakkı, sanığın bir delil kaynağı olduğu ve ikrar elde etmek için işkencenin meşru görüldüğü Engizisyon uygulamalarına tepki olarak doğmuştur.³² Bu yönüyle susma hakkı, kişinin beyan vermeye zorlanmasını yasaklayarak işkenceye karşı bir koruma sağlamaktadır.³³

Kişilere susma hakkı tanımamak, adeta sorgulama makamlarının sorularını cevaplandırma yükümlülüğü yüklemek anlamına gelecektir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve kamu menfaati için, kendi aleyhine de olsa cezai yargılama sürecine katkıda bulunma gibi bir ödevin varlığında ise, kişinin kendisinden istenen bilgiyi vermemekte ısrarcı olması halinde, işkence görmesi mümkün hale gelecektir. İşte bugün çoğunlukça kabul edilen görüşe göre, susma hakkı işkenceyi mümkün olduğunca erken engelleme işlevi görmektedir.³⁴

²⁹ Demirbaş, a.g.e., s. 96, 146; Lissa Griffin, “Is Silence Sacred? The Vulnerability of Griffin v. California in a Terrorist World”, **William & Mary Bill of Rights Journal**, Vol. 15, 2007, s. 941-942; Hans Meyer Ladewig, “Adil Yargılanma Hakkı II”, Çev. Hakan Hakeri, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Kunter’e Armağan**, Ankara, Seçkin, 2004, s. 125 (Ladewig, II).

³⁰ Demirbaş, a.g.e., s. 146; İzzet Özgenç, “Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukuki Sonuçları”, **Marmara Üniversite Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 1-3, 1995, s. 130.

³¹ Kocaoğlu, a.g.m., s. 42-43.

³² Ibid.; Mahmut Koca, **Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1998, s. 54 (Koca, Hazırlık).

³³ Özen, a.g.e., s. 214; Özgenç, a.g.m., s. 132; Özbek et al., a.g.e., s. 243; Demirbaş, a.g.e., s. 96; Kan Aydın, a.g.m., s. 172; 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. 33.

³⁴ Buchholz, a.g.e., s. 206-207; Skoll, a.g.m., s. 33.

Diğer tarafta, işkence yasağı ve kendini suçlamaya karşı korunma hakkının birbirinden bağımsız olarak ancak yan yana geliştiği ileri sürülmektedir.³⁵ Dolayısıyla susma hakkı işkence yasağı ile doğmasa da onunla yakın ilişki içerisinde.

1.1.1.2.3. Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkı, hukukun genel ilkelerine uygun norm oluşturulması ve kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından bu normlara uygun olarak, makul süre içerisinde adil ve hakkaniyetli yargılama yapılmasını ifade etmektedir.³⁶

Susma hakkını barındıran savunma hakkı, adil yargılanmanın önemli bir parçasını teşkil etmektedir. Savunma hakkı, suç işlediği iddia olunan bireyin, devlet tarafından kendisine yöneltilen eylem ve işlemlere karşı kendini korumak için yasal yollara başvurması ve yasal imkanlardan yararlanmasıdır.³⁷ Sanık kendisine isnat edilen fiille ilgili olarak susarak da savunmasını yapabilir.³⁸ Susma hakkı bulunmayan savunma hakkı eksik kalacaktır.³⁹

Kişinin kendisini etkin bir şekilde savunabilmesi için, ilk olarak isnadı öğrenmesi gerekmektedir. Neye ilişkin sustuğuna dair bilinçli olması da bu noktada önem arz edecektir.⁴⁰ Dolayısıyla isnadı öğrenme hakkı ile susma hakkı arasında da yakın bir ilişki mevcuttur.

Şüpheli veya sanığın hangi beyanlarının suçlayıcı olduğu, ne zaman susmasının lehine olacağını tam ve doğru olarak bilmesi beklenemeyeceğinden, Nemo Tenetur ilkesi bakımından müdafî yardımından yararlanma hakkı önem kazanmaktadır.⁴¹

³⁵ Buchholz, a.g.e., s. 24-25; Klaus Rogall, **Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst. Ein Beitrag zur Geltung des Satzes 'Nemo tenetur se ipsum prodere' im Strafverfahren**, Berlin, Dunker&Humblot, 1977, s. 106. Nitekim susma hakkının ortaya çıktığı ileri sürülen İngiltere’de, işkence yasaklandıktan sonra susma hakkının tanınmasına kadar iki yüz yıla yakın zaman geçmiştir.

³⁶ Kan Aydın, a.g.m., s. 151.

³⁷ Hamide Zafer, “Savunma Hakkı ve Sınırları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 19, Sayı: 2, Özel Sayı: Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 2013, s. 510.

³⁸ Zafer, a.g.m., s. 511; Aysun Altunkaş, **Hukuka Aykırı Delil Teorisi Işığında İfade Alma ve Sorgu**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s. 77.

³⁹ Kan Aydın, a.g.m., s. 148; Koca, Hazırlık, s. 54.

⁴⁰ Aydın, a.g.e., s. 19.

⁴¹ Ibid., s. 29; Chiesa, a.g.m. s. 35-36.

CMK m. 148/4 “*Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz*” düzenlemesiyle müdafî yokluğunda susma hakkından feragatin geçersiz olduğunu açıkça ifade ederek, iki ilke arasındaki ilişkiyi kurmuş görünmektedir. AİHM de *Condron* kararında, müdafînin bulunmasının, hem şüpheliyi sorulara cevap verip vermemesi konusunda yönlendirmesi hem de yapılan uyarılarda herhangi bir zorlama etkisinin olup olmadığını tespit etmesi açısından susma hakkı bakımından koruyucu önlem niteliğinde olduğunu vurgulamıştır.⁴²

Birey karşısında devletin delil elde etmedeki gücü göz önünde bulundurulduğunda, kişinin bir de aleyhine davaya yardım etmeye zorlanamaması ilkesi olmazsa, bu durumun silahların eşitliği ilkesine ciddi aykırılık teşkil edeceği iddia olunmaktadır.⁴³

Adil yargılanma başlığı altındaki önemli ilkelerden biri olarak masumiyet karinesi karşımıza çıkmaktadır. Suçluluğu kesinleşmiş mahkumiyet kararı ile ispat olunana dek herkes suçsuz sayılır.⁴⁴ Zira iddia makamı olan devlet, yargılama konusu suça ilişkin tüm temel unsurları ispat yüküne sahiptir.⁴⁵ Susma hakkı, kimsenin kendine isnat edilen suçun ispatına katılmakla yükümlü olmaması, kimsenin kendi suçsuzluğunu ispat külfeti altına sokulamaması demek olan masumiyet karinesiyle çok yakın ilişki içerisinde.⁴⁶ Kişi suçsuz sayıldığı için suçsuzluğunu ispat etmek zorunda bırakılamamakta ve kendisini savunmaya mecbur olmadığı için sorulara

⁴² AİHM, “*Condron v. The United Kingdom*”, 02.05.2000, (Başvuru No: 35718/97), para. 60, <https://hudoc.echr.coe.int>

⁴³ Beulke, a.g.e., para. 125; Peter Kasiske, “Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess”, **JuS**, Heft 1, 2014, s. 17; 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; Christoph Heinrich, Christian Rauch, Axel Wiehrer, “<<Nemo>> Tenetur Se Ipsum Accusare?”, (Çevrimiçi), <http://docplayer.net/64046471-Nemo-tenetur-se-ipsum-accusare-christoph-heinrich-christian-rauch-and-axel-wiehrer.html> , E.T.: 18.09.2018, s. 5.

⁴⁴ İlhan Üzülmüş, “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları”, **TBB Dergisi**, S. 58, Mayıs/Haziran 2005, s. 42; Metin Feyzioğlu, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, **AÜHFED**, C. 48, 1999/1-4, s. 137 vd. (Feyzioğlu, Suçsuzluk); Pınar Memiş, **Adil Yargılanmanın Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003, s. 4.

⁴⁵ Barton L. Ingraham, “The Right of Silence, the Presumption of Innocence, the Burden of Proof, and a Modest Proposal: A Reply to O’Reilly”, **Journal of Criminal Law and Criminology**, Vol: 86, 1996, s. 562-564.

⁴⁶ Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 71-74; Ashwort, a.g.m., s. 768; Memiş, a.g.e., s. 15; Michael S. Pardo, “Self-Incrimination and The Epistemology of Testimony”, **Cardozo Law Review**, Vol. 30, No. 3, 2008, s. 1042; Anthony Gray, “The Right to Silence Using Ameican and European Law to Protect a Fundamental Right”, **New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal**, Vol. 16, No. 4, Fall 2013, s. 533.

cevap vermeme hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla masumiyet karinesi susma hakkının bir nevi kaynağını oluşturmakta ve susmanın sanığın suçluluğunun göstergesi sayılmasına engel olmaktadır.⁴⁷

Adil ve hakkaniyetli yargılamanın temel ilkeleri ve uluslararası standartlar, susma hakkını bu kapsamda değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır.⁴⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de çeşitli kararlarında susma hakkının zımnen adil yargılanmayı düzenleyen altıncı maddenin içinde kabul ederek hüküm tesis etmiştir.⁴⁹ Hatta susma hakkını doğrudan suçsuzluk karinesinin bir unsuru olarak gördüğü kararları da bulunmaktadır.⁵⁰

1.1.1.2.4. İfade Özgürlüğü

Aktif ve pasif yönleriyle ulusal hukuklar ve uluslararası sözleşmeler tarafından güvence altına alınan ifade hürriyetinin edilgen boyutunu, şüpheli ve sanığa yargılama makamlarına cevap vermeme özgürlüğü tanıyan susma hakkı oluşturur. Yani birey, ister ifade hürriyetinin olumlu boyutunu teşkil eden aktif savunmayı yapar, ister olumsuz mahiyetteki pasif savunma metodu olan susma hakkını kullanır.⁵¹

Susma hakkını iki yönlü değerlendiren görüşe göre, susma hakkı ilk yönü ile Nemo Tenetur ilkesinin bir sonucudur. İkinci yönüyle ise susma hakkı, kişinin suskun

⁴⁷ Hakan Karakehya, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Bakımından Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2008, s. 160; Hinrich Rüping, "Zur Mitwirkungspflicht des Beschuldigten und Angeklagten", **Juristische Rundschau**, 1974, s. 138.

⁴⁸ Hans Meyer Ladewig, "Adil Yargılanma Hakkı I", Çev. Özlem Yenerer Çakmut, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Kunter'e Armağan**, Ankara, Seçkin, 2004, s. 261 (Ladewig, I).

⁴⁹ AİHM, "*Funke v. France*", 25.02.1993, (Başvuru No. 10828/84), para.44; "*John Murray v. The United Kingdom*", 08.02.1996, (Başvuru No. 18731/9), para.45; "*Saunders v. The United Kingdom*", 17.12.1996, (Başvuru No. 19187/91), paras. 68-69; "*Allan v. The United Kingdom*", 05.11.2002, (Başvuru No. 48539/99), para.44; "*Jalloh v. Germany*", 11.07.2006, (Başvuru No. 54810/00), paras.94-117; "*O'Halloran and Francis v. The United Kingdom*", 29.06.2007, (Başvuru No'ları 5809/02 ve 25624/02), paras. 53-63; "*Bykov v. Russia*", 10.03.2009, (Başvuru No. 4378/02), para.92; "*Weh v. Austria*", 08.04.2004, (Başvuru No. 38544/97), para.39, <https://hudoc.echr.coe.int> . Ashwort, a.g.m., s. 1255.

⁵⁰ Friedrich-Christian Schroeder, Feridun Yenisey, Wolfgang Peukert, **Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi**, İstanbul, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayınları, 1999, s. 50; Heinrich-Rauch-Wiehrer, a.g.m., s. 2-4; Mike Redmayne, "Rethinking The Privilege Against Self-Incrimination", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 27, No. 2., 2007, s. 219. (Redmayne, Privilege)

⁵¹ Kocaoğlu, a.g.m., s. 31-32; Koca, Hazırlık, s. 109; Susma hakkının ifade özgürlüğünün olumsuz yansıması olarak gören görüş için bkz. Didar Özdemir, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Susma Hakkı", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017/2, s. 150.

kalmasından aleyhine sonuç çıkarılamamasını garanti altına alan, ifade özgürlüğünün bir uzantısı olarak kabul edilmektedir.⁵² Bu noktada susma hakkı, şüpheli veya sanığın ifade özgürlüğünü kullanma şekli olarak belirmektedir.

1.1.2. Susma Hakkının Temellendirilmesi

1.1.2.1. Sisteme İlişkin Gerekçeler

1.1.2.1.1. Delil Güvenliğinin Sağlanması

Susma hakkının temellendirilmesinde başta gelen sistemsal gerekçe, delil güvenliğinin sağlamasıdır. Kişi eğer beyanda bulunmaya zorlanırsa, bu zoru ortadan kaldırmak amacıyla beyanda bulunabilecektir.⁵³ Bu beyanın da doğrudan ziyade, soruyu soranın duymayı arzuladığı cevabı içermesi muhtemel olacaktır. Örneğin işkenceye maruz kalan kişinin bu acıyı sonlandırmak için suçu kabul etmekten başka çaresi kalmamaktadır.⁵⁴ İşkenceden kurtulmak için yalan söylemek olağan bir sonuçtur.⁵⁵ Teknik anlamda bir işkence söz konusu olmasa dahi, suçlu kişinin ceza alacağını, hapse gireceğini bile bile doğruyu söyleyeceğini varsaymak, her zaman insan doğasına uygun ve gerçekçi olmayacaktır.⁵⁶ Böylelikle susma hakkı tanınmasına rağmen beyanda bulunan sanığın ifadeleri ve varsa ikrarı gönüllülük esasına dayandığından güvenilir olacak ve ispatta kullanılabilecektir.⁵⁷

Doktrinde bu görüşün aksine, susma hakkının polis sorgusunu hayli zorlaştırarak maddi gerçeğe ulaşılmasını engellediği ya da geciktirdiği, hatta yanlış beraatlerin artmasına sebep olduğu fikri de ileri sürülmektedir.⁵⁸

⁵² Özdemir, a.g.m., s. 152; Kan Aydın, a.g.m., s. 163; Şahin, a.g.e., s. 140.

⁵³ Chiesa, a.g.m., s. 36; (Yazar Belirtilmemiş), **The Abrogation Of The Privilege Against Self-Incrimination**, Discussion Paper WP, No 57, Queensland Law Reform Commission, August 2003, s. 25-27.

⁵⁴ Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev. Sami Selçuk, 2. Baskı, Ankara, İmge Yayınevi, 2010, s. 90.

⁵⁵ Aristoteles, **Retorik**, Çev. Mehmet H. Doğan, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 1995, s. 91.

⁵⁶ Gökçen-Balcı-Alşahin, a.g.e., s. 327; Öztürk et al., a.g.e., s. 241; Schroeder-Yenisey- Peukert, a.g.e., s. 155.

⁵⁷ Chiesa, a.g.m., s. 51-53.

⁵⁸ Ronald J. Allen, "Theorizing About Self-Incrimination", **Cardozo Law Review**, Vol. 30, 2008-2009, s. 731-732.

Delil güvenliği noktasında ileri sürülen bir diğer gerekçe Stuntz' un ortaya attığı durumsal mazeret teorisidir. Maddi hukuka dayandırılan teoriye göre, şüpheli veya sanığın yalan söylemesi, kişinin ruhsal duruma ilişkin bir mazeretinin olduğu gerekçesiyle makul hale getirilebilir.⁵⁹ Buradan, sanık için yalanın cazip olduğu hallerde susma hakkı bireyi beyanda bulunmaktan muaf tutarak yargılama sürecinin daha güvenilir ilerlemesini sağlamaktadır.⁶⁰

Bu teoriye de eleştiriler yöneltilmiştir. Bunlardan en önemlisi, ceza yargılamasının yalan ifadeden ve doğru olmayan hükümden sakınmak için tek çaresinin susma hakkını tanımak olmadığı, aksine maddi ceza hukukunda rüşvete, delilleri yok etmeye, yalan tanıklığa, iftiraya sonuç bağlanmasının da bu konuda bir güvence oluşturacağı itirazıdır.⁶¹

1.1.2.1.2. Sosyal Sözleşme Teorisi

Susma hakkının, sosyal sözleşme teorileri kapsamında da gerekçelendirildiği görülmektedir. Locke' un sosyal sözleşme teorisine göre vatandaşlar doğal durumdayken belli haklarını devretmek suretiyle devleti kurmuşlardır.⁶² Buna doğal hukuku ihlal edenleri yargılama ve cezalandırma hakkı da dahildir.⁶³ Ancak vatandaşlar belli doğal haklara sahip olmaya devam edecektir ve bunlara saldırı halinde bir meşru savunma söz konusu olabilecektir.⁶⁴ Bu açıklama susma hakkının da bir meşru savunma olarak kabul edilebileceğini göstermekteyse de, bireyin doğal hukuku ihlal ettiği halde, yani şüphelinin masum olmadığı hallerde söz konusu hak geçerli olmayacaktır.⁶⁵

⁵⁹ William J. Stuntz, "Self-Incrimination and Excuse", **Columbia Law Review**, Vol. 88, 1988, s. 1242 vd.

⁶⁰ Stuntz, a.g.m., s. 1295; Aydın, a.g.e., s. 168.

⁶¹ Aydın, a.g.e., s. 169.

⁶² 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> , E.T.: 16.02.2019.

⁶³ İtişgen, a.g.e., s. 59.

⁶⁴ Locke, a.g.e., paras. 131, 135, 149, 168, 172, 208.

⁶⁵ İtişgen, a.g.e., s. 59. Bedene ya da özgürlüğe yönelik cezaları, vücut dokunulmazlığı ve kişi özgürlüğü gibi doğal haklara yönelen saldırılar olarak ifade edip susma hakkını meşru savunma ile gerekçelendirmek ancak, bireyin masum olduğu hallerde makul olacaktır.

Hobbes' un teorisine göre ise, doğal hukuk kişiye kendini yıkacak davranışlarda bulunmaktan sakınacağını öngörür. Buna göre de insan doğası itibariyle kendini suçlamaya, intiharına neden olacak bir rejimi kabule zorlanamaz. Hobbes bunu şu şekilde ifade etmiştir: “...İnsan, doğal olarak, ehven-i şeri seçer; yani, bu durumda, direnmeyince mutlak ve kesin olan ölüm yerine, direnirken ölme tehlikesini seçer. (...) Öyle ki suçlular kendilerini mahkûm eden yasayı önceden kabul ettikleri halde, idama ve hapis haneye silahlı adamlar eşliğinde götürülürler. Hiç kimse kendini suçlamaya zorlanamaz. (...) Aynı şey, bir baba, eş veya velinimet gibi, mahkûm olmaları sonucunda insanın yoksulluğa düşeceği kişilerin suçlanması için de doğrudur.”⁶⁶ Zira bu tarz ifadeler doğal olarak geçersiz olacağı için kabul edilmemeli, kabul edilmeyecek bir ifadenin de verilmesi zorunlu olmamalıdır.⁶⁷

1.1.2.1.3. Devletle Sanık Arasındaki Adil Dengeyi Korumak

Nemo Tenetur ya da susma hakkının işkenceye karşı bir tür korunma aracı olduğu düşüncesi yaygın olarak kabul görmektedir.⁶⁸ Suçu ispat külfeti iddia makamının yani devletin üzerindedir.⁶⁹ Devlet güçlüdür, tüm kaynaklar onun elindedir ve güvenlik kaygısı yüzünden suçlayıcı delil bulmaya istekli ve ehildir.⁷⁰ Hal böyle iken, bir de şüpheli ve sanıkların konuşma yükümlülüklerinin olması durumunda baskıcı sorgu yöntemleri karşısında çaresiz kalınabilir.⁷¹ İşte sanık aleyhine olan bu dengesizliği aşmak, bir nevi silahların eşitliğini tesis etmek, devlet iktidarının kötüye kullanılmasına engel olup adil yargılanmayı gerçekleştirmek için, susma hakkı var olmalıdır.⁷²

Bu gerekçeye getirilen en temel eleştirilerden birisi, bugün artık dünya çapında bir işkenceye karşı farkındalık oluşmuş olmasıdır.⁷³ İşkenceye maruz kalan kişinin

⁶⁶ Thomas Hobbes, **Leviathan**, Çev. Semih Lim, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 1993, s. 103, 104.

⁶⁷ Hobbes, a.g.e., s. 104.

⁶⁸ Aydın, a.g.e., s. 125; Roy Moreland, “Historical Background and Implications of the Privilege Against Self-Incrimination”, **Kentucky Law Journal**, Vol: 44, 1955-1956, s. 274; Özgenç, a.g.m., s. 141; Ünver-Hakeri, a.g.e, s. 13.

⁶⁹ Feyzioğlu, Suçsuzluk, s. 138; Üzülmüş, a.g.m., s.44; Ashwort, a.g.m., s. 768; Pardo, a.g.m., s. 1042.

⁷⁰ Ian Dennis, “Instrumental Protection, Human Right or Functional Necessity? Reassessing the Privilege Against Self-Incrimination”, **Cambridge Law Journal**, Vol: 54(2), July 1995, s. 374, 375.

⁷¹ Erwin N. Griswold, “The Fifth Amendment Today”, **MArq. L. Rev.**, Vol: 39, 1955-1956, s. 201.

⁷² Helen O’Sullivan, **The Right To Silence At Trial, A Critique and A Call for A New Approach**, Griffith Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Doktora Tezi, Ağustos 2007, s. 137.

⁷³ Aydın, a.g.e., s. 128.

verdiği deliller zaten hukuka aykırı kabul edilmekte ve işkencenin uygulanması hukuk devleti ilkesine ters düşmektedir.⁷⁴ Yani susma hakkının günümüzde işkenceye karşı siper olduğundan değil, yargılama makamlarının örneğin yemin altında dinleme, hile ve aldatma yöntemleri kullanma gibi diğer baskı yöntemlerini engellediği iddia olunabilir.⁷⁵

Bir diğer eleştiri ise, devletle şüpheli ve sanık arasında bir fırsat eşitliği yaratmanın gerekliliğini sorgulayarak, hukuka riayet ederek suçluların cezalandırılmasını şiar edinen bir ceza adalet sisteminde susma hakkının gerekçesinin devletle sanık arasında denge olamayacağını savunmaktadır.⁷⁶

Son olarak, bugün suçlulukla ve belirli suç türleriyle mücadele için uluslararası iş birliği ve yardımlaşma sözleşmeleri imzalanmakta ve uygulanmaktadır. Böyle bir ortamda, ceza muhakemesinde birey ve devlet arasında denge kurmak ne kadar yerinde bir beklentidir?⁷⁷

1.1.2.1.4. İtham Sisteminin Korunması

Doktrinde kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması hakkının itham sisteminin doğasından ileri geldiği sıklıkla ifade edilmektedir.⁷⁸ Antik Yunan’da ve Roma’da uygulanıp bugün Anglosakson hukukunun dayanağı kabul edilen itham sisteminde, özel hukuk yargılamalarında olduğu gibi taraf egemenliğine dayalı bir yapı söz konusudur.⁷⁹ Dolayısıyla iki taraf arasında iddia yarışına benzeyen itham sisteminde kendini suçlamak (*self-incrimination*) oldukça yabancı bir kavramdır.⁸⁰

⁷⁴ David Dolinko, “Is There A Rationale For The Privilege Against Self-Incrimination”, **UCLA Law Review**, Vol: 33, 1985, s. 1080.

⁷⁵ Ibid., s. 1080; Leonard G. Ratner, “Consequences of Exercizing the Privilege against Self-Incrimination”, **The University of Chicago Law Review**, Vol. 24, No. 3, Spring 1957, s.484; Ahmet Emrah Akyazan, “Miranda Hakları (Miranda v. Arizona 1966)”, **TBB Dergisi**, Yıl: 2007, Sayı: 71, s. 351.

⁷⁶ Stephen J. Schulhofer, “Some Kind Words For The Privilage Against Self-Incrimination”, **Valparaiso University Law Review**, Vol. 26, 1991, s. 317, 318.

⁷⁷ Allen, a.g.m., s. 731.

⁷⁸ David M. O’Brien, “The Fift Amendment: Fox Hunters, Old Women, Hermits and the Burger Court”, **Notre Dame Law Review**, Vol: 54, 1978-1979, s. 36; 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; Bilalli-Zendeli, a.g.m., s. 157.

⁷⁹ İtişgen, a.g.e., s. 52; Aydın, a.g.e., s. 130.

⁸⁰ Kramer, a.g.e., para. 30.

Ceza Muhakemesi' nde bilinen ilk sistem olarak kabul edilen itham sisteminin temelinde suçun tüm toplumu değil, sadece zarar göreni ilgilendirdiği fikri yatar.⁸¹ Mağdurun harekete geçirdiği sistemde iddia ve savunma özgürce tartışır.⁸² Günümüzde iddiayı ve onu destekleyen delilleri ortaya koyma savcılık kurumunun görevidir.⁸³

Diğer yandan tahkik sistemi tarihsel sıralama olarak itham sisteminden sonra doğmuş, suçun toplum düzenini ihlal ettiği kabul edilmiştir. Artık ceza muhakemesi karşılıklı bir iddia yarışından çıkmış, devlet tarafından atanan hakimin re'sen delil topladığı ve vicdani kanaatine göre karar verdiği sistemde işkence de meşru görülmüştür.⁸⁴ İşte bu sistemde ikrar çok merkezi bir konumda yer aldığı ve işkence pahasına elde edilmeye çalışıldığı ve delil araştırması noktasında şüpheli bir obje konumunda olduğu için, kendini suçlamaya zorlanamama hakkı açısından yeterli teorik zemin oluşamayacaktır. Günümüzde işkence yasaklanmış da olsa, tahkik sisteminde jürinin bulunmayışı ve delillerin serbest değerlendirilmesinin söz konusu olması delil kurallarının çoğuna olan ihtiyacı elimine etmektedir.⁸⁵

Ancak bugün devletin de iddia makamı olarak dahil edildiği ve iki taraf arası iddia yarışına benzeyen itham sistemine 'kendini itham etme' kavramı oldukça yabancıdır.⁸⁶ Zira bu sistemde, birisinin suçlu olduğunu iddia eden tarafın, kendi iddiasını ispat için karşı tarafı delil vermeye zorlaması mümkün olmaz.⁸⁷ Amerikan Yüksek Mahkemesi de susma hakkının itham sisteminin en temel değerlerinden olduğunu açıkça ifade etmektedir.⁸⁸

⁸¹ Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 60.

⁸² Ibid., s. 60.

⁸³ Dann, a.g.m., s. 602.

⁸⁴ Soyaslan, a.g.e., s 61.

⁸⁵ Stephen C. Thaman, "Taking The Right To Remain Silent Seriously: Miranda v. Arizona In Comparartive Perspective", (Çevrimiçi), www.kcla.net/download.red?fid=98, E.T.:24.02.2019.; K van Dijkhorst, "The Right of Silence is the Game Worth the Candle?", **S. African L.J.**, Vol. 118, 2001, s. 36. İtişgen, a.g.e., s. 52.

⁸⁶ Kramer, a.g.e., s. 30.

⁸⁷ Dann, a.g.m., s. 602.

⁸⁸ *Miranda v. Arizona*, 384 US 436, 460 (1966).

1.1.2.2. Bireye İlişkin Gerekçeler

1.1.2.2.1. Özel Hayatın Gizliliği

Mahremiyet, genel olarak bireylerin, kendi hayatlarını başkalarıyla ne oranda paylaşacağını belirleme hakkını ifade etmektedir.⁸⁹ Susma hakkının amaçlarından birinin de özel hayatın gizliliğine saygı duyulması olduğu belirtilmektedir.⁹⁰ Ceza muhakemesi işlemleri kişinin özel hayatına ciddi derecede müdahale niteliği taşımaktadır.⁹¹ Bu durum karşısında, kişiye en azından kime ve hangi durumlarda açıklama yapacağını seçme özgürlüğü tanınarak özel hayatına saygı gösterilmelidir.⁹²

Kişi masum olduğu ve konuşarak bunu ortaya koyabileceği hallerde dahi, özel hayatını ifşa etmemek için susma hakkını kullanmak isteyebilir.⁹³ Örneğin, cinayet saatinde sevgiliyle buluşan evli şüpheli ya da cinsel saldırı suçundan yargılanan ve aslında eşcinsel olan sanık mahkumiyet pahasına susmayı tercih ederse buna ancak saygı duymak gerekir.

Susma hakkının özel hayatın gizliliği ile gerekçelendirilmesine itiraz eden görüşler bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre, susma hakkı bireyin özel hayatını yalnızca kendi yapacağı açıklamalar kapsamında korur, oysa başkaları tarafından da mahrem bilgilerin ifşa edilmesi mümkündür.⁹⁴ İkinci itiraz, mahremiyet gerekçesinin sadece söz konusu bilgilerin kişiyi suçlayıcı nitelikte olduğu hallerde geçerli olabileceği noktasında toplanır.⁹⁵ Örneğin, Amerikan hukukunda bağışıklık kanunlarına göre vereceği ifadeden ötürü ceza kovuşturmasına tabi olmayacağının garantisini alan kişinin özel hayatına ilişkin de olsa konuşmakla yükümlü olmasından

⁸⁹ Tanım ve mahremiyet hakkına ilişkin detay için bkz., Mehmet Yüksel, “Mahremiyet Hakkı ve Sosyo Tarihîsel Gelişimi”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 58-1, 2003, s. 182.

⁹⁰ Neumann, a.g.m., s. 3; Stuntz, a.g.m., s. 1232.

⁹¹ MacCulloh, a.g.m., s. 217.

⁹² İtişgen, a.g.m., s. 56-57; MacCulloh, a.g.m., s. 216;

⁹³ İtişgen, a.g.m., s. 56-57; Dann, a.g.m., s. 604; 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. 846.

⁹⁴ Dolinko, a.g.m., s. 1108 vd.; Bilz, a.g.m., s. 846-847.

⁹⁵ Dolinko, a.g.m., s. 1115 vd; Aydın, a.g.e., s. 153-155; Vincent Martin Bonventre, “An Alternative to The Constitutional Privilege Against Self- Incrimination”, **Brooklyn Law Review**, Vol. 49, 1982, s. 48.

ötürü bu gerekçe temelsiz kalmaktadır.⁹⁶ Üçüncü ve son itiraza göre ise, özel hayata saygı gösterilmesi mutlak bir hak değildir ve bazı hallerde toplumsal çıkarlar bu bireysel hakka üstün gelebilir.⁹⁷

1.1.2.2.2. Acımasız Üçlem

Susma hakkı doğmadan önceki dönemde İngiltere’de sanıklar, kendi aleyhlerine yemin altında tanıklık yapmak ve doğruyu söylemek zorundaydılar.⁹⁸ Bu durumda ya yalan söyleyerek ölümcül bir günah işleyecekler, ya cevap vermeyi reddederek mahkemeye itaatsizlikten cezalandırılacak ya da doğruyu söyleyerek ceza alacaklar ve böylece kendini koruma doğal görevlerine ihanet etmiş olacaklardır.⁹⁹ İşte bu durumda sanıklar acımasız üçlem (*cruel trilemma*) olarak adlandırılan bir çelişkide bırakılmaktadır.¹⁰⁰ Kişinin susması, doğruyu söylemesi ya da yalan söylemesi hallerinin her biri için acı verici sonuçların olması dolayısıyla içine düştüğü çaresizlik insanın doğasından gelen kendini koruma güdüsüne aykırıdır.¹⁰¹ Susma hakkının tanınması bu acımasızlığı ortadan kaldırdığı için mantıksal bir temele oturtulmaya çalışılmıştır.¹⁰²

Doktrinde bu gerekçe de çeşitli eleştirilere tabi tutulmuştur. Öncelikle, kişinin kendini suçlamaya zorlanmasında nasıl bir acımasızlık olabileceği akılcı temele oturtulamamıştır.¹⁰³ İkinci olarak, masum kişilerin acımasız üçlemde kalmayacaklarını, bu acının sadece gerçekten suçlu kişiler tarafından yaşanacağı belirtilmiştir. Bu da hukuk sisteminin bireyi tanıklığa zorlamaktan gelen değil, kişinin suç işlemekten önceki iradi kararının sonucudur.¹⁰⁴ Son olarak da, yargılama sonucu kişiye işlediği için verilecek cezadan başka kendini itham etmenin acı veren bir sonucu

⁹⁶ Bonventre, a.g.m., s. 78; 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. 136.

⁹⁷ Dolinko, a.g.m., s. 1118.

⁹⁸ Aydın, a.g.e., s. 41.

⁹⁹ Aydın, a.g.e., s. 41.

¹⁰⁰ Kent Greenawalt, “Silence as a Moral and Constitutional Right”, **William & Marry Law Review**, Vol: 23, 1981, s. 39.

¹⁰¹ Peter Westen, Steward Mandell, “To Talk, To Balk, or to Lie: The Emerging Fifth Amendment Doctrine of the ‘Preferred Response’”, **American Criminal Law Review**, Vol: 19, 1981, s. 521.

¹⁰² Greenawalt, a.g.m., s. 39; Dolinko, a.g.m., s. 1091-1092; Westen-Mandell, a.g.m., s. 521; O’Brien, a.g.m., s. 43.

¹⁰³ Dolinko, a.g.m., s. 1092-1093.

¹⁰⁴ Dennis, a.g.m., s. 359; Schulhofer, a.g.m., s. 319.

olmadığı, ceza acısının da uyuşmazlıkları çözme amacı doğrultusunda gerekli olduğu gözden kaçırılmamalıdır.¹⁰⁵ Nitekim suçları örtbas etmek için delilleri karartmak, yalancı şahitlik yapmak, rüşvet vermek gibi hareketlerin cezalandırılmasında kişinin kendini koruma içgüdüsü bir savunma aracı olarak kullanılamaz.¹⁰⁶

1.1.2.2.3. Bireysel Otonominin Korunması

Bireysel otonomiden kastedilen, kendi kaderini tayin hakkıdır. Kendini suçlamaya karşı imtiyaz, aleyhine yargılamaya ne ölçüde katılacağını kişinin özgür iradesiyle yapacağı seçime bırakır. Bugün delil elde etmek için işkence veya diğer iradeyi sakatlayan sorgu yöntemleri yasaklanmıştır.¹⁰⁷ İşkence kavramının halihazırda hukuk devletine aykırı olduğu kabul edildiğinden, bugün bireysel otonomi daha çok, çeşitli yöntemlerle kişinin iradesinin yanıltılması kapsamında tehdit edilmektedir.¹⁰⁸ Aldatma ve hile başta olmak üzere, yalan ifadeler ortaya koyma, şakalaşma, etkisizleştirme, suçun hukuki ya da ahlaki boyutunu önemsizleştirerek şüpheliye kendisini iyi hissettirip konuşturma teknikleri bu yöntemlere örnek verilebilir.¹⁰⁹

AİHM de çeşitli kararlarında, adil yargılanma hakkının varlığından söz edebilmek için, şüpheli veya sanığın obje değil, süje olarak kabulünü ve buna bağlı olarak özgür iradesinin varlığını önkoşul olarak kabul etmektedir.¹¹⁰ Susma hakkında da kişilere kendini suçlama ya da susma arasında özgür iradesiyle seçim yapabilme hürriyetinin tanınması söz konusudur.¹¹¹ Bu da bireysel otonominin korunmasını sağlamaktadır. Nitekim Alman hukuk doktrininde de mevzuatta açıkça yer almayan

¹⁰⁵ Schulhofer, a.g.m., s. 318.

¹⁰⁶ Aydın, a.g.m., s. 142-143.

¹⁰⁷ 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, The International Centre For Criminal Law Reform And Criminal Justice Policy, 25-16 October 2001, s. 4; Bilz, a.g.m., s. 842.

¹⁰⁸ Dolinko, a.g.m., s. 1080.

¹⁰⁹ Akyazan, a.g.m., s. 351.

¹¹⁰ Ladewig, I, s. 258.

¹¹¹ 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. 52; Eileen Skinnider, **The Art Of Confessions: A Comparative Look At The Law Of Confessions – Canada, England, The United States And Australia**, The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, December 2005, s. 8, 13- 14; Griffin, a.g.m., s. 941.

susma hakkı, Anayasa'nın insan onuru ve kendi kaderini tayin haklarını düzenleyen maddelerine dayandırılmaktadır.¹¹²

Ancak bugün devletler devlet gücünü kullanarak bireyleri pek çok davranışta bulunmaya zorlamaktadırlar. En temel örnek olarak zorunlu askerlik hizmeti ve vergi mükellefiyeti verilebilir.¹¹³ Öte yandan ceza muhakemesi hukukunda da zorlayıcı birçok tedbir olduğu gibi, şüpheliler kendilerini suçlayıcı vücut dokularını ya da DNA örneklerini vermeye zorlanabilmektedir. Bu ve bunun gibi çoğaltılabilecek örnekler bireysel otonomi tezini sarsar görünmektedir.¹¹⁴

1.2. Tarihçe

Nemo Tenetur ilkesinin ortaya çıkışına dair kesin bir tarih vermek mümkün görünmemektedir. Ancak susma hakkının Talmud' un Yahudi hukukunda ve kanonik hukukun ilk zamanlarında tanındığı bilinmektedir.¹¹⁵ Kilise pratiğinde oldukça oturmuş ve eski bir ilke olsa da¹¹⁶, dine ve devlete karşı devrimle paralel bir gelişim izlemiş ve neredeyse on sekizinci yüzyıla kadar tam anlamıyla ortaya çıkamamıştır.¹¹⁷

1.2.1. Anglosakson Hukuku

Her ne kadar Magna Carta¹¹⁸'da açıkça yer almasa da susma hakkının temellerinin bu bildirgeyle atıldığı ifade edilmektedir.¹¹⁹ On dördüncü yüzyılda İngiliz Parlamentosu kilisenin kendini suçlayıcı ve yemin gerektiren tahkik sistemini

¹¹² Kasiske, a.g.m., s. 16-17; Almanya, Alman Federal Cumhuriyeti Anayasası, Kabul: 23.05.1949, Resmi Gazete Tarih: 1949, Sayı: S.1, m. 1/1: “İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür”, m. 2/1: “Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir.”

¹¹³ Allen, a.g.m., s. 732 vd.

¹¹⁴ Ibid., s. 737.

¹¹⁵ Demirbaş, a.g.e., s. 149; Rudolph Müller, “Neue Ermittlungsmethoden und das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung”, *EuGRZ*, Vol. 28, 2002, s. 546 vd.; Helmholz, a.g.m., s. 969 vd.

¹¹⁶ Skinnider, a.g.m., s. 6; Skinnider-Gordon, a.g.m., s. 7; Helmholz, a.g.m., s. 982.

¹¹⁷ 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; Patrick Granfield, “The Right to Silence: Magisterial Development”, *Theological Studies*, Vol. 26, 1965, s. 402.

¹¹⁸ Magna Carta Libertatum, Hürriyetlerin Büyük Fermanı, 19 Haziran 1215.

¹¹⁹ Levy, History, s. 4; Kocaoğlu, a.g.m., s. 32.

yasakladı ve Magna Carta'nın 39. maddesini¹²⁰ tekrar kabul ederek, kilise mahkemelerindeki bu uygulamaların bildiriye aykırı olduğunu vurguladı.¹²¹

15. yüzyıla gelindiğinde, Kraliyetin dini meselelere daha fazla hükmetmek arzusu kapsamında *Star Chamber* isimli ceza mahkemeleri ve *High Commission* isimli kilise mahkemeleri kuruldu ve burada tahkik usulunun uygulanacağı öngörüldü.¹²² Bu mahkemelerde hem işkence yöntemleri uygulanmaya hem de kişiler kendi aleyhlerine yeminli olarak dinlenmeye başlandı.¹²³ Üstelik yargıca doğruyu söylemeyen sanık, ölümcül bir günah işlemiş sayılıyordu.¹²⁴ Öyle ki bu dönemde, susan sanık konuşturulmak için işkence görüyor, yalan söyleyen sanık öldürülüyor, doğru söyleyip suçunu itiraf eden ise suçuna göre bedensel yaptırım da gerektiren cezalara çarptırılıyordu.¹²⁵ Acımasız üçlem ile kastedilen de tam olarak buydu.

16. yüzyılda meclis piskoposların engizisyon uygulamalarını yasakladı.¹²⁶ Bu yüzyılın sonlarına doğru kimi İngiliz yargıçları kimsenin kendi aleyhine delil üretmek zorunda olmadığını, ceza muhakemesinin kral buyrukları ve onun hususi mahkemelerinin kuralları ile değil, Parlamento tarafından çıkarılan kanunlar uyarınca yürütülmesi gerektiğini dile getirdiler ve bu yönde kararlar vermeye başladılar.¹²⁷

¹²⁰ “Kendi zümresinden olanlar ya da ülkenin ilgili yasalarına uygun olarak verilen bir karar olmadıkça hiçbir özgür kişi tutuklanamaz, hapse atılamaz, mal ve mülkü elinden alınamaz, sürgüne yollanamaz ya da herhangi bir biçimde kötü muameleye maruz bırakılamaz.” Kaynak: <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Magna2017-2.pdf> , E.T.: 24.02.2019.

¹²¹ Morgan, a.g.m., s. 4-5; Levy, History, s. 4-5. Bu tarihe kadar mahkemenin soracağı tüm sorulara doğru cevap vereceğine dair sanığa sürecin başında yemin ettirilmesi (*ex officio*) uygulaması, aslında itham usulü uygulanan İngiliz ceza yargılama sistemine prensipte aykırıydı, bkz., Leonard W. Levy, **Origins of The Fifth Amendment: The Right Against Self-Incrimination**, New York, Oxford University Press, 1968, s. 47. Ancak, güvenilir ikrar elde etmede hayli efektif bir yöntem olduğundan Krallık tarafından da vazgeçilemiyordu. Bkz., Scott A. Trainor, “A Comparative Analysis Of Corporation’s Right Against Self- Incrimination”, **Fordham International Law Journal**, Vol: 18, 1995, s. 2146.

¹²² Gray, a.g.m., s. 530; Levy, Origins, s. 54 vd. Din düşmanlarının elimine edilmesi ve isyanların engellenerek otoritenin sağlamaştırılması için kilise Krallığı yemin de dahil olmak üzere tahkik sistemlerinin yeniden kullanılması konusunda ikna etti. Bkz., Morgan, a.g.m., s. 6.

¹²³ Dijkhorst, a.g.m., s. 29 vd.; Kemp, a.g.m., s. 249-251; Granfield, a.g.m., s. 411.

¹²⁴ Granfield, **a.g.e.**, s. 409; 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.

¹²⁵ Steven Penney, “Theories of Confession Admissibility: A Historical View”, **American Journal of Criminal Law**, Vol: 25, 1998, s. 315.

¹²⁶ Gray, a.g.m., s. 530.

¹²⁷ Ibid., s. 530; Robert Beale isimli parlamento üyesi bir avukat ve baş yargıç Edward Coke her fırsatta *ex officio* yu ve bunu kullanan özel yetkili mahkemeleri eleştirdiler, bkz. Levy, Origins, s. 170.

17. yüzyılın başında tahkik sistemi ‘*qui tacet*’ kuralıyla tekrar bir canlanış yaşadı.¹²⁸ Buna göre sukut ikrardan geliyordu, yani suçlamalar karşısında susan kişi bu suçlamaları kabul etmiş sayılıyordu.¹²⁹

Bu konuda bir dönüm noktası belirlemek gerekirse, Lilburne isimli şahsın kendine zarar verebileceği gerekçesiyle sorulara cevap vermemesi sonucu mahkemeye itaatsizlikten ölüm cezasına çarptırıldığı ve Parlamento’nun bu cezayı hukuka aykırı bularak *Star Chamber* ve *High Commission*’u kaldırıp engizisyon yöntemlerini ceza davalarından yasakladığı 1641 yılı seçilebilir.¹³⁰ 1688 devriminden hemen önce, Kral 2. James’in kanununa riayet etmemekten yargılanan piskoposlardan biri, son derece ironik olarak, susma hakkını kullanmak istediğini beyan etmiştir.¹³¹ Buradan alarak, susma hakkının işkencenin yasaklanması ve yeminin kaldırılmasına bağlı olarak doğduğu ve 1700’lerin başından itibaren Birleşik Krallık’ ta uygulandığı iddia olunmaktadır.¹³² Nitekim Amerikan Anayasası’nı hazırlayan kurucuların da ek beşte bu hakka yer verirken temel gayeleri, işkenceyi engellemek olmuştur.¹³³

Buraya kadar anlatılanlar, susma hakkının ortaya çıkışı noktasında geleneksel görüşü temsil etmektedir. Ancak yakın zamanda yapılan araştırmalar ve elde edilen bulgular, Nemo Tenetur ilkesinin kökenini *ius communed*an aldığını ortaya koymaktadır.¹³⁴ *High Commission* önünde yemin etmek istemeyenler, temeli *ius commune* olan kaynaklara atıf yapmışlardır.¹³⁵ Kaldı ki terimsel açıdan dahi kanonik

¹²⁸ Gray, a.g.m., s. 531.

¹²⁹ Frank R. Herrmann, Brownlow M. Speer, “Standing Mute at Arrest as Evidence of Guilt: The "Right to Silence" Under Attack”, **American Journal of Criminal Law**, Vol: 35, L.1, Fall 2007, s. 3.

¹³⁰ Harold W. Wolfram, “John Lilburne: Democracy’s Pillar of Fire”, **Syracuse Law Review**, Vol. 3, 1952, s. 220 vd.

¹³¹ Wolfram, a.g.m., s. 220 vd.; Gray, a.g.m., s. 531.

¹³² Granfield, a.g.e., s. 401, 402; Godsey, a.g.e., s. 479; Levy, Origins, s. 304, 325; Wigmore, a.g.m., s. 289.

¹³³ Penney, a.g.m., s. 319; Alschuler, Peculiar, s. 2651.

¹³⁴ Helmholtz, a.g.m., s. 967; Alschuler, Peculiar, s. 2638-2641; Mark Macnair, “The Early Development of the Privilege Against Self Incrimination”, **Oxford J. Legal Stud.**, Vol. 10, 1990, s. 68-70; John H. Langbein, “The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law”, **Michigan Law Review**, Vol. 92, March 1994, s. 1072; 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. 427.

¹³⁵ Helmholtz, a.g.m., s. 969.

bir ilke olan Nemo Tenetur¹³⁶ varlığını İngiliz hukuk sistemine karşı ayaklanmalara borçlu değildir.¹³⁷

Susma hakkı asıl, ceza yargılamasında itham sisteminin yükselişi ve savunma avukatlığının 1696'da¹³⁸ İngiliz hukukuna ve 1791 Haklar Bildirgesine (*Bill of Rights*) girmesiyle anlam kazanmıştır.¹³⁹ Avukata erişim hakkının olmayışı, savunma tanıklarına getirilen sınırlamalar, soruşturma evresinde başta tutukluluk olmak üzere uygulanan yıldırıcı yöntemler ve mahkemenin amacının cezalandırma olması, sanığa konuşmaktan başka çare bırakmıyordu.¹⁴⁰ Ceza yargısında sanıktan suçsuzluğunu ispat etmesinin beklenmesi anlayışının, suçsuz kabul edilen sanığa, iddia makamının savını sarsma hakkı tanınması şeklinde evrilmesi ile modern anlamda susma hakkı doğmuş kabul edilmelidir.¹⁴¹

Susma hakkının palazlanması, 1829 yılında örgütlü ve devlet kontrolündeki polis gücünün kurulmasıyla olmuştur.¹⁴² Ancak bu dönemde mahkemeler, sanığın beyanlarını dışlama kuralı çerçevesinde değerlendirerek fazlasıyla beraat kararı çıkarmış, mahkumiyet hükümleri de sanık dinlenmeden kurulmuştur.¹⁴³ 1898 yılına gelindiğinde, Cezai Deliller Kanunu¹⁴⁴ kabul edilmiş ve susma hakkını kullanmak istemeyen sanıkların yemin altında dinlenmesi yoluna gidilerek bu eksiklik

¹³⁶ İlkenin tamamını içeren cümle şu şekildedir: “*Licet nemo tenetur seipsum prodere, tamen proditus per famam tenetur seipsum prodere, tamen proditus per famam tenetur seipsum ostendere utrum possit suam innocentiam ostendere et seipsum purgare*”. Yani “Her ne kadar kimse kendi suçlayıcısı olmak zorunda değilse de bir kişi suçlanmış ise, artık o kişi suçsuzluğunu kanıtlayıp kanıtlamayacağını göstermelidir.” İlkedeki *prodere* kavramının ‘ilk kez ortaya çıkarmak’, ‘daha önce bilinmeyen bilini kılma’ anlamına geldiği ve dolayısıyla kanon hukukunda yer aldığı şekliyle susma hakkının bugünkü anlamından uzak ve farklı olduğu da belirtilmektedir. Bkz. John H. Wigmore, “Nemo Tenetur Se Ipsum Prodere”, **Harvard Law Review**, No. 5, Vol. 2, 15 May 1891, s. 83-84.

¹³⁷ Helmholz, a.g.m., s. 969-989; Langbein, a.g.m., s. 1072; Macnair, a.g.m., s. 68-70.

¹³⁸ 1696 Vatan Hainliği kanunu ile ilk kez savunma avukatlığı tanınmışsa da ceza davalarında müdafii, 1780 yılına kadar hemen hemen hiç var olmamıştır. Savunma avukatının sanık adına doğrudan jüriye hitap edebilmesi ise 1836 tarihli yasal düzenlemeye kadar mümkün olmamıştır. Bkz. Langbein, a.g.m., s. 1067 vd.

¹³⁹ Alschuler, Peculiar, s. 2667; Sally Ramaga, “The Privilege Against Self-incrimination”, (Çevrimiçi) <http://www.indymedia.org.uk/en/2005/09/323584.html> , E.T.: 24.02.2019; Langbein, a.g.m., s. 1047, 1048.

¹⁴⁰ Langbein, a.g.m., s. 1048-1065; Trainor, a.g.m., s. 2162. Sustuğu takdirde suçsuzluğunu ispatlama yönündeki tek şansını da kullanmamış olan ve kendisinden başka adına konuşacak kimsesi olmayan sanığın susma hakkı ancak, kendi boğazını kesme hakkı anlamına gelebilirdi, bkz. Langbein, a.g.m., s. 1054.

¹⁴¹ Langbein bu iki sistemi ‘*accused speaks*’ (sanığı konuşturan) ve ‘*testing the prosecution*’ (savcılığı sınanan) olarak adlandırmaktadır, bkz. Langbein, a.g.m., s. 1048-1065, 1068 vd.

¹⁴² Skinnider, Gordon, a.g.m., s. 8

¹⁴³ Dijkhorst, a.g.m., s. 29.

¹⁴⁴ Birleşik Krallık, Criminal Evidence Act, 12 August 1898, [61 & 62 VICT. CH. 36.].

giderilmeye çalışılmıştır.¹⁴⁵ Böylece kişinin susmasından çıkarım yapılabilecek ve masum sanıklar da kendilerini temize çıkarabilecekti.¹⁴⁶

20. yüzyılda artık ceza yargılaması olgun dönemine geçmiştir ve polisin usulüne uygun uyarı yapmadığı hallerde sanıkların beyanları dışlama kuralı kapsamında ele alınmıştır.¹⁴⁷ Üstelik sanığın verdiği ifadenin serbest iradesine dayandığının ispatı da savcılığa yüklenmiştir.¹⁴⁸ 1912 yılında Yüksek Mahkeme hakimleri tarafından delil değerlendirilmesi alanında çıkarılan Yargıç Kuralları (Judges Rules) polisin şüphelinin ifadesini rızasız almasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır.¹⁴⁹ Takip eden yıllarda birkaç sefer revizyona uğrayan kurallar, suçlayıcı beyanların kabulü için zarar korkusu ve menfaat beklentisinin de gerçekleşmemiş olması gerektiğini de kapsayacak hale getirilmiştir.¹⁵⁰

1984 tarihinde Polis ve Cezai Deliller Kanunu¹⁵¹ susma hakkı da dahil şüpheli haklarını içerecek şekilde çıkarılmış, bu yasaya yardımcı nitelikteki Polis Usul Yasası¹⁵², Yargıç Kuralları'nı kaldırarak onun yerini almıştır.¹⁵³ Bugün hala yürürlükte olan 1994 tarihli Ceza Adaleti ve Kamu Düzeni Kanunu¹⁵⁴ ise, susmadan sonuç çıkarma dahil susma hakkını detaylı olarak düzenlemektedir.¹⁵⁵

Tarihsel gelişim göz önünde bulundurulduğunda bu hakla ilgili olarak şu özellikler karşımıza çıkmaktadır: Nemo Tenetur, örf ve adet hukukundan gelen değil, tamamen yasal bir kuraldır.¹⁵⁶ Birinci yani geleneksel görüşe göre, zorunlu yemin ve işkenceyi kapsayan tahkik usulüne bir tepki olarak ortaya çıkmış ve kralın mahkemelerindeki cevapları koruma değil, kilise mahkemelerinin yargı gaspını

¹⁴⁵ Skinnider, a.g.m., s. 6; Dijkhorst, a.g.m., s. 29 vd.

¹⁴⁶ Dijkhorst, a.g.m., s. 29.

¹⁴⁷ Penney, a.g.m., s. 320-321.

¹⁴⁸ Skinnider, a.g.m., s. 8.

¹⁴⁹ Kocaoğlu, a.g.m., s. 33; Skinnider-Gordon, a.g.m., s. 8; T. E. St. Johnston, "Judges' Rules and Police Interrogation in England Today", **Journal of Criminal Law and Criminology**, Vol: 57, s. 86-87.

¹⁵⁰ St. Johnston, a.g.m., s. 86-87; Aydın, a.g.e., s. 42.

¹⁵¹ Birleşik Krallık, Police and Criminal Evidence Act, (PACE) 31st October 1984, [1984 c.60].

¹⁵² Birleşik Krallık, Police and Criminal Evidence Act 1984 Codes of Practice, Code C, Code Of Practice For The Detention, Treatment And Questioning Of Persons By Police Officers, 31st July 2004, [PACE Code C].

¹⁵³ Kocaoğlu, a.g.m., s. 33; Aydın, a.g.e., s. 102.

¹⁵⁴ Birleşik Krallık, Criminal Justice and Public Order Act, 3rd November 1994, [1994 c. 33]

¹⁵⁵ Kocaoğlu, a.g.m., s. 34.

¹⁵⁶ William Porter, "The Constitutional Privilege Against Self-Incrimination-Abolition, Immunity Or Status Quo", **American University Law Review**, Vol. 4, December 1954, s. 2.

önlenmesi amacına bağlı olduğundan kısmi ve sınırlı bir uygulaması olmuştur.¹⁵⁷ Zamanla yeminli veya yeminsiz, bir insanın konuşmaya zorlanması başlı başına temel insan haklarına aykırı kabul edilmiştir.¹⁵⁸ İkinci ya da modern görüşe göre ise, *ius commune*de temeli olan Nemo Tenetur ilkesi savunmanın gelişmesi ve yargı sisteminin değişmesine kadar bir anlam ifade etmemiş ve susma hakkı, diğer savunma haklarıyla beraber ve onlara bağlı olarak gerçek anlamda kullanılmaya başlanmıştır.

1.2.2. Kıta Avrupası Hukuku

Anglosakson hukuk sisteminde jüri yargılamasının varlığı delil serbestisi sistemine daha evvel geçmeyi ve dolayısıyla işkenceyi daha erken kaldırmayı sağlamıştır.¹⁵⁹ Kıta Avrupası ise bunu, çok daha geç bir tarihte, 1754 yılında, Frederik II' nin Prusya Kralı olduktan sonra işkenceyi yasaklaması ile gerçekleştirebilmiştir.¹⁶⁰

12. yüzyılda Papa Innocent III, kilise yargısında tahkik sistemine geçerek, işkence uygulamaları için yetkiler vermiştir.¹⁶¹ Kraliyetler tarafından da bu metotların yüzyıllarca uygulandığı bilinmektedir. Örneğin İmparator V. Karl'ın zamanında çıkarılan *Constitutio Criminalis Carolina*¹⁶²'nin 24'üncü maddesi acı çektirmenin itiraf elde etmenin tek yolu olduğunu düzenlemiştir.¹⁶³ 18. Yüzyıla gelinceye kadar işkencenin Kıta Avrupası'nda ceza muhakemesinin önemli bir parçası olduğu görülmektedir.¹⁶⁴

1725 yılına gelindiğinde Bölgesel Roma Meclisi'nin dini mahkemelerde yeminleri kaldırarak sanık haklarını tanımaya başladığı gözlemlenmektedir. Başkasının davasında tanık olma hali hariç yeminin kullanılması tüm sorgunun geçersiz hale gelmesine neden olacağı ifade edilmiştir.¹⁶⁵

¹⁵⁷ Wigmore, a.g.m., s. 71; Moreland, a.g.m., s. 270-274.

¹⁵⁸ Levy, Origins, s. 263.

¹⁵⁹ Schuster, a.g.m., s. 186.

¹⁶⁰ Ibid., s. 183; Granfield, a.g.m., s. 419.

¹⁶¹ H. Ansgar Kelly, "The Right to Remain Silent: Before and After Joan of Arc", *Speculum*, Vol. 68, 1993, s. 993 vd.; Skoll, a.g.m., s. 32.

¹⁶² Almanya, *Constitutio Criminalis Carolina*, Kabul: 1530, Onay: 1532.

¹⁶³ Schuster, a.g.m., s. 183.

¹⁶⁴ Granfield, a.g.m., s. 403.

¹⁶⁵ Ibid., s. 410.

Aydınlanma Çağı'nda ortaya çıkan Voltaire ve Beccaria gibi yazarların fikirleri ve bu dönemi takip eden Fransız Devrimi ile birlikte Avrupa ülkelerinde işkence yasaklandı.¹⁶⁶ Tahkik usulünün uygulandığı zamanlara tepki olarak, iddia makamı ve hakimlik ayrılarak savunmaya da ayrı bir süjelik konumu tahsis edildi ve ceza muhakemesi üç ayaklı bir sisteme oturtulmuş oldu.¹⁶⁷ Bu sistemin getirilmesinin asıl gerekçesi, bireyi işkenceden korumaktan ziyade, üstün yetkilerle donatılmış yargılama makamlarının, bu durumu kötüye kullanmaya eğilimli olmalarının görülmüş olmasıydı. Nitekim devlet karşısında savunmanın da elinin güçlenmesi için ona çeşitli usuli haklar tanındı ve ispat yükü tamamen, hala kaynak ve yetki bakımından oldukça üstün konumda olan devlete -ve dolayısıyla ceza davalarında savcılığa- bırakıldı. Böylece kendi aleyhine davanın ispatına katılmama hakkı doğmuş oldu.¹⁶⁸ 19. Yüzyılda Fransa, İtalya, Almanya, İspanya gibi pek çok Kıta Avrupası ülkesinde şüpheli veya sanığın suçlayıcı sorulara cevap vermeyi reddetme hakkının olduğu ve bu hak hatırlatıldıktan sonra ifade almanın başlayabileceği kabul edildi.¹⁶⁹

1.2.3. Türk Hukuku

Osmanlı döneminde ceza yargılamasını kadı yapmaktaydı. Buna göre, davacının iddialarının davalı tarafından kabulü ile dava son bulur, aksi halde davacının iddiasını ispatlaması gerekirdi.¹⁷⁰ Hukuka aykırı elde edilmiş deliller değerlendirmeye alınmadığı gibi sanığın kendini savunma yanında susma hakkı da tanınmıştı.¹⁷¹ Kanuni Sultan Süleyman'ın 24 numaralı kanunnamesi ile, hırsızlık suçu şüphelilerine, şüphe kuvvetliyse ikrar elde etmek için işkence yapılabileceğini öngörmesi, İslam ceza hukukuna aykırı düştüğü gerekçesiyle eleştirilmektedir.¹⁷² Zira İslam Hukuku'nda sanığın mutlak olarak susma hakkının bulunduğu belirtilmektedir.¹⁷³ İkrarından dönen

¹⁶⁶ Thomas Volkmann-Schluck, "Continental European Procedures; True or Illusive Model?", **American Journal of Criminal Law**, Vol: 9, March 1981, s. 2-3; Granfield, a.g.m., s. 418 vd.

¹⁶⁷ Thobias Weber, "Das Selbstbelastungsverbot zugunsten juristischer Personen", **Sui Generis**, 2017, s. 52.

¹⁶⁸ Ibid., s. 52-54.

¹⁶⁹ Granfield, a.g.m., s. 419; Dijkhorst, a.g.m., s. 35 vd.; Volkmann-Schluck, a.g.m., s. 2-3.

¹⁷⁰ Aydın, a.g.e., s. 57.

¹⁷¹ İbrahim Orkun Atalay, "Osmanlı Ceza Yargılaması Usulu Hukuku Üzerine Bir Deneme", **EÜFHD**, C. XI, S. 3-4-, 2007, s. 253-254.

¹⁷² Coşkun Üçok, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", III, **AÜHFD**, C. IV, S. 1-4, Ankara, 1947, s.66-67.

¹⁷³ Mustafa Avcı, **Hukuk Tarihimizde Hapis**, Ankara, Adalet Akademisi Yayınları, 2014, s. 7; Silvia Tellenbach, "Fair Trial Guarantees in Criminal proceedings Under Islamic, Afghan Constitutional and International Law", **ZaöVR**, Vol. 64, 2004, s. 935.

sanığın dahi geri aldığı ikrarı delil olarak kullanılamaz.¹⁷⁴ ‘Beraatı zimmet asıldır’ kuralı uyarınca, kişinin suçsuzluğu asıldır ve sanık bunu ispatla mükellef değildir.¹⁷⁵ Bu kural, “*Devlet başkanının bağışlamada yapacağı hata, ceza vermede yapacağı hatadan iyidir.*” hadisine dayandırılmaktadır.¹⁷⁶

Osmanlı Devleti’nde bazı istisnai kanunname düzenlemeleri hariç, susma hakkının kabul edildiği görülmektedir.¹⁷⁷ Ancak Mecelle, “*Sakite bir söz isnat olunmaz. Lakin ma’raz-ı hacette sükût beyandır.*” hükmünü içermektedir.¹⁷⁸ Buna göre açıklama gerektiren hallerde ve belli bazı delillerin bulunduğu durumlarda susmada ısrarcı olma ya da başını öne eğme ikrar olarak kabul edilebilecektir.¹⁷⁹

Pek çok diğer hukuki müessesede olduğu gibi, susma hakkı bakımından da Tanzimat ve Islahat fermanları Türk hukuk tarihinde önemli bir yere sahiptir. Zira her iki ferman kişilere eziyet yapılamayacağını bildirmiş;¹⁸⁰ bu dönemde çıkarılan kanunlar da kamu görevlilerinin kötü muamelelerini suç olarak düzenlemiştir.¹⁸¹ Ceza Kanunname-i Humayun’ da ifade ve sorgu sırasında işkence yapan memurlara uygulanacak cezalara yer verilmiştir.¹⁸²

¹⁷⁴ Atalay, a.g.m., s. 262; Abdulaziz Bayındır, “Örneklerle Osmanlı’da Ceza Yargılaması”, (Çevrimiçi), https://stratejisite.files.wordpress.com/2015/10/rneklerle-osmanli_da-ceza-yargilamasi.pdf, E.T.:25.02.2019, s. 5; Tellenbach, a.g.m., s. 935.

¹⁷⁵ Halil Cin, Ahmet Akgündüz, **Türk-İslâm Hukuk Tarihi**, İstanbul, Timaş Yayınları, 1990, s. 424-425; Bayındır, a.g.m., s. 19.

¹⁷⁶ Ergün Şahin, “Ceza Yargılamasının Tarihçesi”, **TAAD**, S. 18, Temmuz 2014, s. 372.

¹⁷⁷ Aydın, a.g.e., s. 59.

¹⁷⁸ Osmanlı Devleti, Mecelle-i Ahkamı Adliyye, Yürürlük: 1870-1877, Yürürlükten Kaldırılma: 4 Ekim 1926, m. 47.

¹⁷⁹ Atalay, a.g.m., s. 261.

¹⁸⁰ Tanzimat Fermanı (Gülhane Hatt-ı Hümayunu), 3 Kasım 1839: Herkese eşit olarak uygulanmak üzere can güvenliği ve ceza yargılamasına ilişkin güvenceler tanınmıştır. Islahat Fermanı, 28 Şubat 1856: İşkence, eziyet ve bunlara benzer muamelelerin yapılması yasaklanmış, bunları emreden amirlerin ve yapan memurların cezalandırılması öngörülmüştür. Kaynak: Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, s. 3-23.

¹⁸¹ Kanun-u Ceza, 1840, 3. Fasil ve Kanun-ı Cedid, 1852, 2. Fasil, 4. Madde’sinde kamu görevlilerinin kişilere sövme ve darp hareketleri suç olarak düzenlenmiştir. Kaynak: Ahmet Akgündüz, **Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı**, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1986, s. 812-813, 825.

¹⁸² Ceza Kanunname-i Hümayunu, 1858, 103. Madde. Akgündüz, a.g.e., s. 851.

1876 tarihli Kanuni Esasi¹⁸³,nin 26., 1924 Anayasası¹⁸⁴,nın 73., 1961 Anayasası¹⁸⁵,nın 14. maddeleri işkence yasaklarına yer vermiştir. Nemo Tenetur ilkesi açıkça ilk kez 1961 Anayasası m. 33/4’te yer almıştır: “Kimse, kendisini veya kanunun gösterdiği yakınlarını suçlandırma sonucu doğuracak beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.”

1929 tarihli mülga CMUK¹⁸⁶,un 50. maddesi ise kişinin “...kendisini veya (...) taallukatından birini ceza takibine uğratabilecek suallere cevap vermekten...” çekinebileceğini düzenlemiştir. Yine CMUK’un 135. maddesi, 3842 sayılı Kanunla¹⁸⁷ yapılan değişikliğe kadar şüpheliye cevap vermek isteyip istemediğinin sorulmasını, değişiklikten sonra ise açıklamada bulunmamanın kanuni hakkı olduğunun söylenmesini düzenleyerek susma hakkına yer vermiştir.

1.3. Uluslararası Hukuk

İnsan hakları alanında akdedilen pek çok sözleşme, adil yargılanma hakkını, buna bağlı olarak masumiyet karinesini ve en önemlisi de işkence yasağını ihtiva etmektedir.¹⁸⁸ Burada sadece, konu itibarıyla susma hakkını açıkça ele alan metin ve mahkeme uygulamalarına yer verilecektir.

¹⁸³ Kanuni Esasi, 23 Aralık 1876.

¹⁸⁴ Teşkilat-ı Esasiyye Kanunu, Kabul: 20 Nisan 1924, Kanun No: 491, Resmi Gazete Tarih: 24.04.1924, Sayı: 71.

¹⁸⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kabul: 9 Temmuz 1961, Kanun No: 334, Resmi Gazete Tarih: 20.07.1961, Sayı: 10859.

¹⁸⁶ Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Kabul: 4 Nisan 1929, Kanun No: 1412, Mülga Kanun No: 5320/18, Resmi Gazete Tarih: 20.04.1929, Sayı: 1172.

¹⁸⁷ Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu İle Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul: 18 Kasım 1992, Kanun No: 3842, Resmi Gazete Tarih: 01.12.1992, Sayı: 21422.

¹⁸⁸ İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, Kabul: 26.08.1789, Fransa Ulusal Meclisi tarafından; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Kabul: 10.12.1948, 217 A (III) sayılı BM Genel Kurulu Kararı, TC Kabul Kararı (Bakanlar Kurulu): 06.04.1949, Sayı: 9119, Resmi Gazete Tarih: 27.05.1949, Sayı: 7217; İşkenceye ve Başka Zalimce İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Ceza ya da Davranışlara Karşı Sözleşme, Kabul: 10.12.1984, 39/46 sayılı BM Genel Kurulu Kararı, Yürülük: 26.06.1987, TC İmza: 25.01.1988, TC Onay: 21.04.1988 tarih ve 3441 sayılı Onay Kanunu, Resmi Gazete Tarih: 29.04.1988, Sayı: 19799.

1.3.1. Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi¹⁸⁹

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 14. maddesinin 3. fıkrasının g bendine göre; “*hiç kimse kendisi aleyhine tanıklık etmeye ya da suçluluğunu itirafa zorlanamaz*”. Sözleşmede adil yargılanma başlığı altında kaleme alınan dar anlamda susma hakkının, Nemo Tenetur ilkesini tam olarak güvence altına alamadığı ifade edilmektedir. İlgili bendin sadece şüpheli ve sanık ile sınırlı olması ve yalnızca beyansal nitelikte bir koruma sağlaması eleştirilmiştir.¹⁹⁰ Ancak buna rağmen, susma hakkına ilişkin minimum bir koruma sağladığı ve bunun da yeterli olduğu belirtilmiştir.¹⁹¹ Ayrıca zaten hükmün karakteri ve amacı dikkate alınarak maddenin daha geniş yorumlanmasında da bir engel bulunmamaktadır.¹⁹²

Sözleşme genel niteliğiyle susma hakkını düzenlemiş görünse de bunun ihlalinin sonuçları bakımından düzenleme yetkisini ulusal hukuklara bırakmıştır. Yani, susma hakkı ihlal edilerek elde edilen delillerin değerlendirilme kabiliyetleri ve ceza yargılaması dışında ifade vermeye zorlanılarak edinilen beyanların daha sonra kullanılmalarına ilişkin bir yasağın mevcudiyetinin takdiri devletlere ait olacaktır.¹⁹³

1.3.2. Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ad Hoc Mahkeme Statüleri

Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICC)'nin Statüsü'nün¹⁹⁴ 55. maddesi kişinin kendini suçlamaya zorlanamayacağını ve susma hakkına sahip olduğunu açıkça düzenlemektedir. Burada, ‘kişi’ tabiri kullanıldığından, şüphelinin yanında tanıklar da madde kapsamına dahil olmaktadır.¹⁹⁵ Aynı maddenin ikinci fıkrasının b bendine göre,

¹⁸⁹ Kabul: 16.12.1966, 2200 A(XXI) sayılı BM Genel Kurulu Kararı, Yürürlük: 23.03.1976, TC İmza: 15.08.2000, TC Onay: 17.06.2003 tarih ve 4868 sayılı Onay Kanunu, Resmi Gazete Tarih: 18.06.2003, Sayı: 25142.

¹⁹⁰ Aydın, a.g.e., s. 62; Nikolas Bosch, **Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht**, Berlin, Dunker&Humblot, 1998, s. 25; Manfred Nowak, **U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary**, 2. Ed., Kehl am Rein, Engel, 2005, Art. 14, para. 59.

¹⁹¹ Amann, a.g.m., s. 1253; Gray, a.g.m., s. 532.

¹⁹² Kai Ambos, “The Right of Non-Self-Incrimination of Witnesses Before the ICC”, **LJIL**, Vol. 15, 2002, s. 161; Rogall, a.g.e., s. 118; Nowak, a.g.e., Art 14, para. 59.

¹⁹³ Bosch, a.g.e., s. 24-25.

¹⁹⁴ Roma Statüsü, Kabul: 17.07.1998, BM Konferansı, Yürürlük: 01.07.2002 (60 devlet tarafından onaylanma ile).

¹⁹⁵ Ambos; a.g.m., s. 156; Mark Berger, “The Right to Silence in The Hague International Criminal Courts”, **USFL Rev.**, Vol. 47, 2012, s. 45. (Berger, Hague)

susma hakkının kullanılması şüpheli aleyhine değerlendirilemez. Söz konusu madde soruşturma aşamasına dair bir düzenleme olup, Statü'nün duruşma aşamasında sanık haklarına yer veren 67. maddesinin 1. fıkrasının g bendinde de yine, susma hakkı, susmadan sonuç çıkarmayı yasaklayacak şekilde kaleme alınmıştır. Maddenin sadece sanıklara hak getirdiği, tanıklar başta olmak üzere diğer kişilere genişletilemeyeceği belirtilmektedir.¹⁹⁶ Tanık hakları ise sadece genel olarak Statüde belirlenmiş olup, detayları Usul ve Delil Kuralları¹⁹⁷'na bırakılmıştır. Söz konusu kurallar, tanığın mahkemeye beyanda bulunmaya zorlanabileceğini (65/2), ancak kendini suçlama ihtimali varsa susma hakkını kullanabileceğini (74/3/a), ilgili dairenin beyanlarını kendi aleyhine kullanmayacağına ve hakkında soruşturma açılmayacağına dair güvence vermesi halinde ise bu hakkın aşılabileceğini (74/2), dolayısıyla da tanıklara ilişkin susma hakkının mutlak nitelikte olmadığını düzenlemektedir.¹⁹⁸

ICC' nin de statüsünü oldukça etkilemiş bulunan Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTY- m.21/4/g) ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTR- m.20/4/g) statüleri¹⁹⁹ de kendi aleyhine tanıklık etmeye ve suçu ikrara zorlanamamaya açıkça yer vermiştir. Ancak söz konusu statüler, susmadan sonuç çıkarılamayacağına dair bir düzenleme içermemiştir. Burada yine ICC'den farklı olarak bu mahkemelerin Usul ve Delil Kuralları soruşturma aşamasında susma hakkına sahip olanın yalnızca şüpheli olduğunu vurgulamış (m.42), duruşma aşamasında ise konuşan tanığın beyanlarının, bu konuda herhangi bir güvence verilme de aleyhine soruşturmada delil olarak kullanılamayacağını düzenlemiştir (m. 90/f).

¹⁹⁶ Ambos; a.g.m., s. 156-157; Berger, Hague, s. 46-48: 67/1/h, sanığın yeminsiz dinlenmesine açıkça izin verdiğinden, ifadelerin doğru olmaması halinde yalan tanıklık suçu da doğmayacaktır.

¹⁹⁷ Rules of Procedure and Evidence, Eylül 2002, Roma Statüsü'ne taraf devletlerce hazırlanmış ve kabul edilmiştir.

¹⁹⁸ Ambos, a.g.m., s. 157. Söz konusu hükümler duruşma aşamasını düzenlediğinden, güvence teklif etmek suretiyle soruşturma aşamasında tanıkları konuşturmak mümkün değildir. Ayrıca, tanıkların sadece kendi değil, sanık bulunan eş, ebeveyn ve çocukları hakkında da suçlayıcı beyanda bulunmaktan çekinebilecekleri düzenlenmiştir. Mahkeme tam susmayı olmasa da çelişkili beyanları ya da kısmi susmayı yorumlayabilecektir. Bkz. Berger, Hague, s. 49-51.

¹⁹⁹ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, Kabul: 25.05.1993, 827 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararı; Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, Kabul: 08.11.1994, 955 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararı.

1.3.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)²⁰⁰’nde susma hakkı açıkça yer almamaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) susma hakkının 6.maddede düzenlenen adil yargılanma hakkının özünde yer alan doğal bir unsuru ve sonucu olduğunu çeşitli kararlarında defalarca vurgulamıştır.²⁰¹ Bununla birlikte AİHM, susma hakkını sadece ceza yargılaması ile sınırlı bir hak olarak kabul etmektedir.²⁰²

AİHM’ in susma hakkını 6. maddenin kapsamında değerlendirdiği ilk karar *Funke v. Fransa* olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁰³ Söz konusu kararda davacı gümrük otoritelerinin kendisinden istediği banka beyanları ve mal vesikalarını teslim etmediği için para cezasına mahkum edilmiştir. AİHM ise bu durumun susma hakkına aykırı olduğu ve dolayısıyla 6/1 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.²⁰⁴ Her ne kadar bu davada Mahkeme, bu hakka müdahale için kamu yararı kriterinin geçerli olamayacağını belirtmişse de²⁰⁵, susma hakkının neden tanıdığını gerekçelendirmemiştir.²⁰⁶ Söz konusu gerekçe ilk kez, susma hakkının genel kabul gören uluslararası standartlardan olduğu ve kamu otoritelerin zor kullanmasının önüne

²⁰⁰ Avrupa Konseyi tarafından, İmza: 04.11.1950, Yürürlük: 03.09.1953, TC İmza: 04.11.1950, TC Onay: 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Onay Kanunu, Resmi Gazete Tarih: 19.03.1954, Sayı: 8662, TC Yürürlük: Onay belgelerinin 18.05.1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine Tevdii ile.

²⁰¹ AİHM, “*Heaney and McGuinness v. Irland*”, 21.03.2001, (Başvuru No. 34720/97), para.40; “*John Murray v. The United Kingdom*”, 08.02.1996, (Başvuru No. 18731/9), para.45; “*Saunders v. The United Kingdom*”, 17.12.1996, (Başvuru No. 19187/91), paras. 68-69; “*Allan v. The United Kingdom*”, 05.11.2002, (Başvuru No. 48539/99), para.44; “*Jalloh v. Germany*”, 11.07.2006, (Başvuru No. 54810/00), paras.94-117; “*O’Halloran and Francis v. The United Kingdom*”, 29.06.2007, (Başvuru No’ları 5809/02 ve 25624/02), paras. 53-63; “*Bykov v. Russia*”, 10.03.2009, (Başvuru No. 4378/02), para.92; “*Weh v. Austria*”, 08.04.2004, (Başvuru No. 38544/97), para.39; “*Serves v. France*”, 20.10.1997, (Başvuru No. 20225/92), para.46; “*Marttinen v. Finland*”, 21.04.2009, (Başvuru No. 19235/03), para.60; “*Gäfgen v. Germany*”, 01.06.2010, (Başvuru No. 22978/05), para.168, <https://hudoc.echr.coe.int>

²⁰² (Yazar Belirtilmemiş), **Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a Fair Trial (criminal limb)**, Council of Europe/ European Court of Human Rights, 31 December 2018, s. 36.

²⁰³ AİHM, “*Funke v. France*”, 25.02.1993, (Başvuru No. 10828/84), para.44, <https://hudoc.echr.coe.int> ; Heinrich-Rauch-Wiehrer, a.g.m., s. 2.

²⁰⁴ “*Funke v. France*”, para.44.

²⁰⁵ Ashwort, a.g.m., s. 753; Devlet güvenliği ve kamu yararı iddialarının, kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının özünü tahrir edecek şekilde tesis edilmiş hükümler için bir gerekçe olamayacağına dair bkz. AİHM, “*Heaney and McGuinness v. Irland*”, 21.03.2001, (Başvuru No. 34720/97), paras. 57-58; “*Marttinen v. Finland*”, 21.04.2009, (Başvuru No. 19235/03), para.74, <https://hudoc.echr.coe.int>

²⁰⁶ Heinrich-Rauch-Wiehrer, a.g.m., s. 2.

geçerek adaletin doğru işlemesine hizmet ettiği şeklinde *Murray* kararında açıklanmıştır.²⁰⁷

AİHM, susma hakkının gündeme geleceği en az üç hal tespit etmiştir. Bunlar, şüpheli veya sanığın çeşitli hukuki yaptırımlarla ifade vermeye mecbur bırakıldığı, fiziksel veya psikolojik baskı uygulayarak hatta üçüncü madde ihlal edilerek kendisinden delil elde edildiği veya yargılama makamlarının hukuki yollardan edinemedikleri bilgilere hileyle başvurarak ulaşmaları şeklinde özetlenebilir.²⁰⁸

AİHM'in içtihatlarından susma hakkına ilişkin belli bazı çıkarımlar yapmak mümkündür.²⁰⁹

1. Susma hakkı mutlak değildir.²¹⁰
2. Özellikle de güçlü ve açıklanmaya muhtaç delillerin varlığı halinde, susmadan aleyhe sonuç çıkarmak mümkündür.²¹¹
3. Şüpheli veya sanığın susması onun mahkumiyetinin tek dayanağı olamaz.²¹²

Murray davasında, IRA'ya üye olmakla suçlanan sanık Murray susmuştur. Kuzey İrlanda Delil Yasası'na göre bu susmasına negatif sonuç bağlanabilmektedir. AİHM bu davada, bir mahkumiyetin yalnızca sessizliğe ve soruları yanıtlamamaya dayandırılmayacağını belirlemiş, ancak bariz şekilde açıklama gerektiren durumlarda sanığın susmasının dikkate alınabileceğini tespit ederek, susma hakkının mutlak olmadığı sonucuna ulaşmıştır.²¹³

²⁰⁷ AİHM, "*John Murray v. The United Kingdom*", 08.02.1996, (Başvuru No. 18731/9), para.45, <https://hudoc.echr.coe.int> ; Heinrich-Rauch-Wiehrer, a.g.m., s. 2.

²⁰⁸ **Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights**, s. 36.

²⁰⁹ Kan Aydın, a.g.m., s. 161-162.

²¹⁰ Ladewig, II, s. 94; Ladewig, I, s. 262.

²¹¹ Naula Mole, Catharina Harby, **Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz**, İnsan Hakları Kitapçıkları No.3, (Strasbourg, 2001), Ankara, TBB Yayınları, Eylül 2005, s. 81-82; Amann, a.g.m., s. 1255-1256; Ashwort, a.g.m., s. 754.

²¹² Tanık olarak dinlenen kişinin daha sonra suça iştirak isnadı karşısında susma hakkını kullanmasına rağmen, mahkumiyet hükmünün sadece bu beyanlara dayanmasının 6/1'e aykırı olduğuna dair bkz., AİHM, "*Luca v. Italy*", 27.02.2001, (Başvuru No. 33354/96), paras. 41-45; Müşteki tanığın sonradan çekinmesi halinde çekinme öncesi beyanlarının tek delil olmaması dolayısıyla hükümde kullanılmasının adil yargılanmayı ihlal etmediğine dair bkz. AİHM, "*Asch v. Austria*", 26.04.1991, (Başvuru No. 12398/86), para.30; Sanığın delil vermeyi reddetmesinin mahkumiyete temel alınmaması gereğine dair bkz. AİHM, "*Condron v. The United Kingdom*", 02.05.2000, (Başvuru No. 35718/97), para. 56, <https://hudoc.echr.coe.int>

²¹³ AİHM, "*John Murray v. The United Kingdom*", 08.02.1996, (Başvuru No. 18731/9), para.45-54, <https://hudoc.echr.coe.int>

Averill davasında ise olaylar şu şekilde cereyan etmiştir: Maskeli kişinin bir otomobil çalarak cinayet işlediği şüphesi ile tutuklanmasını takiben yapılan sorgulamada kendisine maske ve eldivenlerin otomobilde bulunması, yüzünde maske izlerinin gözlemlenmesi ve olay anı olay yerinde bulunması suçlayıcı işaretler olarak bildirilir ve susmasından negatif sonuç çıkarılabileceği yönünde uyarı yapılır.²¹⁴ Buna rağmen sanık sessizliğini korumuştur. AİHM bu davada, somut olayın şartlarında kendisi aleyhine kuvvetli deliller varken kişiden konuşmasının beklenebileceğini belirlemiş ve olayda mahkumiyet yalnız susmaya dayandırılmadığından ihlal bulmamıştır.²¹⁵

Ancak *Telfner*²¹⁶ kararında, Avusturya gibi delil serbestisi ve vicdani kanaat sisteminin uygulandığı ülkelerde susmadan makul sonuçlar çıkarma kabul edilebilirse de bu çıkarımın, şüpheden sanık yararlanır ilkesini bertaraf edecek ve ispat yükünü sanık üzerine yükleyecek derece olmaması gerektiği, aksi takdirde adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş sayılacağına hükmedilmiştir.

AİHM'in *Saunders*²¹⁷ kararı da susma hakkını geniş anlamdaki boyutuyla yorumladığından hayli önem arz etmektedir. Davada bir şirket müdürünün, şirket sahtekarlığına ilişkin bir soruşturmada devlet müfettişlerinin sorularını cevaplamak zorunda bırakılması, daha sonra bu cevap kayıtlarının deşifre edilmesi suretiyle ceza mahkumiyeti alması söz konusudur.²¹⁸ AİHM bu davada, susma hakkının yalnızca ikrarı kapsamadığını, daha geniş yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir.²¹⁹ Öyle ki, şüphelinin iradesinden bağımsız olarak mevcut bulunan evrak, tükürük, kan, nefes, idrar örnekleri ile DNA testi için vücuttan alınan dokuların delil olarak kullanılması mümkün iken, sanıktan cebren elde edilen malzemenin kullanılması yasağı susma hakkı kapsamında kalmaktadır.²²⁰ Kararın bir diğer önemli yanı, susma hakkının

²¹⁴ AİHM, "*Averill v. The United Kingdom*", 06.06.2000, (Başvuru No. 36408/97), paras 40-52, <https://hudoc.echr.coe.int>

²¹⁵ "*Averill v. The United Kingdom*", paras 51-52.

²¹⁶ AİHM, "*Telfner v. Austria*", 20.03.2001, (Başvuru No. 33501/96), paras. 16-17, <https://hudoc.echr.coe.int>

²¹⁷ AİHM, "*Saunders v. The United Kingdom*", 17.12.1996, (Başvuru No. 19187/91), <https://hudoc.echr.coe.int>

²¹⁸ "*Saunders v. The United Kingdom*", paras. 68-75.

²¹⁹ Mole-Harby, a.g.m., s. 81; Ashwort, a.g.m., s. 755.

²²⁰ "*Saunders v. The United Kingdom*", para. 69; Mark Berger, "Europeanizing Self-Incrimination: The Right To Remain Silent In The European Court Of Human Rights", **COLUMBIA J. EUR. L.**, Vol. 12, 2006, s. 366. (Berger, Europeanizing)

sadece aleyhe verilen ifadelerle sınırlı olmadığı, aleyhe görünmeyenleri de kapsadığı, suçlama yöneltmeden verilen cevapların bu hak kapsamından çıkmış sayılamayacağı ve dolayısıyla olaydaki gibi adli olmayan soruşturmalar sırasında zorla alınan cevapların daha sonra sanıkları suçlamak için kullanılmasının da bu hakkı ihlal edebileceği vurgusunun yapılmış olmasıdır.²²¹

Özetle denilebilir ki AİHM, susma hakkının ihlalini tespit ederken, başvuru üzerindeki zorlamanın niteliği ve derecesini, sağlanan teminatları ve elde edilen delillerin hangi amaçla kullanılacağı kriterlerini değerlendirmektedir.²²²

Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre de hükmün AİHS ve eki Protokollerinin ihlali suretiyle verilmesi, bu durumun AİHM kararıyla tespit edilmesi ve bir yıl içinde başvurulması halinde yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil etmektedir.²²³ Dolayısıyla AİHM' in susma hakkını değerlendirdiği içtihatlarının, hak ihlaline sebep olunmaması bakımından Türk ceza muhakemesinde de dikkate alınması gerektiği açıktır.

1.4. Karşılaştırmalı Hukuk

1.4.1. Birleşik Krallık

Önceki bölümde kısaca değinilen Yargıç Kuralları, polise soruşturmada gönüllülük şartını sağlaması konusunda bir yol gösterici olup, bağlayıcı nitelikte olmadığından bu kuralların ihlali delillerin kullanılmasını doğrudan engelleme yeteneğini haiz değildir.²²⁴ 1984 tarihli Polis ve Cezai Delil yasası ile Polis Usul Yasası bu kuralları ortadan kaldırmadan önce polis şüphelinin susma hakkını bir kenara

²²¹ **Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights**, s. 37; Berger, Europeanizing, s. 380; Kan Aydın, a.g.m., s. 168.

²²² AİHM, "*O'Halloran and Francis v. The United Kingdom*", 29.06.2007, (Başvuru No'ları 5809/02 ve 25624/02), paras. 55-57, <https://hudoc.echr.coe.int>

²²³ Ceza Muhakemesi Kanunu, Kabul: 04.12.2004, Kanun No: 5271, Resmi Gazete Tarih: 17.12.2004, Sayı: 25673, m. 311/1-f: "*Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması veya ceza hükmü aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi. Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.*"

²²⁴ Doreen Mcbarnet, "The Royal Commission and the Judges' Rules", **British Journal on Law & Society**, Vol. 8, Number: 1, Summer 1981, s. 109 vd.

itebilmekteydi.²²⁵ Ancak PACE yasak yollarla elde edilen tüm beyanların kullanılabilirliğini ortadan kaldırmış ve iddia makamınca hukuka uygun elde edildiği şüpheden uzak şekilde ispatlanmadığı sürece tüm ikrarların kabul edilemez olarak değerlendirilmesine yol açmıştır.²²⁶ Bu dönemde susma hakkının en detaylı şekilde uygulandığı söylenmektedir.²²⁷ Öyle ki, ilk ikrarı hakları hatırlatılmadığı için geçersiz olarak alınan bir şüphelinin, ilk ikrarının dikkate alınmayacağı da bildirilerek hukuka uygun alınan ikinci ikrarı, savcılık kişi üzerinde baskının devam etmediğini ispat edemediği için dışlama kuralı kapsamında kaldığı gerekçesiyle mahkeme tarafından kabul edilmemiştir.²²⁸

Bugün yürürlükte olan 1994 tarihli Ceza Adaleti ve Kamu Düzeni Kanunu ise, İngiliz Hukuku'nda susma hakkını önemli şekilde etkileyen bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.²²⁹ Söz konusu Yasa'nın 3. Bölümünde sanığın susmasından çıkarım yapılabileceği ve susmanın nasıl ve hangi hallerde aleyhe yorumlanabileceği açıkça düzenlenmiştir.²³⁰ Üstelik Mahkeme de jürinin çıkarım yapması için yönlendirmede bulunabilmektedir.²³¹ Ancak bunun için jüri, yargılama konusu olayın ilk başta haklı görünen bir dava niteliğinde olması gerektiği, çıkarımın mahkumiyet için tek dayanak olmaması gerektiği ve sanığın suçsuzluğunu ispatlayacak yeterli delilin varlığı halinde çıkarım yapılmaması gerektiği konularında uyarılmalıdır.²³²

Susmadan aleyhe çıkarım yapılabileceği noktasında iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre, söz konusu düzenlemeler sanığa kovuşturma organlarıyla bir işbirliği yükümlülüğü getirmediği gibi konuşma zorunluluğunu da ifade etmez.²³³ Burada sadece susmaya şüpheyile yaklaşılmakta ve şüpheli konuşarak savcılığa

²²⁵ Aydın, a.g.e., s. 102.

²²⁶ Murat Volkan Dülger, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi)**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, 2014, s. 177-182.

²²⁷ Kocaoğlu, a.g.m., s. 34.

²²⁸ Dülger, a.g.e., s. 180-182.

²²⁹ Mike Redmayne, "English Warnings", **Cardozo Law Review**, Vol: 30, 2008, s. 1047. (Redmayne, Warnings)

²³⁰ 35. maddede sanığın duruşmadaki makul nedene dayanmayan susmasının ya da soruları cevapsız bırakmasının, 36. maddede yakalandığı sıradaki durumlar, şüpheli maddeler ve izler hakkında açıklamada bulunmamasının, 37. madde sanığın belli yerde bulunmasını açıklayamamasının aleyhine yorumlanabileceği düzenlenmiştir. 38. madde ise bu bölümdeki maddelerde düzenlenen hallerin yorumlanmasının sınırlarını ortaya koymuştur. Bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents>, E.T.: 27.02.2019.

²³¹ Skinnider-Gordon, a.g.m., s. 8.

²³² *Regina v. Cowan*, CACD 12.10.1995, 4 ALL ER, 942.

²³³ Redmayne, Privilege, s.127.

yardıma teşvik edilmektedir.²³⁴ Aksi takdirde kişinin susması polisin elini kolunu bağlamaktadır.²³⁵ İkinci görüş ise, masum sanığın da susabileceğini, susmakta pek çok makul gerekçesinin olabileceğini, böyle bir çıkarımın maddi gerçekle de bağdaşmayabileceğini savunmaktadır.²³⁶

Birleşik Krallık' ta susma hakkının yorumlama ekseninde ihlal edilip edilmediği noktasında dört husus irdelenmektedir. Bunlarda ilki, susma hakkının ne kadar geniş olarak yorumlanması gerektiğini belirleyen hakimın takdir yetkisidir.²³⁷ Diğer ikisi, şüpheli veya sanığın susma hakkı konusunda aydınlatılmış olması ile müdafinin yanında ifadesinin alınmış/ sorgusunun yapılmış olmasıdır. Bu hallerde elde edilen beyanlar nasıl hukuka uygun olacaksa, kişinin susması da o kadar yorumlanmaya müsait olacaktır. Son olarak da, susma hakkının kullanıldığı yargılama aşaması dikkate alınmaktadır.²³⁸ Örneğin soruşturma aşamasında susup da duruşmada konuşan sanığın bu tavrının hileli ve güvenilmez olduğu düşünülebileceği gibi, duruşma aşamasında artık olayın sıcaklığı geçtiğinden ve beyanlar önceden planlanabildiğinden o noktadaki susma daha geniş yorumlanabilecektir.²³⁹

Bu başlık altında son olarak, 1999 yılında yürürlüğe giren Genç Yargılaması ve Cezai Deliller Kanunu²⁴⁰'nun 59. maddesinde düzenlenen bağışıklık kurumuna da değinmek gerekmektedir. Kişinin tanıklık yapması gerektiği durumlarda söz konusu olan bağışıklık hakkı üç türdür:²⁴¹

1. Cevap vermeye zorlanan kişinin gelecekte doğacak ceza muhakemesi işlemlerinden bir nevi muaf olması anlamında kişisel bağışıklık,
2. Vereceği cevapların kendi aleyhine delil niteliği taşıyamaması anlamında kullanım bağışıklığı,

²³⁴ Redmayne, Warnings, s. 1051-1052.

²³⁵ Dijkhorst, a.g.m., s. 31 vd., 55.

²³⁶ Redmayne, Warnings, s. 1057-1061, 1081.

²³⁷ Maloney, a.g.m., s. 429.

²³⁸ Ibid., s.433-436; İtişgen, a.g.e., s. 16-17.

²³⁹ Maloney, a.g.m., s. 431-433.

²⁴⁰ Birleşik Krallık, Youth Justice and Criminal Evidence Act, 27.07.1999, (CH 23, 3.8.99).

²⁴¹ Paul Sofronoff, "Derivative Use Immunity And The Investigation of Corporate Wrongdoing", **Queensland University of Technology Law Journal**, Vol: 10, 1994, s. 122-123.

3. Son olarak da kişinin ifadelerine bağlı olarak elde edilen, evrak, suç eşyası ya da tanık beyanı gibi delillerin kişi aleyhine kullanılamaması anlamında türev bağışıklığı.

Her ne kadar oldukça geniş de düzenlenmiş görünse, tanıklığı koruyucu bağışıklık hükümleri, en nihayetinde beyan vermeye yasal zorlama yolu olduğundan, Nemo Tenetur ilkesi kadar kapsamlı bir güvence teşkil etmemektedir.²⁴²

1.4.2. Amerika Birleşik Devletleri

Eski bir İngiliz kolonisi olan Amerika da İngiltere'deki hukuk sisteminden etkilenmiştir. 1689 *Bill of Rights*²⁴³'dan esinlenerek hazırlanan 1776 *Virginia Bill of Rights*²⁴⁴, susma hakkını içererek Amerikan hukukunun bir parçası haline getirmiştir.²⁴⁵ Amerikan Anayasası²⁴⁶'nın beşinci ekinde, “Hiç kimse... herhangi bir ceza davasında kendi aleyhine tanıklık etmeye zorlanamaz”²⁴⁷ şeklinde tezahür eden susma hakkı, böylece anayasal bir güvenceye kavuşturulmuştur.

Amerikan hukukunda susma hakkı, bir imtiyaz (*privilege*) olarak kabul edilmektedir. İmtiyaz, devletin vatandaşlara bahsettiği taviz iken hak (*right*), doğal olarak var olup, devletten de üstün olan Anayasa tarafından bireylere tanınmaktadır.²⁴⁸ Dolayısıyla hakkın gerisinde kalan bu kavramın, Anayasa'da yer alan kendini suçlamaya zorlanamama ilkesini karşılamakta kifayetsiz kaldığını iddia eden ve hak tabirini tercih eden görüş de bulunmaktadır.²⁴⁹ Ancak susma hakkının bir imtiyaz olarak kabulünün kişiler açısından dezavantajlı bir durum yaratmadığı belirtilmektedir.²⁵⁰

²⁴² Aydın, a.g.e., s. 110.

²⁴³ Birleşik Krallık, İngiliz İnsan Hakları Bildirgesi, 13.02.1689, 1 William & Mary Sess 2 c 2.

²⁴⁴ Amerika Birleşik Devletleri, Virginia Haklar Bildirgesi, 12.06.1776. Bu bildirme, Amerikan Anayasası'nı ilk on ekini teşkil eden 1789 Amerikan Haklar Bildirisini (United States Bill of Rights) de ciddi ölçüde etkilemiştir. Bkz. <https://billofrightsinstitute.org/founding-documents/bill-of-rights/>, E.T.: 28.02.2019.

²⁴⁵ Kemp, a.g.m., s. 285.

²⁴⁶ Amerika Birleşik Devletleri, United States Constitution, Onay: 21.06.1788, Yürürlük: 04.03.1789.

²⁴⁷ “No person... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”

²⁴⁸ Levy, History, s. 3.

²⁴⁹ Ibid., s. 3.

²⁵⁰ İtişgen, a.g.e., s. 20.

Susma hakkının mevcudiyeti noktasında da çelişen görüşlere rastlanmaktadır. Bunlardan ilkinde göre, davranışlarından sorumlu olan bireyler ahlaken cevap vermekle yükümlüdürler.²⁵¹ Ayrıca susma hakkı, gerçeğin ortaya çıkmasını zorlaştırarak sadece suçlu sanıkların işine yaramaktadır.²⁵² Diğer görüşe göre ise bu hak, delil güvenliğini sağlayarak hukuka uygun hükümler tesis edilmesini sağlamaktadır.²⁵³ Susma hakkının neden var olması gerektiği üç sebep üzerinden açıklanabilir: ²⁵⁴

1. Zorla veya şiddet kullanılarak elde edilen beyanlar, sadece kötü muameleyi bir an önce sona erdirmek gayesiyle yapılmış olabileceğinden, güvenilirmezdir.
2. Yasak yöntemler (işkence gibi) kullanmak kişinin özerkliğini, irade kabiliyetini ortadan kaldıracığından, olası itirafların gönüllülük değerini azaltır.
3. Devletin işkence yöntemleri kullanması hukuka aykırıdır.

Susma hakkının kapsamını belirlemek için Amerikan Anayasası'nın ek beşinci maddesi mercek altına alınmıştır. *Hiç kimse* tabirinden, sadece şüpheli veya sanıkların değil, tanıkların da bu haktan yararlanacağını, ancak kimse ifadesi gerçek kişilere işaret ettiğinden tüzel kişiler bakımından uygulanamayacağı anlaşılmaktadır.²⁵⁵ *Herhangi bir ceza davasında kendi aleyhine* tabirinden, başka muhakeme aşamasında gerçekleştirilse de cezai yargılama sürecine sebep olacak beyanlar anlaşılmaktadır. Ancak söz konusu suçlama ihtimali varsayımsal değil somut olmalıdır.²⁵⁶ Ayrıca bu hak, cezalandırılma ihtimalinin ortadan kalktığı bağışıklık gibi hallerde ve kişinin kendisinden başkasını suçlayıcı beyanları bakımından geçerli olmayacaktır.²⁵⁷ *Tanıklık etmek* ise, iletişimsel ve bilişsel süreçler kullanılarak kişiden delil teminini

²⁵¹ Dijkhorst, a.g.m., s. 33.

²⁵² 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. 432-435; Matters, a.g.m., s. 55; Schulhofer, a.g.m., s. 327; Bu hakkın yalnızca devlet karşıtlarının korunmasına yardımcı olduğuna dair bkz. Erwin N. Griswold, "The Right to be Let Alone", **Northwestern University Law Review**, Vol: 55, 1960, s. 223; Masum bir kişinin mahkemede verdiği ifadeden dolayı değil mahkum edilmek dezavantajlı konuma girdiği hiçbir örnek davanın olmadığına dair bkz. Henry T. Terry, "Constitutional Provisions Against Forcing Self-Incrimination", **Yale Law Journal**, Vol:15, 1906, s. 127 vd.; Ernest C. Carman, "A Plea for Withdrawal of Constitutional Privilege from the Criminal", **Minnesota Law Review**, Vo:22, 1938, s. 204.

²⁵³ Akhil Reed Amar, Renée B. Lettow, "Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause", **Michigan Law Review**, Vol. 93, 1995, s. 865; The Abrogation of The Privilege against Self Incrimination, s. 25.

²⁵⁴ Chiesa, a.g.m., s. 36-37.

²⁵⁵ 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. Detay için bkz. Bölüm: 2.1. Kişi Bakımından

²⁵⁶ Allen-Mace, a.g.m., s. 256-258. Detay için bkz. Bölüm: 2.2. Konu Bakımından

²⁵⁷ Ibid., s. 258.

ifade eder. Bu da genel olarak beyan delilini ve istisnai hallerde belge delillerini ifade etmektedir. İletişimsel ve bilişsel yönü olmayan fiziksel deliller Amerikan hukukunda ek beşin koruması dışında görülmektedir.²⁵⁸ *Zorlama* kavramı ise, fiziksel zoru kapsayan, ancak bunla sınırlanmayan, içeriğine susmaya hukuki yaptırımlar bağlanan ve hatta susmadan aleyhe sonuç çıkartılan hallerin de girdiği geniş bir çerçeveyi ifade eder.²⁵⁹ Zorlama için ölçünün, kişinin irade özgürlüğünün ortadan kaldırılıp kaldırılmadığında aranması gerektiği ifade edilmektedir.²⁶⁰ Fiziksel ve psikolojik işkence tespiti kolay zorlama türleri olmakla birlikte, tehdit, ödüllendirme, aldatma gibi pek çok yöntem bu kapsama girebilir. Bunun için olayın tüm özellikleri dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır.

Susma hakkının uygulanmasında, *Miranda* Kararı'na kadar, *Warickshall* gönüllülük kuralı/testi karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, kişinin rızası ve/veya iradesi dışında vermiş olduğu ifadeler gönüllü olmadığı için güvenilmezdirler ve dışlanmaları gerekmektedir.²⁶¹ Başlarda güdülen asıl amaç, şüpheliye yapılan zorlamayı değil, güvenilmez delilleri dışlamaktır.²⁶² Ancak bu durum, işkenceyi de içeren yasak sorgu yöntemleri uygulansa dahi, açıklamaların güvenilir olduğu hallerde kabul edilebileceği gibi bir tehlike barındırmaktaydı.²⁶³ Zamanla gönüllü itiraf testi, sadece güvenilirlikle değil, kişilerin ifade vermedeki otonomisi ile de ilgilenmeye başlamıştır.²⁶⁴ Gönüllülük noktasında kişinin yaşı, milleti, eğitimi, psikolojik ve bedensel sağlığı, sosyokültürel seviyesi, zekası ve daha pek çok unsur dikkate alınmıştır.²⁶⁵ Böylece mahkemeler, sadece güvenilmez olanları değil, kişilerin beşinci ve on dördüncü eklerin ihlali suretiyle alınmış olan ifadelerinin de dışlanmasını içtihat edinmiştir.²⁶⁶

*Miranda v. Arizona*²⁶⁷ kararına kadar Amerikan Yüksek Mahkemesi, itirafların güvenilirliğini her olayın somut şartlarına göre ayrı ayrı değerlendirmekte iken bu

²⁵⁸ Ibid., s. 260, 266 vd.; Dann, a.g.m., s. 611. Detay için bkz. Bölüm: 2.5.1. Belge Niteliğinde Deliller, 2.5.6. Beden Muayenesi.

²⁵⁹ Amar-Lettow, a.g.m., s. 865 vd.; Lushing, a.g.m., s. 1697.

²⁶⁰ *United States v. Washington*, 431 U.S. 181, 188 (1977); *In re Gault*, 387 U.S. 1, 47 (1967).

²⁶¹ Bu kuralın ortaya çıktığı İngiltere kararı için bkz. *Rex v Warickshall*, 168 Eng. Rep. 234 (1783). Uygulandığı örnek davalar için bkz. *Commonwealth v. Chabcock*, 1 Mass (1 Will.) 144 (1804); *Pierce v. United States*, 160 US 355 (1896).

²⁶² Godsey, a.g.m., s. 481-482.

²⁶³ Chiesa, a.g.m., s. 43-44; *Hector v. United States*, 2 Mo. 166, 168 (1829).

²⁶⁴ *Lyons v. Oklahoma*, 322 U.S. 596, 602 (1944); *Bram v. United States*, 168 US 532 (1897).

²⁶⁵ Godsey, a.g.m., s. 468-469.

²⁶⁶ *Spano v. New York*, 360 U.S. 315, 320-21 (1950).

²⁶⁷ 384 U.S. 436 (1966).

mihenk taşı niteliğindeki davada, kişi anayasal susma hakkından iradi ve gönüllü olarak feragat etmemiş ise, verdiği ifadelerin kanıt değerinin olmayacağına karar vermiştir.²⁶⁸ Soruşturma evresindeki ifade almalar için getirilen ve daha sonra ‘Miranda Kuralları’ olarak kullanılagelen uyarılara göre, kişiye susma hakkı, beyanlarının aleyhine delil olarak kullanılabileceği, kendi tutacağı veya kendisine atanacak bir avukata danışma hakkının bulunduğu ve kendi isteğiyle bilinçli olmak kaydıyla susma hakkından feragat edebileceği bildirilir.²⁶⁹ Bu karar ile birlikte artık, söz konusu uyarıların yapılmaması veya yapıldığının kanıtlanamaması halinde, gönüllü olup olmadığına bakılmaksızın elde edilen beyanlar kullanılamayacaktır.²⁷⁰ Bu kararın bir devrim olmadığı, var olan içtihadı yazılı olarak tespit ettiği de doktrinde savunulmaktadır.²⁷¹

Her ne kadar şüphelinin susma hakkını kullanmak istediği her an ifade almanın kesilmesini sağladığı ve böylece fiziksel ve psikolojik zorlamalar önünde tampon işlevi gördüğü iddia edilse de,²⁷² Yüksek Mahkemenin Miranda prensibinin tersine verdiği pek çok kararı bulunmaktadır.²⁷³ İlk olarak, önlenemez keşif (*inevitable discovery*) doktrini uyarınca, hakim, şüphelinin Miranda uyarılarına riayet edilmeden elde edilen beyanı dolayısıyla ulaşılan gerçek kanıtın, kurallara riayet edilseydi de bulunabileceğine ikna olursa, söz konusu kanıt kullanılabilecektir.²⁷⁴ İkincil olarak, Miranda uyarıları yapılmadan şüpheliden alınan gönüllü itirafların, hakların hatırlatılarak yinelenen ifade almada tekrarlanması halinde kullanılabileceği yönünde de kararlar verilmiştir.²⁷⁵ Şüpheli susma hakkını kullanmasına rağmen, bunun diğer sorguları sonsuza dek engelleyemeyeceği gerekçesiyle başka memur tarafından tekrar ifadesi alınarak elde edilen ikrarı da kabul edilmiştir.²⁷⁶ 2010 tarihli bir kararında ise, susma hakkını kullanmak istediğini açıkça ifade etmeyen şüpheliden elde edilen ikrarın geçerli olduğu, yani feragatin değil, hakkının kullanımının açıkça belirtilmesi gerektiği belirtilerek Miranda’nın tam tersi bir içtihat üretilmiştir.²⁷⁷ Özetle Yüksek

²⁶⁸ Akyazan, a.g.m., s. 340.

²⁶⁹ Ibid., s. 343.

²⁷⁰ Dülger, a.g.e., s. 348.

²⁷¹ Herrmann-Speer, a.g.m., s. 6.

²⁷² Sandra Guerra Thompson, “Evading Miranda: How Seibert And Patane Failed To Save Miranda”, **Valparasio University Law Review**, Vol. 40, No.3, 2006, s. 645.

²⁷³ Akyazan, a.g.m., s. 345; Thompson, a.g.m., s. 650.

²⁷⁴ Akyazan, a.g.m., s. 346. *United States v. Patane*, 542 U.S. 630 (2004); *Wisconsin v. Knapp*, 542 U.S. 952 (2004).

²⁷⁵ *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985); *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600 (2004).

²⁷⁶ *Brewer v. Williams*, 430 U.S. 387 (1977); *Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477 (1981).

²⁷⁷ *Berghuis v. Thompkins*, 547 F. 3d 572 (2010); Kocaoğlu, a.g.m., s. 35-38.

Mahkeme'nin bugünkü tutumunun Miranda Kuralları'na aykırı davranmanın doğrudan doğruya beşinci ekin ihlalini oluşturmadığı yönünde olduğu belirtilebilir.²⁷⁸

Mahkeme sırasında yani kovuşturma aşamasındaki köşe taşı karar olarak da karşımıza *Griffin v. California*²⁷⁹ çıkmaktadır. Bu davada savcı, sanığın mahkeme önünde tanıklık yapmamasını jüri önünde yorumlamaktan yasaklanmıştır.²⁸⁰ Ancak sessizliğin aleyhe yorumlanması konusunda Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin çelişik kararları bulunmaktadır. Özellikle kısmi susmanın söz konusu olduğu hallerde, belirli soruları yanıtsız bırakmanın kişinin suçluluğuna karine olamayacağı²⁸¹ ve tam aksi olarak, kısmi beyanda bulunmanın gerçeğe ulaşmada tehdit oluşturduğu ve böyle hallerde susmadan sonuç çıkarılabileceği²⁸² şeklinde kararlar mevcuttur. Doktrinde de çoğunluk görüş, susma aleyhe yorumlandığı takdirde hakkın anlamının kalmayacağını savunurken²⁸³, aleyhe çıkarımın zorlama olarak yorumlanamayacağı da aksi görüş olarak ileri sürülmektedir.²⁸⁴

Burada, susma hakkıyla yakın ilişki içerisindeki bağışıklık sistemine de değinmek gerekmektedir. Savcılara tanınan bir yetki olan ve hakim onayı ile kullanılabilen bu yöntem ile, şüpheli, sanık veya tanık, konuşması karşılığında verdiği delillerin kendi aleyhine kullanılmasından bağışık tutulma imkanına kavuşur.²⁸⁵ İki tür bağışıklıktan ilki olan mutlak bağışıklığa (*transactional immunity*) göre, kişinin tanıklık yaptığı sırada verdiği beyanlar ve bu beyanlar dolayısıyla ulaşılan delillerin onun aleyhine hiçbir ceza davasında kullanılamaz.²⁸⁶ İkinci tür olan göreceli bağışıklığa (*derivative use immunity*) göre ise, kişinin beyanları ilgili oldukları suçtan

²⁷⁸ Aydın, a.g.e., s. 87; Dülger, a.g.e., s. 349; Thompson, a.g.m., s. 667.

²⁷⁹ 380 U.S. 609 (1965)

²⁸⁰ Aydın, a.g.e., s. 80.

²⁸¹ *United States v. Lorenzo*, 570 F.2d 294, 297-98 (9th Cir. 1978); *Hockenbury v. Sowders*, 718 F. 2d 155, 159 (6th Cir. 1983); *United States v. Canterbury*, 985 F.2d 483, 486 (10th Cir. 1993).

²⁸² *United States v. Bums*, 276 F. 3d 439, 442 (8th Cir. 2002).

²⁸³ Ratner, a.g.m., s. 473. Yazar susmadan aleyhe sonuç çıkarmanın susma hakkını kullanmanın tek başına kişinin suçluluğuna karine kılınması anlamına geleceğini, bunun da tam da susma hakkının varlık sebebine aykırı olacağını ileri sürmektedir.

²⁸⁴ Alschuler'e göre, hukukta herkesin sözleşme imzalamama hakkı vardır ve dolayısıyla kimse kimseyi bir sözleşme imzalamaya zorlayamaz. Ancak bu zorlamayı, kişiyi sözleşmeyi imzalamaya ikna etmeyi yasaklamaz. Benzer şekilde sözleşme yapmama hakkı, kişinin sözleşme yapmaması durumundan bazı manalar çıkarılmasına ve sözleşmeden doğacak karlardan mahrum kalmasına engel olmaz. Dolayısıyla susma bir hak da olsa, susmadan aleyhe sonuç çıkarılabilir. Yazar, aynı zamanda Yüksek Mahkeme'nin susmayı dezavantajlı konuma getiren her hal ve durumda kişiyi konuşmaya zorlanmış ve dolayısıyla susma hakkını ihlal edilmiş sayan içtihadını da eleştirmektedir. Bkz., Albert W. Alschuler, "Miranda's Fourfold Failure", **Boston University Law Review**, Vol. 97, 2017, s. 851-853. (Alschuler, Miranda)

²⁸⁵ Lushing, a.g.m., s. 1690 vd.

²⁸⁶ *Ullmann v. United States*, 350 U.S. 422, 438-439 (1956); Lushing, a.g.m., s. 1708.

dolayı kovuşturmasında kullanılamazken, dolaylı delile karşı koruma sağlanmamaktadır.²⁸⁷

Bu noktada son olarak, savunma tanığının da bağışıklıktan yararlanıp yararlanamayacağı tartışmasına yer vermek gerekmektedir. Amerikan doktrininde, savunma makamının tanığına bağışıklık tanıma yetkisi yoksa da adil yargılanma, kendi lehine delil toplama ve sunma ile tanık dinletme hakları uyarınca böyle bir bağışıklığın getirilmesini etkili soruşturmanın gereği addeden görüş bulunduğu gibi, söz konusu tanık, sonradan şerik çıkması halinde kovuşturulamayacağından bağışıklığın savunma tanığı lehine tanınmasını reddeden görüş de bu fıkre karşı çıkmaktadır.²⁸⁸

1.4.3. Almanya

Susma hakkı kendine Alman hukuk tarihinde ilk kez 1849 tarihli Braunschweig Ceza Muhakemesi Kanunu²⁸⁹,nda, şüphelinin kendisine yöneltilen sorulara cevap vermek zorunda olmadığı düzenlemesiyle yer bulmuştur.²⁹⁰ Daha sonra 1871 tarihli Alman İmparatorluğu Ceza Muhakemesi Kanunu²⁹¹, söz konusu prensibi tanıkları da kapsayacak şekilde içermiştir.²⁹² Mülga Türk Ceza Muhakemeleri Usulu Kanunu'nun mehzaz kanunu olan 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemesi Kanunu²⁹³ susma hakkını, şüpheliye sorulara cevap vermek isteyip istemediğinin sorulması şeklinde ele almıştı. Bugünkü Alman Ceza Muhakemesi Kanunu²⁹⁴ ise, 136/1 maddesinde şüphelinin, 243/5' te sanığın susma hakkını açıkça düzenlemektedir. 55. madde ise, tanıkların, kendileri ve belli derece yakınlarını cezai takibata uğratma ihtimalinin varlığı halinde, çekinme haklarını düzenlemektedir.

Alman doktrininde susma hakkı, Anayasa'da düzenlenen insan onuru (madde 1), kişilik hakkı (madde 2), hukuk devleti ilkesi (madde 20/3) ve adil yargılanma hakkı

²⁸⁷ Stuntz, a.g.m., s. 1234; Lushing, a.g.m., s. 1708; *Counselmann v. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892).

²⁸⁸ Wayne Alan Weiner, "The Due Process Right to the Immunization of Defence Witness", **Boston Law Review**, Vol. 22, Issue 2, No. 2, s. 301-308.

²⁸⁹ Almanya, Braunschweigsche Strafprozessordnung, 22.08.1849.

²⁹⁰ Rüping, a.g.m., s. 135-136.

²⁹¹ Almanya, Strafprozessordnung für das Deutsche Reich, 15.05.1871.

²⁹² Ambos, a.g.m., s. 160.

²⁹³ Almanya, Strafprozessordnung, 01.02.1877, RGBl. S. 253.

²⁹⁴ Almanya, Strafprozessordnung, 01.02.1877 RGBl. S. 253, Yeniden Düzenleme ve Resmi Gazete Tarih: 07.04.1987, Sayı: S 1074. (AlmCMK)

(madde 103) ile ilişkilendirilmektedir.²⁹⁵ Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi de, kendini suçlamaya zorlanma yasağının hukuk devleti ilkesinden ileri geldiğini ve bu yüzden anayasal bir hak olduğunu kabul etmektedir.²⁹⁶ En yüksek değer olarak kabul edilen insan onuru kavramı, kişinin aleyhine geliştirilen ceza muhakemesi işlemlerine etki edebilecek konumda kabul edilmesini, onun objeleştirilmemesini gerektirir.²⁹⁷ Alman Federal Yargıtayı da bu görüşleri paylaşmaktadır.²⁹⁸ Bu anlayış, Alman Anayasası'nın, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda olduğu gibi susma hakkını doğrudan ve açıkça düzenleyen bir maddeyi içermemesine rağmen, kendini suçlandırmamanın bir hak olarak anayasal düzeyde kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Alman hukukunda susma hakkı, kendini suçlamaya zorlanma yasağı²⁹⁹ ve/veya aleyhine davaya katkıda bulunmaya mecbur olmama hakkı³⁰⁰ şeklinde ifade edilmektedir. Buna göre dar anlamda susma hakkı Nemo Tenetura, Nemo Tenetur da adil yargılanma hakkına içkindir.³⁰¹ Susma hakkının beyansal olmayan içeriği, bir diğer ifadeyle aleyhe delil vermeme hürriyeti, delilin aktif veya pasif davranışla verilmiş olmasına dayalı olarak yapılan bir değerlendirme sonucu belirlenir. Buna göre, kişinin ceza muhakemesi işlemlerine pasif olarak katlanma yükümlülüğünün (*Duldungspflicht*) bulunduğu hallerde (fotoğraflarının çekilmesi, vücudundan kan ve/veya DNA örneklerinin alınması, parmak izinin alınması vb.) susma hakkı ileri sürülemeyecek³⁰², ancak aktif katılımının gerektiği hallerde (alkolmetreye üfleme, tükürük örneği vermek, suç aletini kolluğa teslim etmek vb.) ise kişi bu işlem için zorlanamayacaktır.³⁰³ Bireyin beyanda bulunması aktif hareket kapsamında olduğundan³⁰⁴, Nemo Tenetur deyince akla ilk olarak dar anlamıyla susma hakkı

²⁹⁵ Roxin-Schünemann, a.g.e., bölüm 25/1; Beulke, a.g.e., para. 125; Rüping, a.g.m., s. 136-137; Volker Krey, **Deutsches Strafverfahrensrecht**, Band 1, Kohlhammer, Stuttgart, 2006, para. 475; Urs Kindhäuser, **Strafprozessrecht**, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2013, bölüm 2/14; Lorenz Leitmeier, “‘Nemo Tenetur’- Ein Nachteiliges Verfassungsrecht?“, **Juristische Rundschau**, 9, 2014, S. 373.

²⁹⁶ Luna Rösinger, **Die Freiheit des Beschuldigten von Zwang zur Selbstbelastung**, Studien und Beiträge zum Strafrecht, Band 23, Thübingen, Mohr&Siebeck, 2019, s. 3; BVerfG Beschl. v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10 – Rn. 60 m. w. N; BVerfGE 57, 250, 275.

²⁹⁷ BVerfGE 66, 313, 318; BVerfGE 109, 279, 312

²⁹⁸ BGHSt 38, 214, 218 f.; BGHSt 38, 263.

²⁹⁹ Selbstbelastungsfreiheit; das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung.

³⁰⁰ Recht, nicht aktiv an der eigenen Überführung mitwirken zu müssen.

³⁰¹ Kramer, a.g.e., para. 30; Krey, a.g.e., para. 475; Beulke, a.g.e., para. 511.

³⁰² Schuster, a.g.m., s. 190; Kindhäuser, a.g.e., bölüm 2/25; İnci, Katlanma, s. 135-136.

³⁰³ Schuster, a.g.m., s. 190; Krey, a.g.e., paras. 326-328; Putzke – Scheinfeld, a.g.e., para. 121

³⁰⁴ İnci, Katlanma, s. 136.

gelmektedir. Aktif davranış ile delil vermeye zorlanamamanın istisnaları olarak, kimlik hakkında sorulan sorulara cevap verme mecburiyeti ve hakim sorgusunda hazır bulunma yükümlülüğü gösterilmektedir.³⁰⁵ Söz konusu aktif pasif ayrımı öğretide, şekilci³⁰⁶, yapay³⁰⁷ ve suiistimale elverişli³⁰⁸ olması hasebiyle eleştirilmektedir.

Susmadan aleyhe sonuç çıkarma noktasında Alman doktrin ve içtihadının çoğunluk itibariyle kabul ettiği tavır şu şekildedir: Susma hakkı, hakimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ve vicdani kanaatine göre karar vermesi ilkesinin bir sınırını teşkil eder.³⁰⁹ Buna göre, şüpheli veya sanığın tam susması halinde bu susmaya sonuç bağlanmadığı gibi, bu takdirde jest ve mimikleri dahi yorumlanamaz.³¹⁰ Hüküm, mahkemenin tam susma halini, sanığın saklayacak bir şeyleri olduğu şeklinde değerlendirmesine dayandırılmaz. Aksi durum onu konuşmaya zorlamak olur ki bu yasanın ruhuna aykırıdır.³¹¹ Ancak kısmi susma halinde, bu durum dikkate alınacak ve olaya göre aleyhe de yorumlanabilecektir.³¹²

Susma hakkının yalan söyleme hakkını bahsetmese de kişinin maddi hukuk açısından bir cezaya vücut vermediği sürece yalan söylemesine müsaade edildiği kabul edilmektedir.³¹³

1.4.4. Fransa

Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu 116. maddesine göre, soruşturma hakimi şüpheliye susma hakkının bulunduğunu bildirmekle yükümlüdür.³¹⁴ Her ne kadar yasanın lafzı bu şekilde olsa da, söz konusu hak, tüm ceza prosedürü aşamalarında geçerli olacak şekilde anlaşılmaktadır.³¹⁵

³⁰⁵ Roxin-Schünemann, a.g.e., bölüm 25/6; Krey, a.g.e., paras. 326-328; Özgenç, a.g.m., s. 135.

³⁰⁶ Schuster, a.g.m., s. 190.

³⁰⁷ Özen, a.g.e., s. 68.

³⁰⁸ Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 72.

³⁰⁹ Beulke, a.g.e., para. 495 vd., 511.

³¹⁰ Ibid.; Kramer, a.g.e., para. 30; Roxin-Schünemann, a.g.e., bölüm 25/31.

³¹¹ Kramer, a.g.e., para. 30; Kasiske, a.g.m., s. 20. Zor kavramının kapsamına, fiziksel ve psikolojik baskı ile beraber, susmanın cezayı arttırıcı etkiye neden olması ya da delil değerlendirilmesinde aleyhe ele alınması da girmektedir, bkz. Rösinger, a.g.e., s. 5.

³¹² Beulke, a.g.e., para. 495 vd; 511; Roxin-Schünemann, a.g.e., bölüm 25/31; Kramer, a.g.e., para. 34.

³¹³ Putzke – Scheinfeld, a.g.e., para. 122.

³¹⁴ Fransa, Code de Procedure Penale, Kabul: 02.03.1959, Yürürlük: 01.03.1962.

³¹⁵ Manfred Pieck, "The Accused's Privilege Against Self-Incrimination in the Civil Law", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 11, No. 4, Autumn 1962, s. 585. (Pieck, Accused)

İlk başlarda belli soruları cevaplamaktan imtina edebilme şeklinde dar bir çerçevede tezahür eden susma hakkının zamanla kapsamı genişlemiştir.³¹⁶ Susma hakkı ancak ‘şüpheli’ye tanınan bir hak olduğundan, bu sıfatın kazanılma anı da önem taşımaktadır.³¹⁷ Zira 2000 yılına kadar, 48 saate kadar gözaltında kalan kişiler şüpheli sıfatını haiz değildi.³¹⁸ Dolayısıyla bu süreçte polis ya da savcı tarafından susma hakkı hatırlatılmaz ve tanınmaksızın gerçekleştirilen ifade almalarda verilen beyanlar kişiler aleyhine kullanılabilirdi.³¹⁹ Ancak yasada yapılan değişiklikte gözaltındaki kişiye de haklar tanınarak, şüpheli ve ifadesi alınan kişi farkı silikleşmiştir.³²⁰ Böylece artık yakalanma anında bireylere susma hakkı derhal hatırlatılır olmuştur.³²¹

Bugün kendi aleyhine tanıklık yapmama hakkı, Fransız ceza muhakemesinin temel yapı taşlarından olup, işkence, aldatma ve hileyi de kapsayan sorgu yöntemleri, Fransız içtihadında adil yargılanmaya aykırı bulunmaktadır.³²²

Diğer yandan, Fransa’da herkes, kimliği hakkında sorulara cevap verme hukuki yükümlülüğü altındadır.³²³ Ayrıca, fotoğraflarının çekilmesi, parmak izlerinin ve kan örneklerinin alınması, fiziksel ve mental olarak muayene edilmesi halleri kendi aleyhine delil vermeye zorlanamama yasağı kapsamında değerlendirilmez.³²⁴

Fransa, şüpheli ve sanığı susma hakkı kullanmamaya teşvik eden bir hukuk politikası izlemektedir.³²⁵ Şüpheli veya sanığın sessizliğinin onun aleyhine yorumlanması mümkündür.³²⁶

³¹⁶ Stephen C. Thaman, “Miranda in Comparative Law”, **ST. LOUIS U. L.J.**, Vol. 45, 2001, s. 581, 596. (Thaman, Miranda)

³¹⁷ Pieck, Accused, s. 591.

³¹⁸ Ibid., s. 591, 592.

³¹⁹ Jeffrey K. Walker, “A Comparative Discussion of the Privilege Against Self-Incrimination”, **N.Y.L. SCH. J. INT’L & COMP. L.**, Vol. 14, 1993, s. 19, 20.

³²⁰ Michael V. Profit, “Refusing To Be One’s Own Witness: How The Privilege Against Self-Incrimination Differs In China, France, And The United States”, **Elon Law Review**, Vol: 8, 24 February 2016, s. 162.

³²¹ Profit, a.g.m., s. 165.

³²² Robert Vouin, "The Privilege under Foreign Law, France," **Journal of Criminal Law and Criminology**, Vol. 51, Summer 1960, s. 169.

³²³ Pieck, Accused, s. 587.

³²⁴ Vouin, a.g.m., s. 170.

³²⁵ Amann, a.g.m., s. 1254.

³²⁶ Walker, a.g.m., s. 20-21; Pieck, Accused, s. 598.

1.5. Türk Hukuku

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası³²⁷,nın 38/5 maddesine göre; “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” Söz konusu madde, Amerikan Anayasa’sının ek 5. maddesine göre, daha kapsamlı bir düzenleme getirmektedir. Zira kişiye sadece kendisi değil, yakınları aleyhine de konuşmama hürriyeti tanınırken, ceza yargılaması şeklinde bir sınırlama yapılmamıştır.³²⁸ Ayrıca ek 5, doğrudan tanıklık ifadesine yer vermişken, Türk Anayasası, aleyhe verilmeye zorlanamayan delilleri sadece beyanla sınırlı tutmamıştır.³²⁹

Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) bünyesinde susma hakkına yer veren hükümler arasında; kişinin kendi ve yakınlarını ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebileceğini düzenleyen 48., yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğunun ifade alma ve sorgu sırasında kişiye bildirilmesini düzenleyen 147/1-e, duruşmada sorgusundan önce sanığa bildirilmesini düzenleyen 193/1-c ve kişinin ifadesinin özgür iradesine dayanmasını engelleyen yasak sorgu yöntemlerini düzenleyen 148. maddeleri yer almaktadır.

Susmanın bir hak olup olmadığı meselesi de doktrinde tartışmalıdır. Şüpheli veya sanığın Anayasa ve kanunlara göre cevap verme mecburiyetinin olmamasının onu bir hak olarak tanımlamaya yetmediği,³³⁰ kişinin konuşmaya zorlanması yasağı susmanın subjektif bir hak olarak düzenlendiği anlamına gelmediği³³¹ ifade edilmektedir. Ayrıca, maddi gerçeği ortaya çıkarmada şüpheli ve sanığın da bildiklerini doğru bir şekilde anlatma ‘kölleti’ altında olduğunu ancak kölfet mecburiyet olarak yorumlanamayacağından ve zorlanan kişinin beyanı güvenilir olmayacağından, susan şüpheli veya sanığın mazur görülmesi ve ona işkence edilmemesi gerektiği³³² vurgulanmaktadır. Susmayı bir hak olarak kabul etmeyen

³²⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kabul: 18.10.1982, Kanun No: 2709, Resmi Gazete Tarih: 09.11.1982, Sayı: 17863 (Mükerrer).

³²⁸ Aydın, a.g.e., s. 111-112.

³²⁹ Ibid.

³³⁰ Faruk Erem, “Susma Hakkı”, Bursa Barosu Dergisi, 1980, s. 11. (Erem, Susma)

³³¹ Faruk Erem, **Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku**, Ankara, Işın Yayıncılık, 1986, s. 157 vd. (Erem, Diyalektik)

³³² Özgenç, a.g.m., s. 139-140.

üçüncü görüşe göre de sorgu sanığın savunma aracı değil, bir delil toplama yöntemidir. Bu bağlamda sanığın sorulara cevap vermesi bir mecburiyet olmadığı gibi, vermemesi de bir hak teşkil etmemektedir.³³³ Aksi yöndeki görüşe göre ise, delil elde amacıyla kişilere işkence edilmesini yasaklama şeklinde doğmuş olan susma bir haktır.³³⁴ Şüphelinin ifadesi veya sanığın sorgusu delil etme etme değil, savunma aracı olarak görülmelidir.³³⁵ Savunma da konuşarak ya da susarak gerçekleştirilebileceğinden, susma, savunma hakkının özüne içkin bir haktır.³³⁶ Kanaatimizce de, CMK' nın ilgili maddelerinin açıklamada bulunmamanın açıkça 'kanuni hak' olduğunu bildiren hükümleri karşısında susmanın bir hak olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Susma hakkının yalan söyleme hakkını da içerip içermediği de yine, doktrindeki bir diğer tartışmalı husustur. Birinci görüş, yalanın da susma hakkı kapsamında olduğunu iddia etmektedir.³³⁷ Kişi acıdan kaçınmak için yaradılış gereği yalan söyleyebilir.³³⁸ Hatta yalan o kadar olağan sayılmıştır ki, yalan tanıklık bir suç olarak düzenlenmesine rağmen, benzer bir ceza şüpheli veya sanık için kanunda yer almamıştır.³³⁹ Buna ek olarak, sanığın yalan söyleyerek kendisiyle çelişmesi, susmasına göre daha iyi bir durumdur. Yalan ifadeler çürütülerek ya da çelişkiler yorumlanarak maddi gerçeğe ulaşmak kolaylaşabilir.³⁴⁰ İkinci görüş ise, kişinin gerçeği söyleme yükümlülüğünün olmadığı gibi yalan söyleme hakkının da bulunmadığını savunmaktadır.³⁴¹ Maddi ceza hukuku açısından iftira gibi münferit bir suça işaret etmediği takdirde yalan söylemenin ceza muhakemesi açısından bir yaptırımı bulunmamaktadır.³⁴²

³³³ Feyyaz Gölcüklü, "Sanık Gerçeği Söylemeye Mecbur Mudur?", *AÜSBFD*, C.9, S.4, 1954, s. 122-144.

³³⁴ Süheyl Donay, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 143; Ersan Şen, *Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu*, İstanbul, Beta, 1998, s. 65.

³³⁵ Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Gözaltında Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri", *AÜHFD*, C. 57, S. 3, 2008, s. 64. (İpekçioğlu, Gözaltı)

³³⁶ Zafer, a.g.m., s. 511; Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Bası, Kazancı Matbaacılık Sanayi, İstanbul, 1981, s. 359.

³³⁷ Erem, *Diyalektik*, s. 160; Şen, a.g.e., s. 63; Vahit Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin, Ekim 2010, s. 542.

³³⁸ Özen, a.g.e., s. 215; Gökçen-Balcı-Alşahin, a.g.e., s. 327.

³³⁹ Demirbaş, a.g.e., s. 90.

³⁴⁰ Demirbaş, a.g.e., s. 257-258.

³⁴¹ Şahin, a.g.e., s. 142-143; Özgenç, a.g.m., s. 141.

³⁴² Şahin, a.g.e., s. 142-143; Cumhur Şahin, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994, s. 125. (Şahin, Sanığın Sorgusu)

Son olarak susmanın aleyhe yorumlanması meselesine değinmek gerekmektedir. Türk hukukunda genel olarak, kişinin susmasının aleyhine yorumlanamayacağı, aksi takdirde susmanın cezalandırılmış sayılacağı ve bunun hakkın ruhuyla bağdaşmayacağı savunulmaktadır.³⁴³ Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.³⁴⁴ Ancak vicdani delil sistemi ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi kaidesi uyarınca, kısmi susma halinde, konuştuğu hallerde verdiği cevaplar ve diğer deliller de dikkate alınarak, bu susmadan çıkarım yapılabilir.³⁴⁵

³⁴³ Erem, Susma Hakkı, s. 298; Kocaoğlu, a.g.m., s. 37; Özen, a.g.e., s. 214-215; Centel-Zafer, a.g.e., s. 170-171; Sukut ikrardan gelmez. Bkz. Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 71; Karakehya, a.g.e., s. 160; Erhan Günay, Ceza Hükümünde Mutlak Bozma Nedeni Olarak Sanığın Savunma Hakkının Kısıtlanması, Ankara, Seçkin, 2016, s. 222.

³⁴⁴ “...susma hakkı kullanan sanık hakkında, ‘...susma hakkıyla siyasi bir duruş içine girdiği...’ biçiminde yasal olmayan gerekçeyle takdiri indirim nedeninin uygulanmamış olması; bozmayı gerektirmiştir.” 4. CD., T. 02.12.2008, E. 2008/10723, K. 2008/21522; “Susma hakkını kullanan sanığın ‘sukut ikrardan gelir’ deyişine dayanarak suçunu kabul ettiği söylenemeyeceği gibi savunmasını kanıtlaması da beklenemez.” CGK, T. 22.03.2005, E. 2004/4-220, K. 2005/32. www.kazanci.com/kho2/ibb

³⁴⁵ Şahin, a.g.e., s. 139.

2. SUSMA HAKKININ KAPSAMI VE SINIRLARI

Bu bölümde, kişi, konu, zaman ve yer bakımından susma hakkının tartışmalı kapsamı ortaya konulmuş ve çeşitli ceza muhakemesi işlem ve tedbirleri bakımından gündeme gelen ancak net olarak tayin edilemeyen muğlak sınırları aydınlatılmaya çalışılmıştır.

2.1. Kişi Bakımından

2.1.1. Şüpheli ve Sanık

Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre şüpheli, soruşturma evresinde, sanık ise, kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade eder.³⁴⁶ Bu noktada, bu sıfatların ne zaman başlayacağı önem arz etmektedir. Soruşturma evresi basit başlangıç şüphesiyle başlamakla beraber,³⁴⁷ soruşturma organlarının ilgili aleyhine ceza davası açılması için harekete geçmesiyle kişi, şüpheli sıfatını kazanır.³⁴⁸ Sanıklık ise, yeterli şüpheye ulaşıp düzenlenen iddianamenin kabulü ile başlamaktadır.³⁴⁹

Kendini suçlamama hakkı denince haliyle bu hakkın muhatabı olarak akla ilk şüpheli ve sanık gelmektedir. Şüpheli veya sanık, olay hakkında doğrudan doğruya ve en geniş bilgi sahibi olan kişidir.³⁵⁰ Nitekim en iyi delil kaynağının şüphelinin kendisi

³⁴⁶ Özbek et al., a.g.e., s. 241-242; CMK m. 2/1/a-b.

³⁴⁷ Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 135-175.

³⁴⁸ Ufuk Toprak, “Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiye Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt: 1, Yıl: 2, Sayı: 7, 20 Ekim 2011, s. 261. (Toprak, Şüphelinin)

³⁴⁹ Özbek et al., a.g.e., s. 241-242; Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 175-176.

³⁵⁰ Centel-Zafer, a.g.e., s. 237-238.

ya da suç ortağı olduğu ifade edilmektedir.³⁵¹ Dolayısıyla maddi gerçeğe ulaşmak için onun beyanına başvurma ihtiyacı doğmaktadır.

Ancak Kıta Avrupası Hukuku'nda şüpheli ve sanık beyanı tanık beyanı gibi teknik anlamda delil kabul edilmemektedir.³⁵² Oysa şüphelinin fiziksel varlığı ispat konusu olarak hizmet ederse, vücudu teknik delil gibi değerlendirilebilecektir.³⁵³ Anglosakson hukuk sisteminde sanıklar, tanık olarak ancak yeminsiz dinlenmektedir.³⁵⁴ Yemin söz konusu olmadığı için de yalan tanıklık suçu vücut bulamaz. Kıta Avrupası hukuklarında ise şüpheli veya sanık kendisi hakkında başlatılan soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak dinlenemeyeceğinden yalan tanıklık suçunun faili olamazlar.³⁵⁵

Amerikan ve İngiliz hukuklarında görülen, kişiye bağlılık tanınması suretiyle konuşmasının sağlanması usulu Türk hukukunda mevcut (mümkün) değildir.³⁵⁶ Bu yüzden, Kıta Avrupası ve dolayısıyla Türk hukuk sisteminin Anglosakson' a nazaran şüpheli ve sanık için daha kapsamlı bir susma hakkı tanıdığını iddia etmek mümkündür.

Sanığın muhakemenin farklı evrelerinde susma hakkını kullanma yönünde farklı tutum sergilediği geçici susma halinde ne olacağı sorununa da ayrıca değinmek gerekmektedir. CMK 210/2'nin³⁵⁷ tanıklara tanıdığı imkanı kanun koyucu, sanıktan esirgemiştir.³⁵⁸ Sanığın ifade alma esnasında susup mahkemede konuşması açısından bir problem ortaya çıkmayacaktır.³⁵⁹ Ancak önce konuşup ve hatta ikrarda bulunup sonradan susması halinde, iki görüş ileri sürülebilir. İlkine göre, önceden suçu anlatıp

³⁵¹ Şüphelinin ifadesi, ele geçirilen bilgileri ayıklamak, tasnif etmek, önemli ve önemsizi ayırmak, yeni delillere ulaşmak ve şüpheyi yenmek bakımından oldukça önemlidir. Bkz., İpekçioğlu, Gözaltı, s. 61 vd.

³⁵² Roxin-Schünemann, a.g.e., bölüm 25/1; Öztürk et al., a.g.e., s. 241; Demirbaş, a.g.e., s. 89.

³⁵³ Demirbaş, a.g.e., s. 87; Roxin-Schünemann, a.g.e., bölüm 25/1.

³⁵⁴ Özen, a.g.e., s. 215.

³⁵⁵ Neslihan Göktürk, "Yalan Tanıklık Suçu", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, 2016/1, s. 374-375.

³⁵⁶ İtişgen, a.g.e., s. 31.

³⁵⁷ "Tanıklıktan çekinebilecek olan kişi, duruşmada tanıklıktan çekindiğinde, önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz."

³⁵⁸ Şahin, a.g.e., s. 141.

³⁵⁹ Aydın, a.g.e., s. 116.

sonra susan sanığın beyanları arasında çelişki var kabul edilerek, CMK 213³⁶⁰ gereği kolluktaki ifadesi okunarak dikkate alınmalıdır.³⁶¹ İkincisine göre ise, müdafii eşliğinde hukuka uygun olarak kollukta alınan ifadenin delil vasfı kazanabilmesi için ayrıca bir işlem yapılmasına gerek bulunmamaktadır.³⁶² Her iki görüş de soruşturma evresinde konuşup duruşmada susan sanığın önceki beyanlarının dikkate alınacağını ortaya koymaktadır. Kanaatimizce de kanuna uygun elde edilen bu delilin geçersiz kılınması için bir sebep bulunmamaktadır. Ancak eklemek gerekir ki Yargıtay, “*susma hakkı bulunan sanık hakkında ‘aşamalarda farklı beyanlarda bulunduğu’ gerekçesiyle 5237 sayılı TCK.nun 62. maddesinin sanık lehine uygulanmaması*”nı bozma sebebi saymaktadır.³⁶³ Alman Federal Yargıtayı da geçici susma halinin aleyhe değerlendirilemeyeceğini çeşitli kararlarında vurgulamıştır.³⁶⁴

2.1.2. Tanık

Ceza muhakemesi hukukunda tanıklık, yargılamanın tarafı olmayan kişinin, beş duyusu ile edindiği bilgileri hakim önünde anlatmasıdır.³⁶⁵ Verileri şahsen öğrenmesi ve aktarması halinde doğrudan, başkasından elde ettiği duyumları iletmesi halinde dolaylı tanıklık söz konusu olur.³⁶⁶ Şüpheli ve sanığın susma hakkının bulunmasına rağmen tanıklar kural olarak beyan yükümlülüğü altındadır.³⁶⁷ Yukarıda da belirtildiği gibi, şüpheli veya sanık yemin altında dinlemezken, tanıklara yemin verilir. Dolayısıyla sanık ve davaya katılan şikayetçi, mağdur veya suçtan zarar gören, taraf olduklarından yeminli olarak tanık sıfatı ile dinlenemeyecek, böylece de yalan tanıklıktan dolayı sorumlulukları gündeme gelmeyecektir.³⁶⁸ İşte söz konusu beyan yükümlülüğünden kurtulma yolu olarak susma hakkına başvurmak iki şekilde mümkün olabilecektir.³⁶⁹

³⁶⁰ “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.”

³⁶¹ Pervin, Gözaltı, s. 72.

³⁶² Aydın, a.g.e., s. 117.

³⁶³ 3. CD., T. 27.06.2007, E. 2006/5831, K. 2007/5364. www.kazanci.com/kho2/ibb

³⁶⁴ BGHSt 20, 281 Rn. 7 ff.; BGH StV 1984, 143.

³⁶⁵ Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1996, s. 28. (Feyzioğlu, Tanıklık)

³⁶⁶ Centel-Zafer, a.g.e., s. 256; Özen, a.g.e., s. 313.

³⁶⁷ Feyzioğlu, Tanıklık, s. 50-51.

³⁶⁸ Centel-Zafer, a.g.e., s. 259-260.

³⁶⁹ İtişgen, a.g.e., s. 78.

2.1.2.1. Tanığın Kendisi Açısından

Amerikan Anayasa'sı ek beşindeki 'hiç kimse' ifadesinden, sadece şüpheli ve sanığın değil, tanıkların da Nemo Tenetur ilkesinden yararlanabileceği sonucu çıkarılmaktadır.³⁷⁰ Bir diğer ifadeyle, sadece yargılamanın konusu olup tanık olarak dinlenen şüpheli ve sanıklar değil, yargılamanın doğrudan konusunu teşkil etmeyen tanıklar da bu haktan yararlanabilmektedir.³⁷¹

Türk hukukunda ise, Anayasa 38/5; "*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*" ve CMK 48/1'in; "*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.*" açık ifadeleriyle, tanıklar, kendilerini ceza kovuşturmasına uğratabilecek beyanda bulunmaya zorlanamaz. Doktrinde CMK 48'in sadece tanıklar açısından uygulanması gerektiği, zira sanık ve şüpheli açısından CMK 147, 148, 191 ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği³⁷² m. 23/1-f, 24/5'e dayanılabileceği belirtilmektedir.³⁷³ Tanık olarak dinlenen kişinin daha sonra sanık sıfatını alması halinde, çekinme hakkı hatırlatılmamış olması, susma hakkının ihlaline sebep olacağından, verdiği ifade sonraki aleyhine kovuşturmada delil olarak kullanılamayacaktır.³⁷⁴ Çekinme hakkı önceden bildirilmişse ifadenin, susma hakkı ihlali suretiyle elde edilmediğinden daha sonra kullanılabileceği fikrine karşılık doktrinde, müdafî yardımından yararlandırılmadan alınan ifadenin tanık iken de verilmiş olsa, sanık sıfatının kazanılmasıyla aleyhe kullanılamayacağı da savunulmaktadır.³⁷⁵ Alman Yargıtayı'nın yerleşik içtihadına göre, bu gibi hallerde

³⁷⁰ Levy, History, s. 17; Amar-Lettow, a.g.m., s. 861.

³⁷¹ Pieck, Witness, s. 375.

³⁷² Yakalama, Gözaltına Alma Ve İfade Alma Yönetmeliği, Karar Sayısı: 8197, Resmi Gazete Tarih: 01.06.2005, Sayı: 25832. 23/1-f: "*Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.*" 24/5: "*Hiç kimse, kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*"

³⁷³ İtişgen, a.g.e., s. 79.

³⁷⁴ Demren Dönmez, a.g.e., s. 55; Claus Roxin, "İspat Hukukunun Esasları", Çev. Yener Ünver, İTÜ Sosyal Bilimler Dergisi, S. 8, 2005/2, s. 283.

³⁷⁵ Aydın, a.g.e., s. 204.

sanığa, önceden verdiği beyanın değerlendirilemez olduğunun ayrıca belirtilmesi gerekmektedir.³⁷⁶

Bu hususta bir diğer tartışma 48. madde metnindeki kovuşturma ibaresi üzerine olmuştur. Bir görüşe göre, hukuk eğitimi almamış kişilerin neyin dava açmaya yetip yetmeyeceğini bilmeleri mümkün olmadığından, bu terim soruşturma olarak anlaşılmalıdır.³⁷⁷ Diğer bir görüşe göre, hem soruşturma hem kovuşturma olarak geniş algılanmalıdır.³⁷⁸ Bu görüşler, tanığın beyanının kendisi veya yakınlarını soruşturmaya uğratma ihtimalinin ortadan kalkmış olduğu, hukuka uygunluk ya da cezayı ortadan kaldıran sebebinin varlığı ya da kişinin ölmesi hallerinde, tanıklıktan çekinilemeyeceğini iddia etmektedirler.³⁷⁹ Karşıt görüş ise, Anayasa'nın 38/5'te 'suçlayıcı' tabirini tercih ettiğini, Anayasa'da tanınan hakkın kanunla daraltılamayacağını, genel af ve zamanaşımı gibi kovuşturmanın zaten mümkün olmadığı hallerde dahi, insan doğası gereği 48'de tanınan çekinme hakkının varlığını sürdüreceğini savunmaktadır.³⁸⁰

2.1.2.2. Tanığın Yakınları Açısından

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Amerikan Anayasası, hiç kimsenin 'kendi aleyhine' ceza davasında tanık olarak dinlenemeyeceğini düzenleyerek söz konusu hakkı yakınları da kapsayacak şekilde geniş ele almamıştır.³⁸¹ *Federal Rules of Evidence*³⁸² ve *Uniform Rules of Evidence*³⁸³ düzenlemelerinde eşlere ilişkin

³⁷⁶ Andreas Mosbacher, "Aktuelles Strafprozessrecht", *JuS*, 2018, s. 769; Örnek karar bkz. BGHSt 53, 112 (116); *NJW* 2009, 1427.

³⁷⁷ Centel-Zafer, a.g.e., s. 270.

³⁷⁸ Özen, a.g.e., s. 270.

³⁷⁹ Centel-Zafer, a.g.e., s. 270; Özen, a.g.e., s. 270.

³⁸⁰ Parlar-Hatipoğlu-Yüksel, a.g.e., s. 146; Feyzioğlu, Tanıklık, s. 215; Erem, Diyalektik, s. 158.

³⁸¹ Susma hakkının sadece kişinin kendini suçlayıcı beyanlara karşı koruma sağladığı, yakınlar kapsamadığı belirtilmektedir. Bkz. Allen-Mace, a.g.m., s. 257,262; *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441, 443 (1972)

³⁸² Amerika Birleşik Devletleri, Federal Delil Kuralları, Kanun No. PL 93-12, S. 583, 87 Stat. 9, Onay: 01.07.1973, Yürürlük: 30.03.1973.

³⁸³ Amerika Birleşik Devletleri, Yeknesak Delil Kuralları, 1974, NCCUSL, Son değişiklikler: 1999 ve 2005. (Yeknesak kurallar, Amerikan hukukunda çıkarıldıkları alanda eyaletler arası tutarlılık yaratmayı hedefleyen gayri resmi yasa teklifleridir. Bkz. <https://definitions.uslegal.com/u/uniform-law/> ; <https://definitions.uslegal.com/u/uniform-rules-of-evidence-act/> , E.T.: 01.03.2019.)

tanıklıktan çekinme hakkına yer verilmiştir. Yüksek Mahkeme'nin ise konuyla alakalı çelişkili kararları bulunmakta³⁸⁴ ve konu hala tartışma gündemini korumaktadır.³⁸⁵

CMK ise tanıklıktan çekinme hakkı olanları sınırlı olarak belirlemiştir. Bu kapsam yorum yoluyla genişletilemeyeceği gibi, tanığın yakını için çekinmesi durumunda bu çekinme yakın aleyhine yorumlanamayacaktır.³⁸⁶ Doktrinde ilgili hükümlerin aileyi korumayı hedeflediği ileri sürülmektedir.³⁸⁷ Ayrıca, kişinin belli derecedeki yakınlarını koruma arzusu ile yalana başvurabileceği, dolayısıyla delil güvenliğinin sarsılabileceği de belirtilmektedir.³⁸⁸

CMK 45/1 de söz konusu yakınlar şu şekilde sayılmıştır:

- 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 altsoyu.
- d) Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dâhil kan veya ikinci derece dâhil kayın hısımları.
- e) Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar.

Türk Medeni Kanunu'na göre herhangi bir şekle bağlı olmayan nişanlanma, bir erkek ve bir kadının karşılıklı evlenme vaadiyle olur. Evlenmeye engel hısımlık, akıl hastalığı, yaş küçüklüğü, mevcut bir evliliğin bulunması gibi durumların varlığı halinde nişanlanma da geçersiz olur. Yine, tanıklıktan çekinme hakkını kullanmak

³⁸⁴ Evlilik uyumu ve huzurunun korunması için eş olma statüsünün tanıklıktan çekinme imtiyazı doğuracağına dair bkz. *Hawking v. United States*, 358 U.S. 74,78,79 (1958); Evlilik uyumu kriterinin eşlere ayrıcalık tanınması için ciddi bir kriter olmadığına ilişkin bkz. *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980); Boşanmış eşler için artık evlilik uyumundan söz edilemeyeceğinden eşlere tanınmış ayrıcalığın her halükarda uygulanamayacağına dair bkz. *United States v. Porter*, 986 F.2d 1014 (1993); *United States v. Jackson*, 939 F.2d 625 (1991).

³⁸⁵ Richard M. Mosk, Tom Ginsburg, "Evidentiary Privileges in International Arbitration", *International and Comparative Quarterly*, Vol. 50, 2001, s. 359.

³⁸⁶ Feyzioğlu, Tanıklık, s. 199;

³⁸⁷ Ayhan Önder, "Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku'nda Şahitlikten Çekinme Hakkı", *İÜHFİM*, C. 29, S.4, 1963, s. 884-5.

³⁸⁸ Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku -II-, 7. Bası, Ankara, Seçkin, Şubat 2018, s. 51. (Şahin, II)

amacıyla yapılan muvazaalı nişanlanmalar da hükümsüzdür. İşte ancak, gerçek, geçerli ve süren bir nişanlılık ilişkisinin varlığı, kişiye tanıklıktan çekinme hakkı bahşeder.³⁸⁹

Evlilik bağı kalmasa bile eş çekinme hakkına sahip olacaktır. Burada *de facto* birlikteliklere³⁹⁰ değinmek gerekecektir. Bu hususta ilk akla gelen dini nikah olmaktadır. Doktrinde kanun maddesinde bahsedilen ilişkinin resmi nikaha dayanan evlilik olarak anlaşılması gerektiği³⁹¹, imam nikahlı yaşayan kişilerin nişanlılık kapsamında da ele alınamayacağı³⁹², bu tür birlikteliklerin taraflara yükümlülük getirmediğinden hak da veremeyeceği ve bir istisna hükmü olan 45/1 in kıyas yoluyla genişletilemeyeceği ifade olunmaktadır.³⁹³ AİHM de, yasaların evli çiftlere tanıdığı hakların evli olmayanlara tanınmamasının ayrımcılık teşkil etmeyeceğini belirtmiştir.³⁹⁴ Uzun yıllara dayanan birliktelikler AİHS m. 8 kapsamında aile sayılsa da, suç yargılamasında kamunun menfaati karşısında, aile hayatına devlet müdahalesi ölçülüdür, yasalara zaten uygundur ve demokratik toplumda gereklidir. Dolayısıyla resmi nikahları bulunmayan çiftlerin tanıklıktan çekinme taleplerinin reddi ihlal teşkil etmemektedir.³⁹⁵

Tanıklıktan çekinme hakkı bakımından altsoy ve üstsoy ilişkisinde bir derece sınırlandırılmasına gidilmemiştir. Yani kişinin çocukları, torunları, torun torunları, anne, baba ya da büyük anne ve büyük babalar ile onların da büyük anne-babaları ile eşinin aynı şekilde derecesine bakılmaksızın alt ve üstsoyu bu kapsama dahildir. İkinci derece kan hısmı kişinin kardeşi, kayın hısmı eşinin kardeşidir. Üçüncü derece kan hısmı ise teyze, hala, amca ve dayıyı kapsar.

³⁸⁹ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, s. 22, 27; Türk Medeni Kanunu, Kabul: 22.11.2001, Kanun No: 4721, Resmi Gazete Tarih: 08.12.2001, Sayı: 24607, m. 118 vd.

³⁹⁰ Hukuken tanınan/resmi evlilik ilişkisi dışındaki birliktelikler

³⁹¹ Önder, a.g.m., s. 894; Feyzioğlu, Tanıklık, s. 201-202.

³⁹² Feyzioğlu, Tanıklık, s. 201-202

³⁹³ İtişgen, a.g.e., s. 84.

³⁹⁴ AİHM, “*Şerife Yiğit v. Turkey*”, 20.01.2009, (Başvuru No. 3976/05), para. 76, <https://hudoc.echr.coe.int>

³⁹⁵ AİHM, “*Van der Heijden v. Netherlands*”, 03.04.2012, (Başvuru No. 42857/05), paras. 62-76, <https://hudoc.echr.coe.int>

Evlatlık ilişkisine dayanan soy bağı, mahkeme kararı ile kurulmaktadır.³⁹⁶ Dolayısıyla tanıklıktan çekinebilmenin söz konusu olması için ahlaki bir yükümlülüğün ya da vefa borcunun olması değil, böyle bir bağı varlığı aranır.³⁹⁷

Burada yakınlar bakımından tanıklıktan çekinmeyi ikiye gruplandırmak yerinde olacaktır. 45. maddede çekinmeye neden olan yakın şüpheli veya sanıktır ve bu madde tam bir çekinme hakkı bahşeder. Oysa 48. maddede lehine çekinilecek yakın sanık veya şüpheli değildir, dolayısıyla bu maddede tanınan hak, bütünüyle bir çekinme hakkı olmayıp, kovuşturmayaya uğratabilecek nitelikteki sorulara yanıt vermemeyi kapsar.³⁹⁸

TCK³⁹⁹ 278, 279, 280 ve 281’de düzenlenen suç u bildirmeme suçları susma hakkı bakımından doktrinde tartışmaya sebep olmuştur.

İlk görüşe göre, söz konusu maddelerde ihbar edilmesi gereken işlenmekte olan suçun faili veya ortağı, suç u bildirmeme suç u bakımından fail olamaz.⁴⁰⁰ Zira Anayasa 38/5 doğrudan uygulanabilir bir kuraldır. Dolayısıyla da örneğ in hekim in yakın akrabalarının fail oldu ğ u suç lar bakımından susma hakkı mevcut oldu ğ undan, hakk ın kullanılması, bir hukuka uygunluk nedeni olarak ileri sürülebilecektir.⁴⁰¹

İkinci görüş, sayılan maddelerin susma hakkı ile açıkça ç elış tiğ ini, Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanması keyfiliğ e yol açabileceğ inden, her bir maddede suç un kendisi ya da yakınları lehine iş lenmesi durumunun bir şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmesi gerektiğ ini iddia etmektedir.⁴⁰²

Bir diğ er görüş, cezası daha ağır olan yalan tanıklık suç unda dahi belli derece yakınların söz konusu olması şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiş olması, suç u

³⁹⁶ Dural-Öğüz-Gümüş, a.g.e., s. 313, 332; TMK m. 315/1.

³⁹⁷ Aksi yönde bkz. Önder, a.g.m., s. 897.

³⁹⁸ İtişgen, a.g.e., s. 86-87.

³⁹⁹ Türk Ceza Kanunu, Kabul: 26.09.2004, Kanun No: 5237, Resmi Gazete Tarih: 12.10.2004, Sayı: 25611.

⁴⁰⁰ Mustafa Ruhan Erdem, “Suç u Bildirmeme Suç u”, **TBB Dergisi**, S. 80, 2009, s. 109.

⁴⁰¹ Erdem, a.g.m., s. 116; Ümit Kocasakal, **Türk Ceza Kanununda Suç u Bildirmeme Suç ları**, Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 9.

⁴⁰² Yener Ünver, “Deliller ve Değ erlendirilmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, S. 32, Ağ ustos 2005, s. 2887 vd. (Ünver, Deliller); Yener Ünver, **Adliye Karşı Suç lar (TCK m. 267-298)**, Ankara, Seçkin, 2010, s. 257. (Ünver, Adliye)

bildirmeme bakımından da bunun uygulanabileceğini savunmaktadır.⁴⁰³ Ancak şahsi cezasızlık sebepleri sınırlı sayıda olduğundan bu görüşü kabul etmek mümkün görünmemektedir.⁴⁰⁴ Ayrıca yalan tanıklık suçu ile suçu bildirmeme suçları farklı ele alınmalıdır. Zira suçu bildirmeme suçları kanunun emredici normuna aykırı davranmak suretiyle ihmali hareketle işlenmektedir. Tartışma konusunda ise bu ihmal susma hakkının varlığı gerekçesine dayandırılmaktadır. Oysa yalan tanıklık suçu kanunun yasaklayıcı normuna aykırı olarak icrai hareketle işlenebilen bir suçtur. Susma hakkı kişiye yalan söyleme hakkı bahsetmediği için, yakınları için yalan söylemek bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülemez. Burada ancak failin iradesini zorlayan ve kusur yeteneğine etki eden bir durumdan söz edilebilir. Bu durum ise fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracı bir etkiyi haiz değildir. Dolayısıyla da belli derece yakınların bu suçu işlemesi, şahsi cezasızlık veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi neden olarak kabul edilmektedir.⁴⁰⁵ Kanun koyucunun eski TCK⁴⁰⁶ döneminde dahi yalan tanıklık suçu bakımından şahsi cezasızlık nedeni düzenlemiş bulunması, kendisi veya belli derece yakınlarını ceza kovuşturmasına uğratabilecek de olsa kişinin ‘yalan söyleme hakkının’ varlığını tanımadığı çıkarımını mümkün kılmaktadır. Ancak suçu bildirmeme suçlarında kanunun emredici hükmünü yerine getirmemek Anayasa’da tanınan susma hakkına dayandırılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelen bir olayda, bir çocuk kardeşleri tarafından cinsel istismara uğramış, fakat annesi ve diğer kardeşleri bunu yetkili makamlara bildirmediği için haklarında suçu bildirmeme suçundan⁴⁰⁷ dava açılmıştır. Ancak Cumhuriyet savcısı ilgili düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğunu iddia etmiş, Mahkeme de maddenin iptali için AYM’ e başvurmuştur. AYM de, maddeyi Anayasa 38/5’e aykırı bularak iptal etmiştir.⁴⁰⁸

⁴⁰³ Faruk Erem, Nevzat Toroslu, **Türk Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 1994, s. 185.

⁴⁰⁴ Ünver, Adliye, s. 257.

⁴⁰⁵ Göktürk, a.g.m., s. 389.

⁴⁰⁶ Türk Ceza Kanunu, Kabul: 01.03.1926, Kanun No: 765, Mülga Kanun No: 5252, Resmi Gazete Tarih: 13.03.1926, Sayı: 320, m. 288.

⁴⁰⁷ İptalden önceki TCK m. 278: “(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 on beş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürü olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır”.

⁴⁰⁸ AYM, T. 30.6.2011, E. 2010/52, K. 2011/113, RG., 15.10.2011, S. 28085. İptalden sonra ise Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava Ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun ile, (Kabul:

AYM'nin iptal kararından sonra yapılan değişiklik ile 278. maddeye *“Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır.”* fıkrası eklenmiştir. Böylece, her ne kadar kararda 38/5 evrensel bir ceza hukuku ilkesi olarak kabul edilmiş de olsa, yeni düzenleme ile yakınlarının işlediği suçu ihbar etmeme bir şahsi cezasızlık sebebi olarak belirlenmiş, böylece susma hakkının bir hukuka uygunluk nedeni olarak doğrudan uygulanması kabul edilmemiştir.⁴⁰⁹ Öte yandan Yargıtay, söz konusu AYM kararından yaklaşık iki ay önce verdiği bir kararında, *“ ... 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... ”*ni kanuna aykırı bulmuştur.⁴¹⁰ Buradan Yargıtay'ın susma hakkını hukuka uygunluk nedeni olarak görüp uyguladığını çıkarmak mümkündür. Çünkü eğer kusuru etkileyen bir hal olarak kabul etseydi CMK 223 uyarınca beraat değil, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiğini belirtirdi.

Kanaatimizce de madem susma hakkı sübjektif bir temel hak olarak kabul edilmektedir, o takdirde söz konusu suçlar bakımından hakkın icrası TCK 26 kapsamında bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edebilmelidir. Bunun için ilgili kanun maddesinde ayrıca şahsi cezasızlık sebebine yer vermeye gerek olmamalıdır.

2.1.3. Tüzel Kişiler

Belli bazı büyük amaçların gerçekleştirilebilmesi için bir insanın olanaklarının veya en azından yaşam süresinin yetersiz olması gerçeği karşısında, birey üstü amaçları gerçekleştirmeye yönelik, birey üstü faaliyet alanına sahip kişi ve mal toplulukları ortaya çıkmış, zamanla bu kurumlaşmalara hukuk düzenince kişilik

02.07.2012, Kanun No:6352, Resmi Gazete Tarih: 05.07.2012, Sayı: 28344) maddenin ilk üç fıkrası korunarak dördüncü bir fıkra eklenmiştir: *“Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır.”*

⁴⁰⁹ İtişgen, a.g.e., s. 91.

⁴¹⁰ 5. CD., T. 04.04.2011, E. 2010/10706, K. 2011/2656. www.kazanci.com/kho2/ibb

tanınması ile tüzel kişiler ortaya çıkmıştır.⁴¹¹ On dokuzuncu yüzyıla kadar devlet izni ile kurulduğundan bağımsızlığı ve hak ehliyeti kabul edilmeyen tüzel kişilerin, bu yüzyıldan sonra değişen bakış açısıyla zamanla bağımsızlıkları tanınmış ve yasalarla düzenlenmeye başlanmıştır.⁴¹² Tüzel kişilerin hak ehliyetlerinin varlığı konusunda bugün bir tereddüt bulunmamaktadır. Ayrıca, tüzel kişiler kendi fiilleriyle haklar edinip borçlar üstlenebildikleri ve hukuka aykırı fiillerinden sorumlu tutulabildikleri için fiil ehliyetini de haizdirler.⁴¹³ Günümüz kapital teknoloji dünyasında hem suç tipleri çeşitlenerek karmaşıklaşmış, hem de tüzel kişiler holdingleşme- kartelleşme gibi yollarla tüm ekonomiyi denetim altında tutabilecek güce erişmiş, firmalar arası yoğun rekabet ile hukuka aykırı işlem yapmak cezbedici hale gelmiştir.⁴¹⁴ Bu da yasal otoriteleri, kamunun korunması adına tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu düzenleyen hükümler yapmaya sevk etmiştir.

Gerçeklik teorisine göre tüzel kişilerin kendilerini meydana getiren kişilerden ayrı bir irade ve kişilikleri bulunmaktadır. Her ne kadar fiil ehliyetini organları eliyle kullansalar da ortaya çıkan fiil, bir üyenin iradesi değil kolektif iradenin bir ürünüdür. Dolayısıyla, tüzel kişilerin de niteliklerine uygun birtakım suçların faili olmaları mümkün olmalıdır.⁴¹⁵ Sonuçta da her ne kadar organları aracılığıyla dışa vursa da asıl irade tüzel kişiliğin olduğundan, bünyeleriyle bağdaşan, faaliyetten men, kapatma, müsadere gibi yaptırımlara tabi olabilmelidirler.⁴¹⁶

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun aleyhindeki görüşlere göre ise, ceza sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, fiil ile fail arasında bir psikolojik bağ bulunmalı, irade serbestisi ve temyiz kudreti gibi isnat yeteneğini tespit eden hususların cezalandırılabilme için aranması gerekmektedir. Oysa sadece gerçek kişiler

⁴¹¹ Yasin M. Aslan, “Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2010/2, s. 235.

⁴¹² Scott A. Trainor, “A Comparative Analysis Of Corporation’s Right Against Self-Incrimination”, **Fordham International Law Journal**, Vol: 18, 1995, s. 2164-2167.

⁴¹³ Aslan, a.g.m., s. 236.

⁴¹⁴ Ibid., s. 234-238.

⁴¹⁵ Ibid., s. 239; Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II-III, İstanbul, Beta, 1992, s. 35; Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, Cilt: II, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onbirinci Bası, İstanbul, Beta, 1997, s. 446-447.

⁴¹⁶ Hasan Bıyıklı, “Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu ve Türk Ceza Hukuku Sistemi,” **Yargıtay Dergisi**, Cilt 7, Sayı 14, Ekim 1981, s. 506; Duygun Yarsuvat, “Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu,” **Prof.Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul: 1999, s. 889.

için kusurluluk değerlendirilmesi yapılabilir.⁴¹⁷ Aksine uygulama suç ve cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil edecektir.⁴¹⁸ Ayrıca, tüzel kişinin bünyesine uygun cezalar ekonomik menşeli olacağı ve sermayede azalmaya sebebiyet vereceğinden, suçla hiçbir ilgisi olmayan üyeler de bu durumdan etkileneceklerdir, ki bu da cezaların sadece suçu işleyen kişiye uygulanması kuralına aykırı düşecektir.⁴¹⁹ Bununla beraber, zaten organ sıfatıyla hareket eden kişilerin iradeleri tüzel kişi iradesi olarak kabul edilmektedir ve kusurluluk değerlendirmesinde suçu işleyen gerçek kişinin iradesi tahkik edilir.⁴²⁰ Son olarak da, suçun maddi unsurları arasında yer alan fiilin, iradi/bilinçli insan davranışı olarak tanımlanması da yine tüzel kişinin cezai sorumluluğu olamayacağının bir diğer göstergesidir.

Özetle Türk ve Alman hukuklarında tüzel kişilerin özel hukuk alanında fiil ehliyeti tanınmışken cezai fiil ehliyetlerinin kusur yeteneğinin noksanlığından dolayı kabul edilmemektedir. Ancak cezai sorumluluğun olmaması haklarında çeşitli güvenlik tedbirleri uygulanmasına engel olmamaktadır.⁴²¹

Diğer yandan, Amerika gibi Anglosakson hukuk sistemine dahil ülkelerde, tüzel kişilerin cezai sorumluluğu kabul edilmektedir. Bu kabul, şöyle bir düşünce silsilesine dayanmaktadır: İlk ortaya çıktıkları zamanlarda şirketler, tamamen ve sadece iktidarın bahşettiği hak ve yetkilerden ibaretti. Sonra, şirketlerin şirket ve devlet arası bir

⁴¹⁷ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Adalet Yayınları, 2015, s. 959; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin, 2016, s. 192; Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 181.

⁴¹⁸ Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 959; Özgenç, a.g.e., s. 193.

⁴¹⁹ Aslan, a.g.m., s. 241; Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 959.

⁴²⁰ Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 181.

⁴²¹ TCK m. 60: “Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri

(1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.

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

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

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.”

Kabahatler Kanunu, Kanun: 30.03.2005, Kanun No: 5326, Resmi Gazete Tarih: 31.03.2005, Sayı: 25772 (Mükerrer), m. 43/A: “(1) Daha ağır idarî para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmadığı hallerde, bir özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından;...” -kanunda katalog olarak sayılan bazı suçların- “tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye onbin Türk Lirasından ikimilyon Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. ...”

Alman Ceza Kanunu’nda ise, tüzel kişiler için bir cezai yaptırım öngörülmemiş olmakla beraber Düzene Aykırılıklar Kanunu (Almanya, Gesetz über Ordnungswidrigkeit, Kabul: 24.05.1968, Yeniden Düzenleme ve Resmi Gazete Tarih: 19.02.1987, Sayı: S. 602.) m. 30, tüzel kişinin faaliyet alanı içinde ve yararına olmak üzere gerçekleştirilen suçlar için verilecek idari para cezalarını düzenlemektedir.

sözleşmeye dayalı olarak kurulduğu görüşü ortaya atıldı ve devletin şirket üzerindeki tahakkümü sekteye uğrayarak, şirketler bağımsız varlık kazandı. Daha sonra, şirketlerin, kurucu taraflar arasında imzalanan bir sözleşmeye dayandığı anlayışı hakim oldu ve bağımsızlıkları perçinlendi. Zamanla şirket varlığı ve çıkarlarının kurucuları aşması, şirketin, karmaşık üretici organizasyon; özgün iş yapılanması şeklinde tanımlanmasına yol açtı.⁴²² Bu bağımsız ve otonom yapının zaman içinde güçlenmesi ve bazı hukuki değerleri tehdit eder nitelikte olması pek çok alanda cezalandırılması gereğini doğurdu.⁴²³

*Henkel*⁴²⁴ davasında Amerikan Yüksek Mahkemesi, bir şirket çalışanının şirketin susma hakkına dayanarak mahkemenin talep ettiği bazı defter ve dokümanı vermeyi reddetmesini değerlendirmiştir. Mahkeme, bu argümanı üç sebep yüzünden kabul edilemez bulduğunu ifade etmiştir:

1. Beşinci ek gerçek kişilere özgü bir haktır ve şirketler için ileri sürülemez.
2. Eğer şirketler bu hakkı kullanabilir ve bu yüzden doküman teslimini reddedebilirlerse, araştırılması sadece bu belgelerin varlığına bağlı olan pek çok dava sonuçsuz kalacaktır.
3. Bir şirket tüm varlığını devlete borçlu iken susma hakkını kullanması abesle iştigal olacaktır.⁴²⁵

Mahkeme *Braswell* kararıyla bu içtihadını diğer tüzel kişileri de kapsayacak şekilde genişletmiştir.⁴²⁶

Tüzel kişilere susma hakkının tanınmaması gerektiği yönünde içtihat oluşturan Yüksek Mahkeme'nin bu fikri, doktrinde çoğunluk görüşüne benimsenmektedir. Bu görüşün başlıca dayanakları birkaç maddede özetlenebilir:

⁴²² Gregory A. Mark, "The Personification of the Business Corporation on American Law", **U. CHI. Law Review**, Vol. 54, 1987, s. 1444-1455.

⁴²³ Trainor, a.g.m., s. 2166.

⁴²⁴ *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906).

⁴²⁵ *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43, 69,75 (1906).

⁴²⁶ *Braswell v. United States*, 487 U.S. 99, 104.(1988)

1. Susma hakkı, işkence gibi insan hakkı ihlallerine karşı, insan onuruyla ilintili olarak doğmuştur ve bu yüzden ek beş sadece bireylere özgü olarak uygulanabilir.⁴²⁷

2. Tüzel kişiler ve bilhassa şirketler, bireylere göre finansal olarak çok daha iyi olanaklara sahiptirler ve devletin kendilerine tanıdığı pek çok ayrıcalıktan yararlanırlar.

3. Tüzel kişiler ve bilhassa şirketlerin suçluluğuna ilişkin hemen her zaman tek kanıt, bunların kendi tuttukları ve talep edildiğinde sunmak zorunda oldukları kayıtlardır.

4. Tüzel kişiler ve bilhassa şirketler suç işlediklerinde, bunun topluma vereceği potansiyel zarar birey suçlarından çok daha ağır olacaktır.⁴²⁸

Aksi görüş, merkeze insanı temel alan gerekçelendirmeyi değil, devlet ve tüzel kişi arasında gücün adil şekilde dengelenmesini almayı önermektedir.⁴²⁹ Bu görüş, özellikle son yüzyılda, ceza ve cezalandırma oranlarının oldukça arttığını, devletin şirket suçluluğunu detaylıca düzenlediğini, yürütme organının ve şirketin kendisinin sorumluluğunun haylice arttırıldığını, sert ve arttırılmış cezalar ile tavizsiz infaz yöntemleri uygulandığını öne sürerek, her ne kadar bireylere göre daha avantajlı konumda görülebilirse de, tüzel kişilerin de devlet gücü karşısında savunmasız konumda olduğunu ve bu yüzden onlara da susma hakkı tanınması gerektiğini savunmaktadır.⁴³⁰ Tüzel kişilere susma hakkı tanımamanın masumiyet karinesini ihlal edeceği ve ispat yükünü devletin omuzlarından alacağı da iddia olunmaktadır.⁴³¹

Türk ve Alman hukuk sistemlerinde tüzel kişilerin kusur ehliyetleri kabul edilmez. Cezanın şahsiliği ilkesi gereğince de, tüzel kişiler cezaya muhatap olamazken, ancak bünyelerine uygun güvenlik tedbirlerine tabi tutulabilirler.⁴³²

⁴²⁷ The Abrogation of The Privilege against Self Incrimination, s. 16, 17; Lushing, a.g.m., s. 1697; Margaret Wilson, "Aspects Of Privilege: Self-Incrimination", **Bar Association of Queensland Conference 2006**, Sanctuary Cove, 4 March 2006, s. 2-6.

⁴²⁸ Constantine Theophilopoulos, "The Corporation and the Privilege against Self-Incrimination", **S. Afr. Mercantile Law Journal**, Vol. 16, 2004, s. 26-28.

⁴²⁹ Bu görüşe göre kendini suçlamaya karşı imtiyaz, işkencenin kaldırılmasına paralel olarak değil, adil yargılanma ve savunma haklarının kabulü ile gelişmiştir. Tüzel kişiler de devlet karşısında adil yargılanma hakkından yararlandırılmalıdır. Bkz., Trainor, a.g.m., s. 2182-2186; The Abrogation of The Privilege against Self Incrimination, s. 111 vd.

⁴³⁰ Trainor, a.g.m., s. 2182-2186; Dan K. Webb, Steven F. Molo, James F. Hurst, "Understanding and Avoiding Corporate and Executive Criminal Liability", **Business Law**, Vol. 49, 1994, s. 618-619.

⁴³¹ Theophilopoulos, a.g.m., s. 26.

⁴³² Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 959; Özgenç, a.g.e., s.192-193; Claus Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, I, München, C.H. Beck, 2006, bölüm 8/59 vd.

Ayrıca, tüzel kişinin organ veya temsilcisinin hareketi ceza hukuku anlamında doğrudan tüzel kişinin hareketi kabul edilemeyeceğinden,⁴³³ CMK 249⁴³⁴da açıkça gösterildiği gibi, tüzel kişi faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda organ veya temsilci ancak katılan ya da savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla duruşmaya kabul edilebileceğinden burada geniş anlamda susma hakkı olarak ifade ettiğimiz kendini suçlamaya zorlanamama yasağı uygulanmaz. Ancak temsilci veya organın sanık olduğu durumlar artık tüzel kişinin değil, bireysel cezai sorumluluğun ele alındığı davalar olacağından burada susma hakkının tanınması gerekeceği açıktır.

Alman Yargıtayı kendini suçlamaya karşı imtiyazı, tüzel kişilerden esirgemektedir.⁴³⁵ Bu durumun, susma hakkını insan onuruna dayandıran hukuk anlayışında makul olduğu ileri sürülmektedir. Aksi görüş, bu hakkın adil yargılanmanın da bir unsuru olması dolayısıyla tüzel kişilere de tanınması gerektiğini ortaya koymaktadır.⁴³⁶ Ayrıca, susma hakkının günümüzde artık işkence yasağına dayandırılmaması gerektiği, zira işkence yasağının ulusal ve uluslararası metinlerde münferit bir insan hakkı olarak korunduğu belirtilmektedir. Buradan alarak, susma hakkı, kendi başına var olan, anayasal düzeyde görülen ve korunması gereken bir haktır. Adil yargılanmanın bir unsuru olan susma hakkının, sanığın özelliklerine göre seçici olarak değil herkese, yani tüzel kişilere de tanınması gerekmektedir.⁴³⁷

Diğer yandan doktrinde, tüzel kişinin organlarının faaliyetlerine katlandığı görmezden gelinemeyeceğinden hem beyan hem belge delilleri yönünden susma hakkı tanınması gerektiği görüşü de savunulmaktadır.⁴³⁸ Bir diğer ifadeyle burada da kendi aleyhine delil vermeden söz edilebilmelidir.

⁴³³ Roxin, a.g.e., bölüm 8/59 vd.; İtişgen, a.g.e., s. 99.

⁴³⁴ “(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.”

⁴³⁵ BVerfGE 95, 220: NJW 1997, 1841.

⁴³⁶ Weber, a.g.m., s. 55-56; Kasiske, a.g.m., s. 19.

⁴³⁷ Weber, a.g.m., s. 52-55. Yazar, İsviçre Federal Yargıtayı’nın tüzel kişilerin susma hakkını son derece dar yorumlayan içtihadını eleştirmektedir. Ceza muhakemesinde pek çok işlemin kişinin iradesi hilafına -zorla- gerçekleştirildiğini (tutuklama, arama, elkoyma, vücuttan örnek alınması vb.) ileri sürerek, susma hakkının, insan onuru ve birey otonomisinden ileri geldiğini savunan görüşe karşı çıkar. Ayrıca, Yargıtay’ın toplum çıkarları gereği şirketlerden susma hakkının esirgemesini de eleştirir. Zira adil bir yargılanmanın tüm toplumun çıkarına olduğu bilinen bir gerçektir.

⁴³⁸ Aydın, a.g.e., s. 215.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, *Orkem* davasında, tüzel kişilerin savunma hakkına dayalı olarak susma haklarının bulunduğunu kabul etmiştir.⁴³⁹ Kararda bir limited şirket olan *Orkem SA*'dan, 17. Regülasyonun⁴⁴⁰ Komisyon'a tanıdığı geniş araştırma yetkisi çerçevesinde bilgi istenmiştir. *Orkem*, talep edilen bilgiyi vermeyi, kendini suçlayıcı içerikte olması ve bunun da rekabet kurallarına aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle, reddetmiştir.⁴⁴¹ ABAD, bu gerekçeyi yerinde bularak, rekabeti koruyan ortaklık hukuk sistemi içerisinde tüzel kişilerin susma hakkının çok temel bir hak olarak korunması gerektiğini vurgulamıştır.⁴⁴²

AİHM'in tutumuna bakacak olursak, ilk olarak sözleşmedeki her hakkın, bünyelerine uygun düştüğü ölçüde tüzel kişilere de uygulanacağı kriterinin kabul gördüğü tespitin yapılması gerekmektedir.⁴⁴³ İkinci basamakta, altıncı madde kapsamındaki hakların görünüşte hukuki kişiliklere de uygulanmasında bir engel bulunmamaktadır.⁴⁴⁴ Diğer yandan, henüz AİHM' in susma hakkını tüzel kişilere de uyguladığı bir kararı bulunmamaktadır. Ancak AİHM, pek çok kararında, Sözleşmenin yaşayan bir enstrüman olma vasfından dolayı 6. Maddenin dar değil geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁴⁵ AİHM içtihadına göre susma hakkı, yalnızca ceza yargılamasında söz konusu olabildiği⁴⁴⁶ ve ceza ve suç isnadı kavramları otonom yorumlandığı için tüzel kişi faaliyeti çerçevesinde de işlenebilen bazı suçların varlığı susma hakkının onlara da uygulanabileceği izlenimi yaratmaktadır. Ancak bu, kesinlikle bir uygulanma zorunluluğu şeklinde bir çıkarıma müsaade etmez, zira ABAD içtihadında susma hakkının şirketlere tanındığı pek çok dava vaki olsa da, henüz AİHM, belge teslim mükellefiyetinin bu haktan yararlanılarak aşılamayacağı

⁴³⁹ "*Orkem v Avrupa Topluluğu Komisyonu*", (C-374/87), [1989] E.C.R 3283; [1991] 4 CMLR 502.

⁴⁴⁰ Avrupa Birliği Ekonomik Konsey, Regülasyon No. 17, Kabul: 06.02.1962, Yürürlük: 13.03.1962, Yürürlükten Kaldırılma: 31.12.1999, Doküman No. 31962R0017.

⁴⁴¹ Trainor, a.g.m., s. 2175-2176.

⁴⁴² *Orkem*, para. 556.

⁴⁴³ Heinrich-Rauch-Wiehrer, a.g.m., s. 6.

⁴⁴⁴ Ibid., s.7. Örneğin masumiyet karinesinin bir tüzel kişi için ihlal değerlendirmesine tabi tutulduğu karar için bkz., AİHM "*Västberga Taxi Aktiebolag v. Ukraine*", 23.07.2002, (Başvuru No. 36985/97), para. 122, <https://hudoc.echr.coe.int>

⁴⁴⁵ AİHM, "*Delcourt v. Belgium*", 17.01.1970, (Başvuru No. 2689/65), para. 25; "*De Cubber v. Belgium*", 26.10.1984, (Başvuru No. 9186/80), para. 30; "*Golder v. The United Kingdom*", 21.02.1975, (Başvuru No. 4451/70), para. 32; "*Airey v. Ireland*", 09.10.1979, (Başvuru No. 6289/73), para. 26; "*Tyrer v. The United Kingdom*", 25.04.1978, (Başvuru No. 5856/72), para. 31, <https://hudoc.echr.coe.int>

⁴⁴⁶ AİHM, "*D.C., H.S. ve A.D. v. The United Kingdom*", 14.09.1999, (Başvuru No. 39031/97), para. 1, <https://hudoc.echr.coe.int>

dışında tüzel kişilerin de kendini suçlamaya zorlanamama hakkı olduğu noktasında bir değerlendirme yapmamıştır.⁴⁴⁷

2.2. Konu Bakımından

Burada ceza davaları dışında susma hakkının kullanılıp kullanılmayacağına yönelik değerlendirmede iki temel sorudan yola çıkılmıştır:

1. Kişinin beyanları, sonuç itibariyle bir ceza soruşturma veya kovuşturmasına değil de idari yaptırıma ya da özel hukuk yükümlülüğüne neden olacaksa, susma hakkı kullanılabilir mi?

2. İdari yargıda veya özel hukuk yargılamasında kişinin verdiği beyanlar ya da teslim ettiği diğer deliller, ileride aleyhine cezai yargılama sürecine neden olacaksa, kişi yine de konuşmaya zorlanabilir mi?

2.2.1. İdari Yargıda

2.2.1.1. İdari Yargılama Öncesi Aşama

İdari yargılama öncesi aşama, idarenin faaliyet alanı kapsamında kalan aşamayı ifade etmektedir. İdare, ilgili mevzuat uyarınca, kamu düzeninin korunması için, her türlü bilgi ve belgeyi isteme ve inceleme yetkisini haizdir.⁴⁴⁸ İdari kolluk denetimi neticesinde bu düzenin ihlal edildiği tespit edilirse idarenin, çeşitli idari tedbir ve yaptırımları uygulaması gündeme gelir.⁴⁴⁹ Buna örnek olarak, BDDK'nın bilgi ve belge isteme yetkisini düzenleyen Bankacılık Kanunu'nun ilgili maddeleri verilebilir.⁴⁵⁰ Bankacılık sektöründe meydana gelecek bir bozulma tüm finansal

⁴⁴⁷ Heinrich-Rauch-Wiehrer, a.g.m., s. 12.

⁴⁴⁸ Kağıtçıoğlu, Mutlu, "Kurgudan Gerçekliğe Uzanan Bir Tartışma Alanı: Susma Hakkının İdare Hukukunda Yeri Var Mıdır?", **TBB Dergisi**, 2018 (134), s. 120.

⁴⁴⁹ Ibid.

⁴⁵⁰ Bankacılık Kanunu, Kabul: 19.10.2005, Kanun No: 5411, Resmi Gazete Tarihi: 01.11.2005, Sayı: 25983(Mükerrer). Madde 95/3-4: "Bu Kanuna tabî kuruluşlar tarafından, Kurulca belirlenen usûl ve esaslar çerçevesinde konsolide ve konsolide olmayan bazda istenilen her türlü bilgi, belge, cetvel, rapor ve finansal tabloların, hesap ve kayıt düzenleriyle uyumlu olarak, zamanında ve doğru şekilde Kuruma tevdi edilmesi şarttır. Söz konusu kuruluşlarda denetim yapma yetkisi bulunanlar tarafından düzenlenen rapor ve mütalâaların bir suretinin anılan kuruluşlarca Kuruma gönderilmesi zorunludur." Madde 96: "Bu Kanunun 93üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen kuruluşlar ile ortakları, bunların bağlı ortaklıkları, nitelikli paya sahip olduğu ortaklıkları, birlikte kontrol ettiği ortaklıkları,

piyasayı olumsuz yönde etkileyebileceğinden, gerekli yaptırımların dengeli şekilde devreye sokulabilmesi ve ekonomik düzenin sorumlu ve yetkili idari kurumlarca korunabilmesi çoğu zaman bazı bilgi ve belgelerin tevdiine bağlı olabilmektedir.⁴⁵¹ Bu tarz denetim faaliyetlerinde kural olarak bir suç isnadı yöneltilmemektedir. Ancak bu faaliyet sonucu ulaşılan belgelerin kişiye suç isnat etme potansiyelinin de varlığı bilinmektedir.⁴⁵²

Allen kararında AİHM, kişinin kendini suçlamaya zorlanamama olarak da ifade edilen susma hakkının idarenin incelemesinden kaçınma arzusu ile yapılan eylemlere muafiyet getirmeyeceğini belirtmiştir.⁴⁵³ Gerçekten de kişinin, aleyhine bir ceza davası açılmasına sebebiyet vereceği endişesi ile idarenin rutin bir denetiminde susma hakkına sahip olduğunu ileri sürerek gereken bilgiyi teminden kaçınması idari faaliyetin önünü tıkayacaktır.⁴⁵⁴ Kaldı ki idarenin kanunda kendisine verilen görevleri yerine getirmemesi ve yetkileri kullanmaması, idarenin sorumluluğuna gidilmesini de gerektirmektedir.⁴⁵⁵

Belge toplama yetkisinin kullanılması kapsamında belge vermemeye ilişkin cezai bir tehdidin varlığı halinde susma hakkının kullanılıp kullanılamayacağı meselesi ileride ayrı başlık altında detaylıca inceleneceğinden burada ilgili yere atıf yapmakla yetiniyoruz.

şubeleri ile temsilcilikleri, bağımsız denetim, değerlendirme ve destek hizmeti kuruluşları gizli dahi olsa bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak her türlü bilgi ve belgeyi Kurumun talebi üzerine Kuruma tevdi etmekle yükümlüdür. Kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişiler, Devletin güvenliği ve temel dış yararlarına karşı ağır sonuçlar doğuracak hâller ile meslek sırrı, aile hayatının gizliliği ve savunma hakkına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla özel kanunlardaki yasaklayıcı ve sınırlayıcı hükümler dikkate alınmaksızın gizli dahi olsa Kurum tarafından bu Kanun kapsamında verilen görevler ile sınırlı olmak üzere istenecek her türlü bilgi ve belgeyi uygun süre ve ortamda, sürekli veya münferit olarak vermeye, istenecek defter ve belgeleri ibraz etmeye ve incelemeye hazır bulundurmaya, tüm bilgi işlem sistemini denetim amaçlarına uygun olarak ilgili personele açmaya, verilerin güvenliğini sağlamaya ve muhafaza etmek zorunda oldukları her türlü defter, belge ve karneler ile vermek zorunda bulundukları bilgilere ilişkin mikrofiş, mikrofilm, manyetik teyp, disket ve benzeri ortamlardaki kayıtlarını ve bu kayıtlara erişim veya kayıtları okunabilir hale getirmek için gerekli tüm sistem ve şifreleri incelemek için ibraz etmeye ve işletmeye mecburdurlar. Bu madde kapsamında ilgili kişi, kurum ve kuruluşlar Kurumun belirleyeceği süre içerisinde söz konusu talebe cevap vermek ve gereken kolaylığı göstermekle yükümlüdürler.”

⁴⁵¹ Kağıtçıoğlu, a.g.m., s. 121-123.

⁴⁵² Muhakeme makamları ve kolluk karşısında geçerliliği bulunan susma hakkının, diğer merci ve resmi organlar önünde de ‘evleviyetle’ ileri sürülebilmesi gerektiğini ileri süren görüş için bkz. Ali Hakan Evik, “Susma Hakkı”, **Güncel Hukuk Dergisi**, S. 12, İstanbul, Aralık 2004, s. 48.

⁴⁵³ AİHM, “Allen v. The United Kingdom”, 10.09.2002, (Başvuru No. 76574/01), para. 1, <https://hudoc.echr.coe.int>

⁴⁵⁴ Kağıtçıoğlu, a.g.m., s. 132.

⁴⁵⁵ Ibid., s. 128.

İdari yargılama aşaması öncesi safhada son olarak, düzenleyici ve denetleyici kurumların yaptırım tesis etme süreçleri ele alınmalıdır. Örneğin, Rekabet Kurulu ve Sermaye Piyasası Kurumu, kanunların kendilerine tanıdığı yetkilerle delil toplayabilmekte, tarafları dinleyebilmekte ve idari para cezalarını da içeren idari hükümler tesis edebilmektedirler.⁴⁵⁶ Ancak AİHM, otonom kavramlar doktrini uyarınca, suç isnadı, ceza, mahkeme kavramlarını somut olaya göre ele alarak kendi belirlediği için, bir idari yaptırımı cezai yaptırım olarak kabul edebilmekte ve bağımsız idari otoriteler tarafından yönetilen bu süreçlerin de adil yargılanma kriterlerine tabi tutulabilmektedir.⁴⁵⁷ Dolayısıyla uygulanacak cezanın ağırlığı⁴⁵⁸ ölçüt alınmak üzere, söz konusu süreçlerde de bireylere susma hakkının tanınabilmesi mümkün olmaktadır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, yaptırımın cezai niteliğinin belirlenmesinde belli kıstaslar getirmiştir. Buna göre, yaptırımın iyileştirici ya da caydırıcı fonksiyonu, zararı tazmin edici olup olmaması, ödenen paranın devlet kasasına gidip gitmediği, kanundaki standartların idari bir mercii tarafından denetlenip denetlenmediği gibi unsurlar değerlendirilmektedir.⁴⁵⁹ Yüksek Mahkeme, sınır dışı etme emrini sonuçlayacak bir davada, ceza değil yaptırım söz konusu olduğu için susma hakkının kullanılmasını kabul etmemiştir.⁴⁶⁰ Yine, cezaevindeki disiplin yargılamalarında, verilecek karar bir disiplin yaptırımı tesis edeceğinden, sessiz kalmaların aleyhe değerlendirilebileceğini hükme bağlamıştır.⁴⁶¹

Alman hukukunda ise, kurum içi soruşturmalar bakımından susma hakkının geçerli olmayacağı iddia edilmektedir.⁴⁶² Örneğin bir şirket içinde güveni kötüye kullanma veya rüşvet gibi suçların ya da disiplin suçu oluşturacak fiillerin işlendiğine

⁴⁵⁶ Bkz. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu, Kabul: 07.12.1994, Kanun No: 4054, Resmi Gazete Tarih: 13.12.1994, Sayı: 22140; Sermaye Piyasası Kanunu, Kabul: 30.12.2012, Kanun No: 6362, Resmi Gazete Tarih: 30.12.2012, Sayı: 28513.

⁴⁵⁷ AİHM, “*Grande Stevens ve Diğerleri v. Italy*”, 04.03.2014, (Başvuru No. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 ve 18698/10), paras. 95-99; “*A.P., M.P. ve T.P. v. Switzerland*”, 29.08.1997, (Başvuru No. 19958/92), paras. 37-50, davasında AİHM, vergi kaçırarak ölenin mirasçılarının bu kaçırılan miktarın talep edilmesine ilişkin kararın cezai nitelikte olduğu değerlendirmesini yapmıştır, <https://hudoc.echr.coe.int>

⁴⁵⁸ Türkiye bakımından ağır idari cezaya örnek olarak, iki milyon Türk lirasına kadar varan idari para cezaları öngören KK 43/A verilebilir.

⁴⁵⁹ H. Steven Durrett, Paul G. Rosengren, “Evidence New Limitations On The Privilege Against Self-Incrimination”, **California Law Review**, Vol. 64, No. 286, 1976, s. 563-570; *United States v. Ward*, 448 U.S. 242, 248-49 (1980).

⁴⁶⁰ *Bilokumsky v. Tod*, 263 U.S. 149 (1923).

⁴⁶¹ *Baxter v. Palmigiano*, 425 U.S. 308 (1976).

⁴⁶² Kasiske, a.g.m., s. 19.

dair şüphe üzerine araştırma yapan görevlilere karşı, bireylerin cevap verme yükümlülüklerinin olduğu ileri sürülmektedir.⁴⁶³ Kaldı ki iş hukukunda işçinin işverene hemen her konuda bilgi verme yükümlülüğü altında olması hem iş akdi hem de kanunun açıklayıcı hükümleriyle sabittir. İfade verme, açıklama yapma mecburiyetinin söz konusu olduğu bu alanda, kişinin aleyhine delil vermeye zorlandığı ileri sürülmektedir.⁴⁶⁴ Ancak zorlama sonucu aleyhe meydana gelecek yaptırım, cezai değil özel hukuka ilişkin olacağından, susma hakkı burada değerlendirilemeyecektir.⁴⁶⁵ Buna ek olarak, susma hakkının bireyle devlet arasındaki ilişkiyle alakalı olduğu, devletin ispat yükünü üstlenmesi gerektiği için kişilerin aleyhlerine davaya katılmak zorunda olmadıkları, oysa kurum içi soruşturmalarda bu temellendirmenin geçersiz kalacağı da iddia edilmektedir.⁴⁶⁶ Fakat eğer cezai soruşturma makamlarının talimatı ya da teşvikiyle kurum içi sorgular yapılıyorsa, ya da bu sorgularda açıklama yapma mecburiyeti altında edinilen delillerden yararlanmak gayesiyle başlangıç şüphesi olmasına rağmen cezai soruşturma sürüncemede bırakılıyorsa, bu takdirde söz konusu işlemler devlete atfedilebileceğinden delil yasağı kabul edilmelidir.⁴⁶⁷

Alman hukukunda kamu görevlilerinin disiplin soruşturmalarını düzenleyen kanun⁴⁶⁸, susma hakkına ve bunun soruşturma öncesi hatırlatılması gereğine yer vermiştir. Türk hukukunda ise, Devlet Memurları Kanunu⁴⁶⁹, susma hakkına ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Danıştay, disiplin soruşturmacısının susma hakkına riayet ederek ifade almayı gerçekleştirmesi gerektiğini belirtmektedir.⁴⁷⁰ Doktrinde her ne kadar susma hakkının varlığı ve memurun bu konuda aydınlatılması gereği ifade edilmekteyse de⁴⁷¹ bu konu detaylı olarak tartışılmamıştır. Örneğin, soruşturulananın susması halinde bunun aleyhine değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin görüş bildirilmemiştir. Meslekten uzaklaştırma ve hatta çıkarma gibi ağır yaptırımlara

⁴⁶³ Luis Greco, Christian Caracas, “Internal Investigations und Selbstbelastungsfreiheit”, *NStZ*, 2015, s. 12.

⁴⁶⁴ Greco-Caracas, a.g.m., s. 7, 11.

⁴⁶⁵ Mathias Dann, Kerstin Schmidt, “Im Würgegriff der SEC? – Mitarbeiterbefragungen und die Selbstbelastungsfreiheit”, *NJW*, 2009, s. 1855.

⁴⁶⁶ Kasiske, a.g.m., s. 19.

⁴⁶⁷ Greco-Caracas, a.g.m., s. 14; Dann-Schmidt, a.g.m., s. 1855.

⁴⁶⁸ Almanya, Bundesdisziplinargesetz, Resmi Gazete Tarih: 9. Juli 2001, Sayı: BGBl. I S. 1510, m. 20/1.

⁴⁶⁹ Kabul: 14.07.1965, Kanun No: 657, Resmî Gazete Tarihi: 23.07.1965, Sayı: 12056.

⁴⁷⁰ 1. Daire, E. 2000/29, K. 2000/59, T. 17.04.2000.

⁴⁷¹ Gül Fiş Üstün, “Disiplin Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 1, Haziran 2018, s. 22-24; Veysel Candan Canoğlu, “Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat”, **TBB Dergisi**, S. 18, 2018, s. 248.

hükmedilebilen disiplin soruşturmalarında susma hakkını ceza muhakemesindeki gibi en geniş anlamıyla kabul etmemenin adil olmayacağı ileri sürülebilir. Zira CMK gereği kişi bir günlük adli para cezasını gerektiren suçtan da yargılansa susma hakkı işletilebilecektir. Burada karşıt görüş olarak, hukuk muhakemesinde de kişilerin ağır tazminatlar ödemekle yükümlü kılınabilecekleri, ancak bunun susmaya bağlı karinelerin kabulünü engellemediği iddia edilebilir. Dolayısıyla susma hakkını makul bir sınırdan tutarak, sonuç itibarıyla kanunlarda ‘ceza’ olarak düzenlenen bir yaptırım söz konusu olmadıkça, kişinin susmasının aleyhe değerlendirilmesine olanak tanınabilir. Ancak elbette, disiplin ya da özel hukuk yaptırımından korunmak için beyanda bulunmayı tercih eden bireyin bu beyanları suçlayıcı olduğu takdirde cezai yargılama makamları tarafından kullanılamamalıdır.

AİHM’e göre ise, susma hakkı ceza muhakemesi dışında kişiyi konuşmaya zorlama karşısında korumamaktadır.⁴⁷² *Shannon v. Birleşik Krallık* davasında, finansal bir soruşturma sırasında bilgisine başvurulmak üzere çağrılan ve hakkında hali hazırda bir ceza yargılaması mevcut olan sanığın, vereceği bilgilerin aleyhine ceza davasında kullanılmamasına dair istediği garantinin verilmemesi üzerine konuşmayı reddetmesi sonucu, soruşturmacının talimatına aykırı hareket suçuna mahkum edilmesi söz konusudur. Burada AİHM, susma hakkının ihlal edildiğini saptamıştır.⁴⁷³ Bir başka davada ise, idari mercilerin bilgi talep etmesini ve kişileri bunu temine zorlaması hukuka uygun iken, sonuçta bu bilgilerin bir ceza yargılaması aşamasında kullanılması adil yargılanmaya aykırı bulunmuştur.⁴⁷⁴

2.2.1.2. İdari Yargı Aşamasında

İYUK⁴⁷⁵’a göre, idari davalarda resen araştırma ilkesi geçerli olup mahkeme, davalı idare ya da davacıdan gerekli bilgi ve belgelerin getirilmesini talep edip ispat

⁴⁷² AİHM, “*Weh v. Austria*”, 08.04.2004, (Başvuru No. 38544/97), paras. 43, 44, <https://hudoc.echr.coe.int>

⁴⁷³ AİHM, “*Shannon v. The United Kingdom*”, 04.10.2005, (Başvuru No. 6563/03), para. 41, <https://hudoc.echr.coe.int>

⁴⁷⁴ AİHM, “*I.J.L., G.M.R. ve A.K.P. v. The United Kingdom*”, 19.09.2000, (Başvuru No. 29522/95; 30056/96; 39574/96), paras. 96-112, <https://hudoc.echr.coe.int>

⁴⁷⁵ İdari Yargılama Usulü Kanunu, Kabul: 06.01.1982, Kanun No: 2577, Resmi Gazete Tarih: 20.01.1982, Sayı: 17580, m. 20/1: “*Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar.*”

yükünü olayın şartlarına göre taraflar arasında dağıtabilmektedir.⁴⁷⁶ Dolayısıyla bu durum ispat yükünün kural olarak cumhuriyet savcısında olduğu ceza yargılamasından hayli farklılık arz etmektedir. Ceza davasında sanık tarafından kullanılan susma hakkının, idari yargıda davacı bakımından uygulanması gündeme gelecektir. Bu kapsamda mahkemenin istediği belgeleri vermemek ya da sorularını yanıtlamamak noktasında kişinin susma hakkının bulunduğu iddia edilebilir.⁴⁷⁷ Ancak bu durum, ispatı ancak söz konusu bilgilerin verilmesine bağlı olan olaylarda, mahkemenin aleyhe karar çıkarabilmesine engel olamayacaktır.⁴⁷⁸ İdari yargılamada susma hakkından faydalanan davacı, aynı zamanda hukuka aykırılık iddiasıyla uyuşmazlığı yargı yoluna taşıyan kişi olduğundan, söz konusu belgelerin yokluğunda idari yaptırımını hukuka uygun bulan mahkeme kararının adil yargılanma hakkı aleyhine olarak tesis edildiğini ileri süremeyecektir.⁴⁷⁹ Söz konusu belgeleri teslim ettiği takdirde ise, içeriğinde aleyhine ceza davasının açılmasına sebep olabilecek bilgilerin varlığı halinde dahi, kişi açtığı davanın selameti için bu durumu göze almaktadır. Herhangi bir zorlamadan bahsedilemeyeceğinden, susma hakkı ihlalinden de söz edilemez.

2.2.2. Hukuk Muhakemesinde

Burada iki görüşten söz etmek mümkündür. Birincisine göre, özel hukuk alanında susma hakkı yoktur. Buna bağlı olarak da kişi, aleyhine ceza soruşturmasına sebep olabilecekse de konuşmaya zorlanabilir. Türk hukuku bakımından bunun en açık örneğini HMK m. 171/2 oluşturmaktadır.⁴⁸⁰ Bu hüküm adeta hukuk muhakemesinde sukut ikrardandır prensibinin geçerli olduğunu göstermektedir.

⁴⁷⁶ Kağıtçıoğlu, a.g.m., s. 138.

⁴⁷⁷ Kağıtçıoğlu, a.g.m., s. 142, 148.

⁴⁷⁸ Kağıtçıoğlu, a.g.m., s. 142, 148. “Örneğin, kaçak akaryakıt kullandığı iddiasıyla bir işletme hakkında yürütülen idarî soruşturmada, işletmenin belgeleri susma hakkı kapsamında vermemesi durumunda; ilgilinin aleyhindeki iddianın aksini ispatlayacak belgeleri vermekten imtina etmesi, iddianın doğruluğu bakımından ‘karine’ olarak kabul edilebilir.” Alıntı için bkz. Melikşah Yasin, **İdarî Yargılama Usulünde İspat**, İstanbul, On İki Levha, 2015, s. 69-70.

⁴⁷⁹ Kağıtçıoğlu, a.g.m., s. 142 vd.

⁴⁸⁰ Özen, a.g.e., s. 215. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kabul: 12.01.2011, Kanun No: 6100, Resmi Gazete Tarih: 04.02.2011, Sayı: 27836, m. 171/2: “Çağrılan taraf özürsüz olarak gelmediği veya gelip de soruları cevapsız bıraktığı takdirde, mahkemece sorulan vakıalar ikrar edilmiş sayılır.”

Alman hukuk yargısında da sanığın susmasına usuli ve maddi sonuçlar bağlanmaktadır.⁴⁸¹ Bir diğer ifadeyle kişi, aleyhine davaya katılmaya mecbur kılınabilmektedir. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi, susma hakkının, kişileri ceza dışındaki yargılamalarda mahkemeye yardımcı olma yükümlülüğünden arındırmayacağını belirtmiş ve kendini suçlayıcı veri içerse de talep edilen bilgilerin temin edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Ancak ceza soruşturma ve kovuşturma organları, başka mahkemelerce istenen ve kişinin vermekle yükümlü tutulduğu bu bilgileri kullanmaktan yasaklıdır.⁴⁸² Kanun koyucu da bu karar üzerine, Alman İflas Kanunu⁴⁸³'nun borçlunun aleyhine ceza soruşturması başlatacak olsa dahi iflasıyla bağlantılı fiilleri için alacaklılarını bilgilendirmek zorunda olduğunu düzenleyen 97. maddesine delil yasağı eklemesi yapmıştır. Buna göre söz konusu bilgiler ceza yargılamasında delil olarak kullanılamayacaklardır.⁴⁸⁴

İkinci görüşe göre ise, kişi, hiçbir yargılama esnasında aleyhine soruşturmaya yol açabilecek beyanda bulunmaya zorlanamaz.⁴⁸⁵ Amerikan Yüksek Mahkemesi de çeşitli kararlarında, beşinci ekte tanınan anayasal hakkın, sadece ceza davalarıyla sınırlandırılmasının mümkün olmadığını, beyanların ceza kovuşturması riski oluşturduğu sürece hukuk davalarında da ileri sürülebileceğini belirtmiştir.⁴⁸⁶ Örneğin, yaralamaya ilişkin bir tazminat davasında verilecek ifadenin muhtemel ceza davasına etkisi düşünülerek, kişiye susma hakkı tanınmalıdır.⁴⁸⁷ Amerikan hukukunda ayrıca, söz konusu hak, kendini suçlamaya karşı geliştirildiğinden, cezai yaptırıma sebebiyet vermeyen, özel hukuk yaptırımı doğuran, kişiyi utandıran, işini kaybetmesine, isminin lekelenmesine sebep olan hallerin susmaya gerekçe olamayacağı belirtilmektedir.⁴⁸⁸

Türk hukuku bakımından ise, her ne kadar susmak kişinin aleyhine hukuki sonuç doğursa da ilgili beyanların ceza davasında kullanılıp kullanılamayacağına dair somut bir kanun maddesi ya da karara rastlanmamaktadır. Ancak doktrinde, her ne kadar

⁴⁸¹ Roxin-Schünemann, a.g.e., bölüm 25/10.

⁴⁸² BVerfGE 56, 37 (50 f.): NJW 1981, 1431.

⁴⁸³ Almanya, Insolvenzordnung, Resmi Gazete Tarih: 05.10.1994, Sayı: S. 2866, Yürürlük: 19.10.1994.

⁴⁸⁴ Schuster, a.g.m., s. 188.

⁴⁸⁵ Aydın, a.g.e., s. 90. Ek beş metninde geçen '*in any criminal case*' (herhangi bir ceza davasında) ifadesindeki '*in*' (-nda) tabirinin sadece ceza muhakemesi sürecini kapsamadığı, bilakis aleyhe cezai takibata yol açabilecek her durum için susma hakkının var olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Lushing, a.g.m., s. 1698.

⁴⁸⁶ *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 633 (1886); *McCarthy v. Arndstein*, 266 U.S. 34 (1924).

⁴⁸⁷ Aydın, a.g.e., s. 90.

⁴⁸⁸ Lushing, a.g.m., s. 1698.

hukuk yargısında kişiyi zorlayan karinelere yer verilebilse ve hukuki sorumluluk gündeme getiren durumlarda susma hakkı tanınmasa da, bu hakkın uygulanabilmesi için kişinin şüpheli ya da sanık olması gerekmediği için, söz konusu beyanların o kişiler aleyhine ceza davasında kullanılmaması gerektiğini vurgulayan görüş mevcuttur.⁴⁸⁹ Kanaatimizce de, madem ceza yargılamasında tanık olan, henüz haklarında adli makamların harekete geçmediği kişiler, kendileri veya yakınları aleyhine olabileceği endişesiyle beyandan çekinebilmektedirler, böyle bir çekinme hakkının düzenlenmemiş olduğu hukuk yargılamasında konuşan kişilerin de bu beyanları susma hakkının koruma yelpazesinde yer almalıdır. Dolayısıyla muhtemel bir ceza davasında kullanılamamalıdır.

2.3. Zaman Bakımından

2.3.1. Ceza Muhakemesi Öncesi Safha

Ceza muhakemesi öncesi safhada susma hakkı araştırılırken kastedilen, kişinin, herhangi bir suç şüphesi altında bulunmaksızın yapacağı açıklamalardır. Anayasa 38/5'te geçen 'hiç kimse' ifadesi, susma hakkının sadece şüpheli ve sanığa tanınan bir hak olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla bu yönde yapılacak bir daraltıcı yorum, Anayasa'ya uygun olmayacaktır.⁴⁹⁰ Nitekim, konuşmaya zorlanma yasağı özel hukuk ve idare hukuku alanında açıkça söz konusu olamasa da en azından susma hakkı tanınmadan alınmış beyanların bir ceza yargılaması işleminde kullanılamaması gerektiği savunulmaktadır.⁴⁹¹ Zira tanıklıktan çekinme hakkı da bir sanık hakkı olmamasına rağmen bu kapsamdadır.⁴⁹²

Kişinin suç isnadı altında olmadığı aşamada da susma hakkının tanınması gerektiğine dair bu tespitten sonra akla, polisin soruşturma öncesi evrede yaptığı araştırma faaliyetleri gelmektedir. Polisin şüphelenmediği kişiye soru sormasına bilgi toplama denir.⁴⁹³ Ön sorgu da denilen bu aşamada, henüz suç şüphesi birisinin

⁴⁸⁹ İtişgen, a.g.e., s. 138.

⁴⁹⁰ Sahir Erman, **Ticari Ceza Hukuku: Bankacılık Suçları**, C. V, İstanbul, Nazım Terzioğlu Atölyesi, 1984, s. 302; Evik, a.g.m., s. 48.

⁴⁹¹ İtişgen, a.g.e., s. 90.

⁴⁹² Ibid., s. 108.

⁴⁹³ Demirbaş, a.g.e., s. 58; Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği, m. 4/2'de bilgi alma, "bir suçun tespiti veya aydınlatılmasına yönelik olarak, müşteki ve suçtan zarar gören ile suç işleme şüphesi altında bulunmayan diğer kişilerin dinlenmesi" şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca PVSK (Polis

üzerinde yoğunlaşmadığından, aydınlatma da yapılmaz.⁴⁹⁴ Bu sorular daha ziyade soruşturmanın kime karşı yapılması gerektiğini belirlemek için sorulur.⁴⁹⁵ Kolluğun bu şekilde olayı aydınlatmak için rasgele sorular sormasında, ifade alma mevcut olmadığından ifade kuralları geçerli olmayacak, kolluk, tanık dinleme yetkisini de haiz olmadığından⁴⁹⁶ CMK 45. ve 48. maddelerinde tanınan haklar da gündeme gelemeyecektir. Bu aşamadaki açıklamalar delil olarak da kullanılabilecektir.⁴⁹⁷ Ancak, kolluğun şüphelendiği kişiye bilinçli olarak aydınlatma yapmaksızın soru sorması halinde susma hakkı ihlal edilmiş olacaktır.⁴⁹⁸ Doktrinde, ön sorgu aşamasının susma hakkının dolanılması için kullanılmaması gereği vurgulansa da bu safha somut olarak sınırlandırılmadığı için eleştiri odağı olmaktadır.⁴⁹⁹

4483 sayılı Kanun⁵⁰⁰ göre, memurlar veya diğer kamu görevlilerinin hakkında soruşturma başlatılabilmesi için yetkili makamlarca izin verilmesi gerekmektedir. Bu izin ise bir ön inceleme aşamasından sonra verilir. İşte bu ön inceleme sonunda kişi hakkında ceza kovuşturması gündeme gelme riski bulunduğundan, susma hakkının bu aşamada da mevcudiyeti savunulmaktadır.⁵⁰¹

AIHM de *Alexandre Zaichenko* davasında, başvurucunun işten eve dönerken yolda durdurulup, işyerine ait arabadan yakıt çalıp çalmadığı konusunda hakları hatırlatmaksızın sorgulandığı ve ikrarını içeren hazırlık soruşturması raporunun imzalatıldığı olayda, susma hakkının ihlal olduğuna hükmetmiştir.⁵⁰²

Vazife ve Salahiyet Kanunu, Kabul: 04.07.1934, Kanun No: 2559, Resmi Gazete Tarih: 14.07.1934, Sayı: 2751) m. 15 de polisin ifadesi gerekli kişilere soru sorma yetkisini düzenlemektedir: “*Polis; yaptığı tahkikat esnasında ifadelerine müracaat lazım gelen kimseleri çağırır ve kendilerine lüzumu olan şeyleri sorar.(...)*”

⁴⁹⁴ Demirbaş, a.g.e., s. 58; Centel-Zafer, a.g.e., s. 239; Kramer, a.g.e., para.31; Roxin-Schünemann, a.g.e., bölüm 25/12.

⁴⁹⁵ Demirbaş, a.g.e., s. 59.

⁴⁹⁶ Centel-Zafer, a.g.e., s. 239; 667 sayılı KHK’nın (Bakanlar Kurulunca Kabul: 31.10.2016, Resmi Gazete Tarih: 22.11.2016, Sayı: 29896. KHK, TBMM tarafından *Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun* olarak kabul edilmiştir, Kabul: 18.10.2016, Kanun No: 6749, Resmi Gazete Tarih: 29.10.2016, Sayı: 29872.) 6. maddesi ile kolluk da tanık dinleyebilir hale gelmiştir: 6749 s. Kanun, m. 6/1-c: “*Yürütülen soruşturmalar kapsamında görev ve unvan ayrımı yapılmaksızın kamu görevlileri de dâhil olmak üzere bütün şüpheli, mağdur ve tanık ifadeleri adli kolluk görevlileri tarafından da alınabilir.*” Ancak kolluğa ifade vermek mecburi olmadığından susma hakkının bu yolla aşıldığı iddia olunamayacaktır.

⁴⁹⁷ Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 568.

⁴⁹⁸ Kramer, a.g.e., para. 34.

⁴⁹⁹ Demirbaş, a.g.e., s. 60.

⁵⁰⁰ Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, Kabul: 02.12.1999, Kanun No: 4483, Resmi Gazete Tarih: 04.12.1999, Sayı: 23896.

⁵⁰¹ İtişgen, a.g.e., s. 120; Aydın, a.g.e., s. 309.

⁵⁰² AIHM, “*Aleksandr Zaichenko v. Russia*”, 18.02.2010, (Başvuru No. 39660/02), paras.52-60, <https://hudoc.echr.coe.int>

TCK 278. Maddenin AYM iptal kararından sonraki mevcut hali, tanıklıktan çekinebilecek kişiler için suçu bildirme yükümlülüğünü ortadan kaldırarak, ceza muhakemesi safhaları öncesinde de susma hakkına koruma sağlamıştır.

Son olarak, kendini suçlayıcı içeriğe sahip belge ve defterlerin teslimi de suç isnadı öncesi basamakta da tartışılması gereken bir husus olup burada, ilgili başlığa atıf yapmakla yetiniyoruz.

2.3.2. Soruşturma Evresi

CMK 2/1/e ye göre, yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre soruşturma evresi olarak tanımlanır. Soruşturma evresinde ifadesi alınan veya sorgulanan şüphelinin susma hakkının varlığı ve bunun hatırlatılması gerektiği CMK 147 ve 148. maddelerinde açıkça düzenlenmiştir. Ancak bu safhada gündeme gelebilecek önödeme ve uzlaştırma kurumları izahat gerektirmektedir.

Cumhuriyet savcısının soruşturma sonucunda kanunda belirlenen miktarların ödenmesi durumunda kamu davası açmaması halinde önödeme kurumu söz konusu olur.⁵⁰³ Kişi, önödeme miktarını ödemek suretiyle hakkında açılacak kamu davası tehdidinden kurtulabileceği gibi, ödemediği takdirde açılan davada yine susma hakkını ileri sürebilecektir. Dolayısıyla bu kurumun susma hakkını ihlal eder niteliği bulunmamaktadır.⁵⁰⁴

⁵⁰³ “Önödeme

Madde 75- (1) Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı altı ayı aşmayan suçların faili;

a) Adli para cezası maktu ise bu miktarı, değilse aşağı sınırını,

b) Hapis cezasının aşağı sınırının karşılığı olarak her gün için otuz Türk Lirası üzerinden bulunacak miktarı,

c) Hapis cezası ile birlikte adli para cezası da öngörülmüş ise, hapis cezası için bu fıkranın (b) bendine göre belirlenecek miktar ile adli para cezasının aşağı sınırını,

Soruşturma giderleri ile birlikte, Cumhuriyet savcılığınca yapılacak tebliğ üzerine on gün içinde ödediği takdirde hakkında kamu davası açılmaz. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/12 md.) Taksirli suçlar hariç olmak üzere, önödemeye bağlı olarak kovuşturmaya yer olmadığına veya kamu davasının düşmesine karar verildiği tarihten itibaren beş yıl içinde önödemeye tabi bir suçu işleyen faile bu fıkra uyarınca teklif edilecek önödeme miktarı yarı oranında artırılır. (...)

⁵⁰⁴ Aydın, a.g.e., s 311.

Uzlaştırmada da tarafların uzlaşması halinde kamu davası açılmayacaktır.⁵⁰⁵

Ancak gerek önödeme yapılması gerek de uzlaştırmada mağdurun zararlarını

⁵⁰⁵ “Uzlaştırma (1)

Madde 253 – (Değişik: 6/12/2006-5560/24 md.)

(1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:

a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı suçlar.

b) Şikâyeteye 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. (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Tehdit (madde 106, birinci fıkra),

4. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),

5. (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Hırsızlık (madde 141),

6. (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Dolandırıcılık (madde 157),

7. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234),

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

c) (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar.

(2) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye 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 şikâyeteye bağlı olsa bile, (...) (1) cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez. (Ek cümle: 26/6/2009 - 5918/8 md.) Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz. (1)

(4) Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması ve kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunması hâlinde, dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir. Büro tarafından görevlendirilen uzlaştırmacı, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır. Uzlaştırmacı, 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. (2)

(5) Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukukî 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 kanunî temsilcisine ulaşamaması 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) (Mülga: 24/11/2016-6763/34 md.)

(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. Uzlaştırma bürosu uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır. (3)

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

(13) Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafî ve vekil katılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî 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.

gidermek ikrar anlamına gelmeyecektir.⁵⁰⁶ Buna ek olarak, uzlaştırma nasıl sonuçlanırsa sonuçlansın, uzlaştırma sürecinde ortaya çıkan deliller başka bir soruşturma veya kovuşturmada kullanılmamalıdır.⁵⁰⁷ Nitekim CMK 253/20'de “Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz” düzenlemesine yer verilerek susma hakkı bakımından bir korunma sağlanmıştır. Söz konusu deliller ve varsa itirafın hakimın vicdani kanaatini etkilemesi kuvvetle muhtemel olduğundan bunların dosyadan çıkartılması gerektiği, aksi takdirde susma hakkının zedeleneyeceği ifade edilmektedir.⁵⁰⁸

2.3.3. Kovuşturma Evresi

CMK 2/1/f ye göre, iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evre kovuşturma evresidir. Bu aşamada da sanığın susma hakkının

(15) Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte uzlaştırma bürosuna verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/34 md.) Uzlaştırma bürosu soruşturma dosyasını, raporu ve varsa yazılı anlaşmayı Cumhuriyet savcısına gönderir. (1)

(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) Uzlaştırmacının 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, taksit bağlanması veya süreklilik arzetmesi 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 açılamaz; 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 uzlaştırma bürosuna verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez. (...)

(23) Uzlaşma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak bu Kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir. (...)

⁵⁰⁶ Centel-Zafer, a.g.e., s. 525, 526; İtişgen, a.g.e., s.124; Özbek et al., a.g.e., s. 689.

⁵⁰⁷ Centeş-Zafer, a.g.e., s. 547.

⁵⁰⁸ Ünver, Deliller, s. 2906-2907.

mevcudiyeti kanunun açık hükmü ile (CMK 191/3/c) sabittir. Yine, susma hakkıyla ilintili olarak tanıklıktan çekinmeyi düzenleyen hükümlere, kovuşturma aşamasında da başvurulabilmektedir.

Türk hukukunda uygulama alanı bulmayan ‘iddia pazarlığı’ (*plea bargaining*) kurumu Amerikan hukukunda, sanığın suçu kabul etmesi halinde daha az ceza alması imkanını ifade eder.⁵⁰⁹ Cezayı azaltma vaadi kişi üzerinde ikrar yönünden bir baskı oluşturduğundan susma hakkı noktasında tartışmaya açık bulunmaktadır.⁵¹⁰ Ancak, devletlerin ceza politikası ekseninde, iddia pazarlığı, etkin pişmanlık, uzlaştırma ve benzerleri gibi yasal yöntemlere başvurulabildikleri bilinmektedir.

2.3.4. İnfaz Aşaması

TCK 51. maddede düzenlenen erteleme, iki yıldan az hapis cezasına mahkum edilen sanığın, kanundaki belli şartların varlığı halinde cezaevine girmeksizin cezasının infaz edilmesini sağlayan bir kurumdur. Hükümlü, denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemez ve denetim yükümlülüklerine uygun davranırsa, cezası infaz edilmiş sayılacaktır. Aksi takdirde ise, ertelenmiş cezanın infaz kurumunda çektilmesi söz konusu olacaktır. İşte bu halde kişinin mahkumiyet sonrasında da susma hakkından söz edilir.

CMK m. 231/ 6 vd. fıkralarında düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi ise, beş yıllık denetim süresi içerisinde kasıtlı suç işlemeyen sanık hakkında hükmün tüm sonuçlarıyla ortadan kalkmasını sağlar. Yine, ertelemeyle benzer şekilde, bu denetim süresi içinde kasıtlı suç işlenmesi halinde açıklanmayan hüküm açıklanır. Her ne kadar 231/11’e göre, hakimin bu hükümdeki cezayı indirme veya erteleme takdir yetkisi varsa da, her halükarda durumun ortadan kalkan hükme

⁵⁰⁹ Mehmet Emin Yapar, **Amerika Birleşik Devletleri Federal Ceza Hukukunda Plea Bargaining (İddia Pazarlığı) Kavramı ve Uygulaması**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Konya, 2012, s. 138.

⁵¹⁰ Stuntz, a.g.m., s. 1270 vd.; 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, 2008, s. 1048. Söz konusu tartışmanın detayına aşağıda yer verilecektir: 3.1.3. İfade Alma ve Sorguda Yasal Yöntemler.

göre sanık aleyhine olduğu açıktır. Dolayısıyla yine, bu denetim süresi içinde de susma hakkı tanınmak gerektir.

Son olarak, CGTİK⁵¹¹ m. 106’da yer verilen koşullu salıverme düzenlemesine göre, hapis cezasının belirli kısmını cezaevinde çeken hükümlü, kanundaki şartların sağlanması halinde denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulur ve bu sürenin yükümlülüklerle uygun geçirilmesi halinde ceza infaz edilmiş sayılır. Burada da yine, denetim süresi içerisinde kasıtlı suç işlenmesi bu kararı ortadan kaldıracığından, böyle bir suçun işlenip işlenmediğine yönelik hükümlüden bilgi alınması durumunda susma hakkı gündeme gelecektir.⁵¹²

Benzer şekilde Amerika’da koşullu salıverme sürecinde kişinin yetkili memurun denetimle ilgili sorularını cevaplamakla yükümlü olduğu, ancak söz konusu sorular bir suça ilişkinse böyle bir yükümlülüğün olmadığı, her ne kadar denetim memurunun Miranda uyarıları yapma mükellefiyeti olmasa da, kişiyi beyana zorlaması halinde susma hakkının ihlal edilmiş sayılacağı yönünde kararlar gözlenmektedir.⁵¹³

2.4. Yer Bakımından

Her ne kadar kural olarak aynı fiilden dolayı birden fazla ceza yargılaması yapılamıyor olsa da bazı hallerde bir suça ilişkin birden fazla ülkede yargılama yapılması söz konusu olabilmektedir. Yer bakımından susma hakkı tartışılırken iki temel sorun karşımıza çıkabilir:

1. Kişinin bir başka ülkede aleyhine olabilecek ceza davası riski nedeniyle susma hakkını kullanıp kullanamayacağı.
2. Bir ülkede kişinin susma hakkı ihlal edilerek elde edilen delilin başka ülkede kullanılıp kullanılamayacağı.

⁵¹¹ Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Kabul: 13.12.2004, Kanun No: 5275, Resmi Gazete Tarih: 29.12.2004, Sayı: 25685.

⁵¹² İtişgen, a.g.e., s. 130.

⁵¹³ 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. 47-52.

Bireyin yurtdışında görülebilecek dava riskiyle susma hakkını ileri sürmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir.⁵¹⁴ Nitekim İngiltere’de görülen *King of the Two Sicilies v. Willcox* davasında, kişinin yapacağı açıklamaların kendisi aleyhine Sicilya’da kullanılması riskine rağmen susma hakkını kullanmasına müsaade edilmemiştir.⁵¹⁵ Amerika’da görülen *Zicarelli v. New Jersey State Commission* davasında yurtdışı ceza davası riskinin uzak ve spekülatif bir ihtimal olduğu ve susma hakkının böyle ihtimallere değil, gerçek tehlikelere karşı koruma sağladığı bildirilerek, konunun tartışılması gereksiz bulunmuştur.⁵¹⁶ Ancak, ek beşte yer alan ceza davası kavramının daha geniş yorumlanması gerektiği ve maddenin amacının gerçekleşebilmesi için ülke dışı kovuşturmalara karşı da koruma sağlayacak şekilde yorumlanması gerektiğini tespit eden kararlar da bulunmaktadır.⁵¹⁷ Ayrıca doktrinde bu hakkın ulusal yargı ve ülkesel sınırlarla kayıtlı tutmanın doğru olmadığı da belirtilmektedir.⁵¹⁸ Hatta bir ülkeye iade edilme ihtimali bile, susma hakkının kullanılması açısından geçerli bir sebep kabul edilmelidir.⁵¹⁹

Bu sorunun aşılması için Amerikan doktrininde, içtihatlardan yola çıkılarak bazı kriterler önerilmektedir. Her şeyden önce, bağışıklık yoluyla konuşturulmak istenen sanığın beyanlarının başka ülkede kendini suçlayıcı nitelikte olacağının, yine tanık tarafından ispatlanması gerekmektedir.⁵²⁰ İkinci olarak, yabancı devlette sanığın neyle itham edilebileceği araştırılmalıdır. Üçüncü aşamada, sanığın beyanının başka ülkede bir ceza soruşturmasını başlatma veya ilerletmeye nasıl etkili olacağı belirlenmelidir. Daha sonra, sanığa atılı suçların sanığın ABD’den iadesini gerektirir nitelikte olup olmadığına bakılmalıdır. Nihayet, söz konusu beyanların yabancı devlete ifşa edilme ihtimali tartılmalıdır.⁵²¹ Bağışıklık hükümleri gereği yabancı devletin ifade veya sorgu tutanaklarına ulaşması, resmi yoldan talep edilerek mümkün olmayacağından, söz konusu bilgilerin sızdırılmaması için gerekli güvence ve yaptırımlar sağlanmalıdır.

⁵¹⁴ Scott Bovino, “A Systematic Approach To Privilege Against Self-Incrimination Claims When Foreign Prosecution Is Feared”, *The University Of Chicago Law Review*, Vol: 60, No. 3/4, Summer-Autumn 1993, s. 903.

⁵¹⁵ *King of the Two Sicilies v. Willcox*, 61 Eng. Rep. 116 (Ch. 1851)

⁵¹⁶ *Zicarelli v. New Jersey State Commission*, 406 U.S. 472 (1972)

⁵¹⁷ *Moses v. Allard*, 779 F. Supp. 857, 873-74 (E.D. Mich. 1991).

⁵¹⁸ Debra Ciardiello, “Seeking Refuge In The Fifth Amendment: The Applicability In The Privilege Against Self-Incrimination To Individuals Who Risk Incrimination Outside The United States”, *Fordham International Law Journal*, Vol: 15, 1991, s. 754-758; Amann, a.g.m., s. 1270 vd., 1293-1294.

⁵¹⁹ Ciardiello, a.g.m., s. 758.

⁵²⁰ Bovino, a.g.m., s. 920. Örneğin tanıktan yabancı hukuktaki konuyla alakalı kanun, içtihat, doktrin görüşlerini sunması istenebilir.

⁵²¹ *In re Flanagan*, 691 F.2d at 121; Ciardiello, a.g.m., s. 740 vd.

Burada aşamalı olarak yer verilen olumlu ve olumsuz şartlar sağlandığı takdirde, bağışıklık yoluyla tanığın susma hakkını aşmak mümkün olmamalı, susma hakkının uluslararası etkisi tanınmalıdır.⁵²²

Susma hakkının bir delil elde etme kuralı olma niteliğinin yanı sıra, bir insan hakkı olduğu yönü de dikkate alınır, bu hakkın ihlali suretiyle bir ülkede elde edilen delil, diğerinde de kullanılamamalıdır.⁵²³ Devletlerarası iletişimin kolaylaşıp hızlandığı ve yoğunlaştığı günümüzde, susma hakkını da uluslararası ölçekte uygulamak yerinde olacaktır. Bilhassa suçlulukla mücadele alanında akdedilen iki ve çok taraflı sözleşmeler, suçluların iadesi, adli yardımlaşma gibi pek çok konuda devletleri iş birliğine sevk etmiştir.⁵²⁴ Yine susma hakkı, uluslararası pek çok sözleşmede yer almakta ve mahkeme uygulamalarında gözetilmektedir. Bu şartlarda hem bir başka ülkedeki ceza yargılaması ihtimali susma hakkını kullanmayı mümkün kılmalı, hem de bu evrensel hakka geniş bir koruma tanınarak, bir ülkede ihlal suretiyle edinilen delilin, başka ülkede kullanılmasına imkan tanınmamalıdır.^{525 526}

Kanaatimizce de bir ülkede hukuka uygun elde edilmiş kabul edildiği takdirde bir ikrar ya da beyanın bir başkasında da kullanılması mümkün olmalı, aksi takdirde susma bir insan hakkı olduğundan, bir ülkede ihlal edilerek edinilen delil, diğer ülkelerde de dışlanmalıdır.

2.5. Susma Hakkının Tartışmalı Olduğu Alanlar

Susma hakkı kapsamını kısaca belirlemek gerekirse şöyle bir tablo ortaya çıkmaktadır: İlke beyanda bulunmama ve aleyhine olan delilleri vermeme olarak temelde iki başlığa ayrılabilir. Susma hakkı, sıklıkla beyan delili noktasında gündeme

⁵²² Bovino, a.g.m., s. 911-913.

⁵²³ İtişgen, a.g.e., s. 140.

⁵²⁴ Amann, a.g.m., s. 1261-1269.

⁵²⁵ Ibid., s. 1253 vd., 1270 vd.

⁵²⁶ Yüksek Mahkeme'nin önüne gelen bir davada, Amerika'nın bir eyaletinde bağışıklık tanınmak suretiyle kendisinden ikrar elde edilen sanığın bu ikrarı bir başka eyalette hukuka uygun delil olarak aleyhine kullanılmış ve bu durum, bağışıklığın federal düzeyde değil, ancak eyalet düzeyinde tanınabileceği gerekçesine dayandırılmıştır, bkz. *Feldman v. United States*, 322 U.S. 487, 488 (1944). Ancak daha sonraki bir içtihatla susma hakkında asıl önemli olan unsurun zorlama değil, zorla verilmiş beyanın kullanılmaması olduğu vurgulanarak hakkın uygulanmasında eyaletler arası yeknesaklık getirilmiştir, bkz. *Murphy v. Waterfront Comm'n*, 378 U.S. 52, 94 (1964).

gelirken aleyhine olan delilleri vermeme beyan dışı somut delillerden söz edilmektedir. İşte bu beyan dışı deliller, Amerikan hukukunda fiziki delil ya da maddi delil adını almaktadır. Anayasa ek beşin lafzından, tanıklığa zorlanamamanın beyan temelli olduğu, gerçek deliller bakımından bir engel teşkil etmediği ifade edilmektedir.⁵²⁷ Beşinci ekin çıkış temellerinden olan acımasız üçlem doktrinine göre de fiziksel deliller Nemo Teneturun korunması kapsamında kalmaz.⁵²⁸ Zira kişi burada, yalan tanıklık suçunu işlemek, mahkemeye itaatsizlik ve kendini suçlama arasında kalmamaktadır. Yani beşinci ek, devletin fiziksel delil için kişiyi zorlamasını değil, tanıklık için baskı kurmayı yasaklar.⁵²⁹ Ancak mülga CMUK’ un mehzaz kanun ülkesi Alman hukukunda, fiziksel deliller noktasında da bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre, kişinin aktif katılımının gerektiği hallerde söz konusu delil susma hakkı koruması kapsamında kalacak, ancak kişinin yükümlülüğü pasif bir katlanmadan ibaretse ilgili delil zorla da olsa alınabilecektir.⁵³⁰

Bu bölümde, belli bazı hukuki uygulama ve tedbirlerin susma hakkıyla örtüşmesi noktasında beliren çeşitli tartışmalara yer verilecektir.

2.5.1. Belge Niteliğinde Deliller

Vergi Usul Kanunu⁵³¹ 359/a-2 maddesinde “*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*

⁵²⁷ Charles Gardner Geyh, “The Testimonial Compotent of The Right Against Self-Incrimination”, **Cath. U. Law Review**, Vol: 36, 1986-1987, s. 612 vd.; John O. Sonsteng, Charles E. Moyland, “The Privilege Against Compelled Self-Incrimination”, **William Mitchell Law Review**, Vol: 16, 1990, s. 287; Heidi M. Volk, “Automobiles-Refusals of Test, Admissibility: North Dekota’s Privilege Against Self-Incrimination as Applied to a Refusal to Submit to a Blood Alcohol Test”, **North Dekota Law Review**, Vol: 71, 1995, s. 828-829.

⁵²⁸ Ronald J. Allen, Kristin Mace, “The Self-Incrimination Clause Explained And Its Future Predicted”, **J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY**, Vol. 94, 2004, s. 264; Lushing, a.g.m., s. 1700; Dann, a.g.m., s. 596-605.

⁵²⁹ Schulhofer, a.g.m., s. 313-314; Amar-Lettow, a.g.m., s. 888 vd.

⁵³⁰ Schuster, a.g.m., s. 190; Kindhäuser, a.g.e., bölüm 2/25; İnci, a.g.m., s. 135-136.

⁵³¹ Vergi Usul Kanunu, Kabul: 04.01.1961, Kanun No: 213, Resmi Gazete Tarih: 10.01.1961, Sayı: 10705.

edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir.” hükmüne yer verilmiştir.

Burada, önceki bölümlerde ifade edildiği gibi henüz ortada bir suç şüphesi bulunmayan aşamada kanun hükmüyle belge teslimi mecbur tutulmaktadır. Öyle ki, içeriği kişi hakkında ceza soruşturmasına sebep olacak nitelikte de olsa, kişinin bu belgeleri arz etmek zorunluluğu cezai de bir yaptırıma bağlanarak perçinlenmiştir. Daha sonra ilgili belgenin bir ceza davasında kullanılmayacağına yönelik bir güvence de mevcut değildir. Bu açıdan VUK’ un ilgili hükmü, kişi kendi eliyle bu belgeleri teslimi zorunlu tutulduğundan susma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle iki kez Anayasa Mahkemesi’nin önüne gitmiştir.

Anayasa Mahkemesi konuyla ilgili ilk kararında, *“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 cezalarının yanında özgürlüğü bağlayıcı cezalar konulmasında hukuk devleti ilkesine aykırılık yoktur.”* gerekçesi ile ilgili hükmün Anayasa’ya aykırı olmadığına oy birliği ile karar vermiştir.⁵³²

Aynı hüküm birkaç sene sonra, bu kez susma hakkına aykırı olduğu iddiasıyla yeniden AYM’ nin önüne gitmiştir. AYM bu kez, devletin kamu hizmetlerini finanse edebilmek için bireyleri vergilendirmeye tabi tuttuğunu, vergi sisteminin de işler olabilmesi için vergi suç ve cezalarının mevcut olduğunu içeren uzun bir gerekçeye yer vererek, susma hakkının suçlanmayla başlayan bir hak olduğunu vurgulamış, vergilendirmeye alakalı teslim yükümlülüğüne aykırı davranmanın suç olarak düzenlenmesinin Anayasa’nın 38/5 maddesiyle ilgisi bulunmadığını tespit ederek,

⁵³² AYM, T. 11.03.2003, E. 2002/55, K. 2003/8, RG., 16.12.2003, S. 25318.

hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına oyçokluğu ile karar vermiştir.⁵³³ Konuya ilişkin karşı oy gerekçesinde de, Anayasa hükmünün susma hakkı açısından şüpheli veya sanık gibi bir daraltmaya gitmeyip, aksine yakınların da bu haktan yararlanabileceğini belirtmesi karşısında, Anayasa'da tanınan bir hakka, yorum ve içtihat yoluyla sınırlama getirilemeyeceği belirtilmiştir.⁵³⁴

Bu konuda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Yaltı' ya göre, vergi yükümlüsünün susma hakkı, defter ve belge vermeye ilişkin de bir koruma yaratır.⁵³⁵

Susma hakkının ölçüsünü zorlama kavramıyla yorumlayan yazar, VUK' un ilgili

⁵³³ AYM., E. 2004/31, K. 2007/11, T. 31.01.2007, RG., 18.05.2007, S. 26526. “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. 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. İbraz konusu kural ile herkesin geliri oranında vergiye katılmasının 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.”

⁵³⁴ AYM., E. 2004/31, K. 2007/11, T. 31.01.2007, Osman Ali Feyyaz Paksüt'ün Karşıoy gerekçesinden: “...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.”

⁵³⁵ Billur Yaltı, **Vergi Yükümlüsünün Hakları**, İstanbul, Beta, Eylül 2006, s. 139-140.

hükümlerinde belirlenen cezai müeyyidelerin bu konuda birer zorlama teşkil edeceğini ve dolayısıyla susma hakkını ihlal eder mahiyette olduklarını belirtir.⁵³⁶ Donay ise, susma hakkı ile kamu düzeninin sağlanması arasında bir denge kurmak gerektiğinde, belge gizlemenin bir hak olarak değil de, suçtan kaçınmak olarak yorumlandığı takdirde Anayasa'ya aykırı olmayacağı kanaatindedir.⁵³⁷ Candan ise, mükellefin vergi kaçırdığına veya bir başka vergi suçu işlediğine dair şüphe varsa ve bunun üzerine ilgili defter ve belgeler isteniyorsa, susma hakkının bu halle sınırlı olarak uygulanması halinde bir denge sağlanacağı görüşünü ortaya koyar.⁵³⁸ Başaran Yavaşlar, ibraz ödevini yerine getirmek üzere mükellefe hiçbir yaptırım uygulamamanın, defter düzenleme, saklama ve istendiğinde verme yükümlülüklerinin adeta mükellefin keyfine bırakmak anlamına geleceğini savunur.⁵³⁹ Şenyüz, belge gizleme susma hakkının bir uzantısı olarak görülecek olursa, defter ve belge sistemi olmaksızın vergilendirme sisteminin de çökeceğini, bazı suçların ortaya çıkarılması için belgeler adeta tek yol olduğundan, vergi suçlularının böyle bir yorumla hukuken korunur hale getirileceği ve kamu düzeni bakımından bunun çok sakıncalı olduğunu ifade eder.⁵⁴⁰ Ancak Anayasa'nın açık hükmü karşısında defter gizleme suçlarının kişinin kendisini suçlamaya zorladığını, AY 38/5 in mutlak yapısı karşısında çözümün, ibraz mecburiyetinin ceza değil, kabahatler hukuku kapsamında ele alınmasıyla olacağını belirtir.⁵⁴¹ Üstün de, benzer şekilde, Türk vergi sistemi mükellefin beyanına dayandığından, bu beyana itibar edilebilmesi için kontrollerin yapılmasını ve yaptırımların öngörülmesini gerekli bularak, çareyi, cezai yerine idari yaptırım düzenlemesinde görmektedir.⁵⁴² İtişgen' e göre de, Anayasanın geniş düzenlemesi karşısında susma bir hak olarak değerlendirildiğinde, gizleme suçlarına ilişkin bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edeceğinden, ya AHİS ve Alman Anayasası'nda olduğu gibi Nemo Tenetura dair açık bir düzenlemeye yer verilmemeli, ya da söz konusu hak, Amerikan Anayasası'ndaki gibi beyan delilleriyle sınırlı tutulmalıdır.⁵⁴³

⁵³⁶ Yaltı, a.g.e., s. 143-144.

⁵³⁷ Süheyl Donay, **Ceza Mahkemelerinde Yargılanan Vergi Suçları**, İstanbul, Beta, 2008, s. 134-135.

⁵³⁸ Turgut Candan, "Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler", **İdari Ceza Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Seçkin, 2009, s. 276-277.

⁵³⁹ Funda Başaran Yavaşlar, "İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları", **Vergi Dünyası Dergisi**, Temmuz-2006, s. 299.

⁵⁴⁰ Doğan Şenyüz, "Susma Hakkı Karşısında Vergi Usul Kanunu'ndaki Defter Ve Belgeleri Gizleme (Kaçakçılık) Suçu", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 1, 2013 (Basım Yılı: 2014), s. 36-37.

⁵⁴¹ Şenyüz, a.g.m., s. 38.

⁵⁴² Ümit Süleyman Üstün, "Susma Hakkı Çerçevesinde Defter, Kayıt Ve Belgeleri Gizleme Suçu", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 3, 2011, s. 387.

⁵⁴³ İtişgen, a.g.e., s. 117.

Alman hukukunda bu mesele, Vergi Yasası⁵⁴⁴,nın açık hükmü ile aşılmış görünmektedir. Söz konusu hüküm vergi memurlarına ibraz edilen belgelerin, vergi ceza davaları dışında kalan ceza davalarında kullanılamayacağını düzenlemektedir. Alman Federal Yargıtayı da vergi yetkililerine eksik veya yanlış bilgi verenlerin cezalandırılmasını düzenleyen hükmün, kendini suçlandırmama hakkıyla çelişmediğini vurgulamaktadır.⁵⁴⁵

Amerikan Yüksek Mahkemesi belgelerin tesliminin ek beş bakımından ele alınması noktasında iki kez, devrim niteliğindeki kararlarla içtihat değiştirmiştir. 1976'ya kadar, belgeler arasında kişisel ve örgütsel olmak üzere ayırım yapılıyordu. Özel hayatın gizliliğinin korunması ve ticari suçluluğun önlenmesi gayeleriyle, şahsi belgeler istenemezken, kurumlara ait kayıtlar talep edilebiliyordu. Bu tarihe kadar, kendini suçlamaya karşı imtiyaz bakımından kişilerden belgelerin talep edilememesinde, özel hayat vurgusunun hakim olduğu görülmektedir.⁵⁴⁶

1976'da verilen köşe taşı *Fisher*⁵⁴⁷ kararı ile, ek beş bu geniş yorumundan arındırılarak lafzi yoruma tabi tutulmuş ve delilin özel hayat kapsamında kalması kriter olmaktan tamamen çıkartılıp, içeriğin oluşturulmasında zorlama olup olmadığı ölçütü getirilmiştir.⁵⁴⁸ Buna göre, eğer bir belge, gönüllü olarak oluşturuldu ise, devlet bunun teslimini zorunlu tutabilecektir.⁵⁴⁹ Ancak bu takdirde hala bir zorlama söz konusudur. Mahkeme, bu sorunu, belgelerin oluşturulması ve mahkemeye teslimi eylemleri arasında bir ayrıma gidip, neyin 'tanıklık' teşkil edeceği noktasında kriter getirerek aşmıştır.⁵⁵⁰ Bir mahkeme celbine cevaben belge sunmak, bu belgelerin varlığını, muhatabın nezdinde bulunduğunu ve sunulanların istenilen belgeler olduğunu teyit etmek anlamına geleceğinden, tanıklık için gerekli iletişimsel zihinsel süreci sağlamaktadır.⁵⁵¹ *Fisher*'in Amerikan ceza hukukuna kattığı diğer önemli tez,

⁵⁴⁴ Almanya, Abgabenordnung, Kabul: 16.03.1976, Yeniden Düzenleme ve Resmi Gazete Tarih: 01.10.2002, Sayı: S. 3866.

⁵⁴⁵ BGHSt 50, 299 (316 f.): NJW 2006, 925

⁵⁴⁶ (Yazar Belirtilmemiş), "Organizational Papers and The Privilege Against Self-Incrimination", **Harvard Law Review**, Vol. 99, January, 1986, s. 640-643; Ayrıca bkz. *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 634-635 (1886)

⁵⁴⁷ *Fisher v. United States*, 425 U.S. 391 (1976)

⁵⁴⁸ Organizational Papers and The Privilege Against Self-Incrimination, s. 640-644.

⁵⁴⁹ Act of production doctrine

⁵⁵⁰ Cole, Lance, "The Fifth Amendment and Compelled Production of Personal Documents After United States v. Hubbell-New Protection for Private Papers?", **AM. J. CRIM. L.**, Vol. 29, (2002), s. 146 vd.

⁵⁵¹ Cole, a.g.m., s. 146; Organizational Papers and The Privilege Against Self-Incrimination, 645 vd.

kaçınılmaz son (*foregone conclusion*) istisnasıdır. Buna göre, eğer devlet zaten söz konusu belgelerin varlığı ve sanığın nezdinde bulunduğunu sanık teslim etmeden önce biliyorduyorsa, artık bu belgenin teslimi ek beşi ihlal etmeyecektir. Söz konusu davada da istenen belgelerin var olduğu halihazırda yargılama makamlarınca bilindiğinden, belgeleri sunmak tanıklık kapsamında sayılmamış, sanık da tanıklığa zorlanmış olmadığı için ek beşe aykırılık söz konusu olmamıştır.⁵⁵²

Yirmi beş yıl sonra bu yaklaşım *Hubbell*⁵⁵³ içtihadıyla köklü bir değişiklik geçirmiştir. Kaçınılmaz son istisnasına ‘makul belirlilik’ (*reasonable particularity*) şartı getirilmiştir. Yani savcılık talep edilen belgelerin var olduğunu, geçerli olduğunu ve yerini net olarak gösterebilmelidir. Bir diğer deyişle, mahkeme belgelerin tesliminden bilmediği yeni bir şey öğrenmemelidir.⁵⁵⁴

Fisher davası gönüllü oluşturulan belgelerin içeriklerini, zorla meydana getirilmedikleri için ek beş koruması dışında tutmuştur. Öyle ki, ne kadar özel hayata ilişkin ve suçlayıcı da olsalar, kişilerin günlükleri dahi teslim zorlanabilir olmuştur. Ancak *Hubbell* ile getirilen makul belirlilik şartı ile tam anlamıyla olmasa da en azından kişisel ve özel belgelerden çoğunlukla devlet önceden haberdar olamayacağından, 1976 öncesi içtihadı kısmi bir dönüş yapılmış görünmektedir. Zira dolaylı yoldan da olsa, özel hayata dair içeriklere de böylece bir koruma getirilmiş olmaktadır⁵⁵⁵.

Yine belirtilmelidir ki, *Hubbell* davasına kadar geçen *Fisher* sonrası sürede, makul belirlilik şartı aranmadığı ve kaçınılmaz son istisnası genel bilgilere dayanılarak uygulandığı için, savcılar mahkemeye belge talep celbi düzenlemek suretiyle kolaylıkla bu delillere ulaşabilmiştir. Böylece ek dördün belge arama ve elkoymalar için aradığı ‘geçerli sebep’ (*probable cause*) ve ‘belirlilik’ (*particularity*) şartlarını sağlamak için uğraşa girmemişlerdir. Ancak *Hubbell*’ in getirdiği kriterler de benzer

⁵⁵² Zira Amerikan hukukunda, beyansal delil dışında kalan fiziksel deliller ek beş çerçevesinde korunmamakta ve zorla alınabilmektedir. Bkz. *Organizational Papers and The Privilege Against Self-Incrimination*, 645 vd.; Geyh, a.g.m., s. 612 vd.; *Sonsteng-Moyland*, a.g.m., s. 287 vd.

⁵⁵³ *Hubbell v. United States*, 530 U.S. 27, 35-36 (2000)

⁵⁵⁴ Cole, a.g.m., s. 159. Elbette belge içerikleri, mahkemelerin önceden bilmediği verileri haiz olabilir. Burada tartışılan teslim hareketinin susma hakkıyla çelişip çelişmediğidir. Teslimin kendi başına ne ifade ettiğidir. Örneğin her işletmede tutulan/tutulması gereken gelir-gider kayıtları ya da finansal kayıtlar makul belirlilik şartını sağlamaz. ‘Her işletmede olduğu gibi dava konusu şirkette de muhasebe kayıtları vardır/olmalıdır’ gerekçesi devletin önceki bilgisine işaret etmez.

⁵⁵⁵ Cole, a.g.m., s. 191-192.

zorluk arz ettiğinden belgeler yönünden ispat yükü savcılık aleyhine ağırlaştırılmıştır.⁵⁵⁶

Bir diğer tartışma, devletin idari amaçlarla kişileri tutmakla yükümlü kıldığı zorunlu kayıtlar doktrini (*required records*) üzerinde gerçekleşmektedir. Mahkemelerce bu konuda henüz net bir tutum oluşturulmamış olmasına rağmen, genel eğilim zorunlu kayıtların ‘imtiyazsız’ (*non-privileged*) olduğu yönündedir.⁵⁵⁷ Bir belgenin zorunlu kayıttan sayılması için ise, içerik itibariyle kamusal yönünün ağır basması ve kaydı tutmaktaki zorunluluğun özü itibariyle cezai olmayan/ ceza dışı düzenleyici bir amaçtan ileri gelmesi gerekmektedir.⁵⁵⁸

Türk hukukundaki tartışmayı Amerikan içtihatları çatısında yorumlamak gerekirse, VUK 359/a ve mevzuattaki benzer hükümler⁵⁵⁹ zorunlu kayıtlar doktrinine paralellik arz eder görünmektedir. Zira bu maddelerde ibrazı istenen belgeler kamusal yönü ağır basan, vergi sisteminin işlerliği için idari alanda düzenleyici amaçla tutulması mecbur olan kayıtlardır. Kaldı ki, zorunlu kayıt kapsamına sokulmasa dahi, ilgili hükümde geçen “*varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretler ile sabit olduğu halde*” ibaresi, devletin var olduğunu bildiği kaydın ibrazı ‘tanıklık’ addedilemeyeceğinden susma hakkına aykırı olmayacaktır. Ancak Türk hukukunda, kişinin aleyhine delilleri vermeye zorlanamamasını düzenleyen Anayasa hükmü kendini suçlamaya karşı imtiyazı beyan deliliyle sınırlamadığından böyle bir çıkarıma engel olmaktadır.

AIHM’in belge teslimi noktasındaki görüşünü dört karar üzerinden iki yönlü değerlendirmek mümkündür. Bir tarafta, *Funke* ve *J.B.*⁵⁶⁰ kararları bulunmaktadır. Bu kararların ortak noktası, başvuruçuların haklarında cezai soruşturma yürütülüyor olması ve bu kapsamda kendilerini suçlayıcı belgeleri teslim zorlanmalarıdır. Vergi kaçırmaya dair başvuruçular hakkında yapılan araştırmalarda, başvuruçular yetkililerin kendilerinden talep ettikleri belgeleri ibraz etmedikleri için yaptırımlara (ceza mahkumiyeti ve yüksek idari para cezası) tabi tutulmuşlardır. Bunun sonucunda

⁵⁵⁶ Ibid., s. 169-181.

⁵⁵⁷ *Saphiro v. United States*, 335 U.S. 1 (1948).

⁵⁵⁸ Amar-Lettow, a.g.m., s. 869-872; *Marchetti v. United States*, 390 U.S. 39 (1968).

⁵⁵⁹ Bkz. 6362 s. Kanun, m. 87; 5411 s. Kanun, m. 153; 3628 s. Kanun (Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanun, Kabul: 19.04.1990, Kanun No: 3628, Resmi Gazete Tarih: 04.05.1990, Sayı: 20508) m. 4.

⁵⁶⁰ AIHM, “*J.B. v. Switzerland*”, 03.05.2001, (Başvuru No: 31827/96), <https://hudoc.echr.coe.int>

da aleyhine yürütülen cezai takibata katkıda bulunma yükümlülükleri olmadığından bahisle AİHM, 6/1 maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵⁶¹

Diğer tarafta ise, *Allen ve Abas*⁵⁶² kararları ortada bir ceza soruşturması olmadığı takdirde belge tesliminin kendini suçlandırmaya karşı imtiyaz kapsamında değerlendirilemeyeceğini tespit etmiştir. *Abas* kararında, kanunen vergi müfettişine bilgi vermekle yükümlü olan başvuru, ikamet bilgisine dair verdiği dilekçenin, daha sonra hakkında açılan vergi ceza davasında kullanılmasının susma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AİHM ise vergi müfettişinin belge talebinin, tamamen doğru kayıt tutmaya ilişkin mali amaçlı olduğunu ve sonradan ceza yargılamasında kullanılsa da cezai sorumluluğu tespit amacına yönelmediğini belirtmiştir. Somut olayda vergi müfettişlerince gerçekleştirilen idari soruşturmayı adil yargılama kriterlerine bağlamanın mali otoritelerin faaliyetlerini kamu çıkarı aleyhine baltalayacağı endişesini de vurgulamıştır. Sonuç olarak Mahkeme, açıkça dayanaktan yoksun olduğu için başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁵⁶³ *Allen* kararında ise, vergi dairesine malvarlığı hakkında yanlış bildirimde bulunan başvuru hakkında cezai soruşturma başlatılmıştır. Başvuru, bu durumun susma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, başvurunun kendini suçlamaya zorlanmadığını bilakis yanlış bildirimünün bir suç teşkil ettiğini belirtmiş, susma hakkının ticari ve mali meselelerde cevap verme yükümlülüğünden kaçınma ya da idari soruşturmalardan muaf olma şeklinde yorumlanamayacağını vurgulamıştır.⁵⁶⁴

Funke kararına yazılmış mutabık görüşte de açıkça belirtildiği gibi, vergilendirme ve gümrük alanında çıkarılan yasa hükümleri, belli bazı belgelerin ibrazını yükümlü tutabilir ve bunun belli süre içinde yerine getirilmemesini yaptırıma bağlayabilir. Bu gibi kurallar hemen her Avrupa ülkesi mevzuatında mevcuttur. Söz konusu yasal zorlama kendi başına adil yargılanma ilkesine aykırı düşmez. Ancak somut davada hakkında cezai soruşturma başlatılan bir şüpheliden belge talep edip adeta ispat yükünü ona yüklemek susma hakkıyla bağdaşır olmaktan çıkmıştır.⁵⁶⁵

⁵⁶¹ “*Funke v. France*”, para. 44; “*J.B. v. Switzerland*”, paras. 63-71.

⁵⁶² AİHM, “*Abas v. Netherlands*”, 26.02.1997, (Başvuru No: 27943/95), <https://hudoc.echr.coe.int>

⁵⁶³ Ayrıca bkz., AİHM, “*Fayed v. The United Kingdom*”, 21.09.1994, (Başvuru No: Series A no. 294-B), para. 62, <https://hudoc.echr.coe.int>

⁵⁶⁴ AİHM, “*Allen v. The United Kingdom*”, 10.09.2002, (Başvuru No. 76574/01), <https://hudoc.echr.coe.int>

⁵⁶⁵ *Funke*, Yargıç Matscher’ in Mutabık Görüşü.

2.5.2. Kimlik Bilgileri

Kişinin kimlik bilgilerini vermesinin susma hakkını ihlal edip etmeyeceği yönünde üç yaklaşım söz konusudur.

Birinci görüşe göre, kişi kimliği hakkında susma hakkına sahip değildir.⁵⁶⁶ Nitekim, PVSK 4/A maddesinde polisin durdurup soru sorma yetkisi düzenlenmiştir.⁵⁶⁷ Ayrıca, CMK 147/1-a kapsamında ifade ve sorgudan önce şüpheli ya da sanığın kimliği saptanır ve şüpheli veya sanık, kimliği hakkında sorulan sorulara doğru cevap vermekle yükümlüdür.⁵⁶⁸ Ayrıca, Kabahatler Kanunu'nun 40. maddesinde de, görevle bağlantılı olarak sorulması halinde kişinin kamu görevlisine kimliği ile ilgili bilgi vermesi gerektiği, aksi halde idari para cezasına çarptırılacağı, kimliği açık şekilde belirlenene kadar da gözaltına alınabileceği ve gerekirse tutuklanabileceği düzenlenmiştir.⁵⁶⁹ Polis merkezlerinde alınan ifadelerde de, kişilere, kimlikleri hakkında doğru cevap vermezlerse cezai kovuşturmalara tabi

⁵⁶⁶ Özgenç, a.g.m., s. 133-138; Krey, a.g.e., para. 327; Kramer, a.g.e., para. 30; Özbek et al., a.g.e., s. 243; Öztürk et al., a.g.e., s. 241; Yenisey-Nuhoglu, a.g.e., s. 604.

⁵⁶⁷ "(1) Polis, kişileri ve araçları; (...) b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek, (...)

(3) Polis, durdurduğu kişiye durdurma sebebini bildirir ve durdurma sebebine ilişkin sorular sorabilir; kimliğini veya bulundurulması gerekli diğer belgelerin ibraz edilmesini isteyebilir. (...)

(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 anlaşılmıncaya kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır. Gözaltına ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usulü 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."

⁵⁶⁸ CMK 147/1-a: "Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür."

⁵⁶⁹ "(1) Görevle bağlantılı olarak sorulması halinde kamu görevlisine kimliği veya adresiyle ilgili bilgi vermekten kaçınan veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişiye, bu görevli tarafından elli Türk Lirası idarî para cezası verilir.

(2) Açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet savcısı haberdar edilir. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılmıncaya kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır. Gözaltına ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usulü bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır.

(3) Kişinin kimliğinin belirlenmesi durumunda, bu nedenle gözaltına alınma veya tutuklanma haline derhal son verilir."

tutulabilecekleri belirtilir.⁵⁷⁰ Tüm bu kanun hükümleri, doktrin görüşleri ve uygulamalar, Türk hukukunda kimlik bilgileri bakımından susma hakkının kabul görmediğini ortaya koymaktadır.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 136. maddesi ve çoğunluk doktrin görüşüne göre de susma hakkı olay ve suçlamalara ilişkin olup, kimlik bilgilerini kapsamaz.⁵⁷¹ Ayrıca, Düzene Aykırılıklar Kanunu 11. maddesi gereği de kişi kimlik ve adres bilgilerine ilişkin bilgi vermeyi reddetmesi ya da yanlış bilgi vermesi halinde idari para cezasına çarptırılır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi de trafik kazalarında kimlik bilgisi vermeden olay mahallinden uzaklaşan kişilerin cezalandırılmasına ilişkin kanunu, kamusal ihtiyaçlar ve bireysel çıkarlar dengelenmesinde değerlendirerek, susma hakkına aykırı bulmamıştır.⁵⁷² Ayrıca doktrinde de kişinin anonim kalma ya da kimlik gizleme gibi bir hakkının olmadığından bahisle, kimliği hakkında sorulara cevap vermenin susma hakkını ihlal etmeyeceği belirtilmektedir.⁵⁷³

AİHM de kimlik bilgilerinin verilmesine dair bir zorlama olsa dahi, trafik düzeninin ihlali hallerinde sürücülerin idare hukukundan doğan birtakım yükümlülüklerinin olduğu değerlendirmesini yaparak, polise kimliğini bildirmeyen ya da yanlış bildirimde bulunan kişilerin cezalandırılmasını susma hakkına aykırı görmemiştir.⁵⁷⁴

Bu konudaki ikinci görüş, kimlik bilgilerinin de susma hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini savunur. Örneğin kişi aranıyorsa ya da hakkında yakalama kararı varsa, kimliğini bildirmek aleyhine olacaktır.⁵⁷⁵ Kimlik bilgisi, kişinin geçmiş, sosyal yaşamı, aile ilişkileri, akli dengesi ve sağlık durumu hakkında da

⁵⁷⁰ Rifat Çulha, Fahrettin Demirağ, Ayşe Nuhoğlu, Salih Oktar, Durmuş Tezcan, **Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı**, Ed. Feridun Yenisey, 3. Baskı, Ankara, TBB Yayınları, 2018, bölüm. C31.

⁵⁷¹ Putzke – Scheinfeld, a.g.e., para. 121; Hartmann – Schmidt, a.g.e., para. 125.

⁵⁷² *California v. Byers*, 402 U.S. 424 (1971).

⁵⁷³ Bilalli-Zendeli, a.g.m., s. 162.

⁵⁷⁴ AİHM, "*O'Halloran and Francis v. The United Kingdom*", 29.06.2007, (Başvuru No'ları 15809/02 ve 25624/02), para. 62; "*Luckhof ve Spanner v. Austria*", 10.01.2008, (Başvuru No. 58452/00; 61920/00), paras. 57-58; "*Weh v. Austria*", 08.04.2004, (Başvuru No. 38544/97), paras. 52-56; "*Rieg v. Austria*", 24.03.2005, (Başvuru No. 63207/00), paras. 31-32, <https://hudoc.echr.coe.int>

⁵⁷⁵ Joseph R. Ashby, "Declining to State A Name In Consideration Of The Fifth Amendment's Self-Incrimination Clause and Law Enforcement Databases After Hiibel", **Michigan Law Review**, Vol. 104, February 2006, s. 784.

bilgilere ulaşılmasını sağlayacağından⁵⁷⁶, kolluğun, şüphelendikleri kişiyi böylece gerekirse yakınlarıyla da irtibat kurarak rahatlıkla araştırmasına ve şüphelerini yenmesine yardımcı olacaktır.⁵⁷⁷ Dolayısıyla basit bir bilgidен yola çıkılarak kişinin daha zor durumda kalmasını sağlayan, hakkında şüphenin kuvvetlenmesine yarayan bilginin bizzat sanıktan alınması, susma hakkıyla çelişecektir.⁵⁷⁸ Ayrıca, iddianame düzenlenebilmesi ve sanığın yargılanabilmesi için, ferdin belirlenebilmesinin de Türk hukukunda mümkün olduğu, dolayısıyla kimlik bilgileri açısından da susma hakkının tanınabileceği belirtilmektedir.⁵⁷⁹ Susma hakkının arz ettiği önem dikkate alındığında, kimliği de kapsar nitelikte yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁸⁰

Üçüncü ve son görüş ise, eğer kimliğini bildirmek kendini suçlama anlamına gelecekse, susma hakkının tanınması gerektiğini savunur.⁵⁸¹ Zira somut bazı hallerde, kimliğini bildirmek kendini suçlama anlamına gelebilecekse, idare ya da ceza kanunlarına göre üstün nitelikteki anayasal hak olan susma hakkı ağır basabilir ve uygulanması gerekebilir.⁵⁸²

2.5.3. Parmak İzleri

Parmak izi insanların parmak uçlarında yer alan girintili çıkıntılı yapıları ifade eder.⁵⁸³ Parmak izleri her insanda farklılık arz eden, değişmez nitelik taşıdığından kişilerin teşhisinde kullanılır.⁵⁸⁴ Bunun bir nevi hüviyeti tespit niteliği taşıdığı ifade edilmektedir.⁵⁸⁵ PVSİ m. 5⁵⁸⁶ hükmünde polisin genel olarak parmak izi alma yetkisi,

⁵⁷⁶ Yıldırım, a.g.m., s. 692.

⁵⁷⁷ Polis, bilgi bankasından kişinin sabıkasına, başka suçla olan bağlantılarına ve daha pek çok bilgiye ulaşarak şüphesini artırır, bkz. Ashby, a.g.m., s. 799-811.

⁵⁷⁸ Toprak, Şüphelinin, s. 263.

⁵⁷⁹ Centel-Zafer, a.g.e., s. 515.

⁵⁸⁰ Eser, a.g.m., s. 325; Evik, a.g.m., s. 48.

⁵⁸¹ Roxin-Schünemann, a.g.e., bölüm. 25/6; Demirbaş, a.g.e., s. 131; Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 106-108; İtişgen, a.g.e., s. 148

⁵⁸² Roxin-Schünemann, a.g.e., bölüm. 25/6; Demirbaş, a.g.e., s. 131.

⁵⁸³ Aydın, a.g.e., s. 241.

⁵⁸⁴ Yenisey-Nohoglu, a.g.e., s. 653.

⁵⁸⁵ Dolayısıyla da susma hakkını ihlal eder boyutu bulunmamaktadır yönünde bkz. Ali Ersin, "Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü", **CHD**, Y: 6, S:16, Aoustos 2011, s. 203.

⁵⁸⁶ "Polis;

a) Gönüllü,

b) Her çeşit silah ruhsatı, sürücü belgesi, pasaport veya pasaport yerine geçen belge almak için başvuruda bulunan,

c) Başta polis olmak üzere, genel veya özel kolluk görevlisi ya da özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilen,

CMK m. 81⁵⁸⁷, de ise şüpheli ve sanığın parmak izini de kapsayan fizik kimliğinin tespiti düzenlenmiştir. Parmak izinin gönüllü olarak verildiği hallerde zorlama unsuru mevcut olmadığından susma hakkı bakımından bir problem ortaya çıkamayacaktır.⁵⁸⁸

Amerikan mahkeme kararlarında, parmak izi elde etmek için kişinin zorlanmasının ek beşe aykırı olmadığı, parmak izini vermek üzere karakola gelmeyi taahhüt eden kişinin sonradan bundan vazgeçmesinin suçluluk bilincini gösterir emare olarak değerlendirilmesinin de susma hakkını ihlal etmediği belirlenmiştir.⁵⁸⁹

Doktrinde, kişiden zorla alınan parmak izleri ile olay yerinde bulunanların kıyaslanması ile, ‘olay yerinde bulunuyor muydun?’ sorusuna cevap vermesi için zorlanması arasında bir fark bulunmadığı, dolayısıyla parmak izi vermenin de suçlayıcı nitelikte olabildiği belirtilmektedir.⁵⁹⁰ Ancak mesele, işlemin suçlayıcı

ç) Türk vatandaşlığına başvuruda bulunan,

d) Sığınma talebinde bulunan veya gerekli görülmesi halinde, ülkeye giriş yapan sair yabancı,

e) Gözaltına alınan, kişilerin parmak izini alır.

Birinci fıkraya göre alınan parmak izi, ait olduğu kişinin kimlik bilgileri ile birlikte, ne zaman ve kim tarafından alındığı belirtilmek suretiyle, bu amaca özgü sisteme kaydedilerek saklanır. Ancak, parmak izinin hangi sebeple alındığı sisteme kaydedilmez.

Olay yerinden elde edilen ve kime ait olduğu henüz tespit edilemeyen parmak izleri, kime ait olduğu tespit edilinceye kadar, ilgili soruşturma dosya numarası ile birlikte sisteme kaydedilir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 81 inci maddesi ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 21 inci maddesi hükümlerine göre alınan parmak izleri de bu sisteme kaydedilir.

(a) bendi hariç birinci fıkra ile dördüncü fıkra kapsamına giren kişilerin ayrıca fotoğrafları alınarak, ikinci fıkrada belirlenen esaslara uygun olarak parmak izi ile birlikte sisteme kaydedilir.

Bu sistemde yer alan bilgiler, kimlik tespiti, suçun önlenmesi veya yürütülmekte olan soruşturma ve kovuşturma kapsamında maddî gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla mahkeme, hâkim, Cumhuriyet savcısı ve kolluk tarafından kullanılabilir.

Kolluk birimleri, kimlik tespiti yapmak ya da olay yerinden alınan parmak izini karşılaştırmak amacıyla doğrudan bu sistemle bağlantı kurabilir.

Sistemde kayıtlı bilgilerin hangi kamu görevlisi tarafından ve ne amaçla kullanıldığının denetlenebilmesine imkân tanıyan bir güvenlik sistemi kurulur.

Sistemde yer alan kayıtlar gizlidir; altıncı ve yedinci fıkralarda belirlenen amaçlar dışında kullanılamaz.

Sisteme kayıtlı olan parmak izi ve fotoğraflar, kişinin ölümünden itibaren on yıl ve her halde kayıt tarihinden itibaren seksen yıl geçtikten sonra sistemden silinir.

Parmak izi ile fotoğrafların sistemde kaydedilmesi ve saklanması ile bu kayıtlardan yararlanmaya ilişkin diğer esas ve usûller, İçişleri Bakanlığı tarafından Adalet Bakanlığının görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

⁵⁸⁷ “(1) Üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın, kimliğinin tespiti için gerekli olması halinde, Cumhuriyet savcısının emriyle fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur.

(2) Kovuşturmayla yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde söz konusu kayıtlar Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus tutanağa geçirilir.”

⁵⁸⁸ Aydın, a.g.e., s. 241.

⁵⁸⁹ United States v. Wade, 388 U.S. 218, 223 (1967); Commonwealth v. Cankey, 714 N.E. 2d 343, (1999)

⁵⁹⁰ Aydın, a.g.e., 245.

niteliği veya söz konusu iki yöntemle aynı sonuca varılabilmesi değildir. Kişiyi konuşmaya zorlamak, aktif davranışla kendi aleyhine delil vermesini sağlamak anlamına gelir. Ancak Alman hukukunda da kabul edildiği üzere, parmak izi kişinin vücudunun teknik delil olmasıyla alakalı bir veri olup, pasif katılımı verilmesi dolayısıyla, zorla dahi alınsa, susma hakkını zedelemeyecektir.⁵⁹¹ Alman Yargıtayı'nın, şüphelinin polis merkezinde fotoğraflarının çekilmesi için belli hareketleri (yan durmak, kameraya bakmak vb.) yapmasının ceza muhakemesi işlemine aktif katılma anlamına gelmediğine hükmeden kararları⁵⁹² da bu tutumu desteklemektedir. Zira pasif katlanma yükümlülüğünde şüphelinin bedeni aktif bir davranışa zorlanmamakta, 'muayene objesi' (*Augenscheinbeweis*) olarak yetkililerin incelemesine sunulmaktadır.⁵⁹³

Alman hukukunda, akıllı telefonların şüpheliye açtırılması kendini suçlamaya karşı imtiyaz bakımından tartışılmıştır.⁵⁹⁴ Muhafaza altına alma ve elkoyma tedbirleri, bilgisayarlarda arama, kopyalama ve elkoymayı da kapsayacak şekilde AlmCMK m. 94'de düzenlenmiştir. Dolayısıyla telefonlara da el konulup, şifreleri kırılmak suretiyle içindeki delillere ulaşmak mümkün ve meşrudur. Ancak, bu şifreyi susma hakkını hatırlatmaksızın şüpheliden istemek ya da söylemeye zorlamak yasak yöntem sayılacaktır.⁵⁹⁵ Oysa iris tanıma, yüz tanıma ya da parmak izi tanıma ile açılabilen telefonlar için, şüphelinin parmağını telefona dayamak, gözünü veya yüzünü okutmak mümkün kabul edilmelidir. Çünkü burada aktif davranış değil, pasif katlanma vardır. Dolayısıyla susma hakkı ihlal olmayacaktır.⁵⁹⁶

⁵⁹¹ Roxin-Schünemann, a.g.e., bölüm. 25/1; Demirbaş, a.g.e., s. 87; Schuster, a.g.m., s. 190; AlmCMK, m. 81b.

⁵⁹² BGH, Beschl. v. 16.9.1992- 3 StR 413/92 (LG Kiel), **NStZ** 1993, s. 47-48; BVerfG, Beschl. v. 27.9.1982 - 2 BvR 1199/82, **NStZ** 1983, s. 84; BGH, Beschl. v. 8.7.1985 - 3 StR 69/85 (OLG Stuttgart), **StV** 1985, s. 397.

⁵⁹³ BGHSt 5, 332 (336); **NJW** 1954, 649.

⁵⁹⁴ Maik Bäumerich, "Verschlüsselte Smartphones als Herausforderung für die Strafverfolgung", **NJW**, 2017, 2721.

⁵⁹⁵ Bäumerich, a.g.m., s. 2720.

⁵⁹⁶ Ibid., s. 2721.

2.5.4. Teşhis

Teşhis, şüphelinin kendisinin veya fotoğraflarının, suç mağduruna ya da tanığa gösterilmesi suretiyle tanınmasının sağlanması olarak tanımlanabilir.⁵⁹⁷ Teşhis işleminin uygulanması PVSK Ek m. 6/9 vd.⁵⁹⁸ fıkralarında gösterilmiştir. Doktrinde hakim görüş, teşhis işlemi sırasında şüphelinin pasif, teşhis edenin aktif konumda olduğu, dolayısıyla şüphelinin bu işleme katlanma yükümlülüğünün olduğu yönündedir.⁵⁹⁹

Bu işlem sırasında, şüphelinin belli şekilde durması istenebileceği gibi, elinde bir tabela tutması, belli kıyafetleri giymesi, hatta saçını ve sakalını belli tarzda kestirmesi/şekillendirmesi de imkan dahilindedir.⁶⁰⁰ Ancak aktif davranış gerektiren bu hareketleri şüphelinin yapmayı reddetmesi halinde durum susma hakkı bakımından nasıl bir görünüm arz edecektir? Berlin Yüksek Mahkemesi'nin 1979 tarihli bir kararına⁶⁰¹ konu olan olayda da şüphelilerin saç ve sakal tıraşı iradelerine aykırı olarak ve zor kullanılarak değiştirilmiş, şüpheliler teşhise engel olabilmek için direnmişler, polis bu dirençlerini kırarak işlemi gerçekleştirmiştir. Burada mahkeme, şüphelilerin teşhis işlemine katlanma yükümlülüğünün bulunduğunu belirlemiş, şüphelinin tanınması amacıyla yapılan olaydaki teşhis işleminde polisin, şüphelileri aktif davranışta bulunmaya zorlamadığını, sadece pasif katlanma yükümlülüğünü yerine getirmeye çalıştığını belirtmiş, dolayısıyla teşhis işlemini hukuka aykırı bulmamıştır.

⁵⁹⁷ İnci, Z. Özen, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis", **TBB Dergisi**, S: 85, Kasım-Aralık 2009, s.107

⁵⁹⁸ "Polis, olaydaki failin, gözaltına alınan şüpheli ile aynı kişi olup olmadığının belirlenmesi bakımından zorunlu olması halinde, Cumhuriyet savcısının talimatıyla teşhis yaptırabilir.

Tanıklıktan çekinebilecek olanlar, teşhiste bulunmaya zorlanamaz.

İşleme başlanmadan önce, teşhiste bulunacak kişinin faili tarif eden beyanları tutanağa bağlanır.

Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin birden fazla ve aynı cinsten olması, aralarında yaş, boy, ağırlık, giyinme gibi görünüşe ilişkin hususlarda benzerlik bulunması gerekir. Teşhis için gerekli olması halinde, şüphelinin görünüşü ile ilgili gerekli değişiklikler yapılabilir. Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin her birinde, teşhis sırasında bir numara bulundurulur.

Teşhiste bulunan kişi ile teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin birbirini görmemesi gerekir.

Teşhis işlemi en az iki kez tekrarlanır ve teşhiste bulunması istenen kişiye, şüphelinin teşhis edilecek kişiler arasında yer almayacağı hatırlatılır.

Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin, bu işlem sırasında birlikte fotoğrafları çekilerek veya görüntüleri kayda alınarak, soruşturma dosyasına konur.

Şüphelinin fotoğrafı üzerinden de teşhis yaptırılabilir. Ancak tek bir fotoğraf veya aynı kişinin farklı fotoğrafları üzerinden teşhis yaptırılamaz. Değişik kişilerin fotoğraflarının aynı büyüklük ve özellikte olmaları gerekir.

Teşhis işlemi tutanağa bağlanır."

⁵⁹⁹ İnci, Katlanma, s. 144; Rogall, a.g.e., s. 57; Buchholz, a.g.e., s. 278; Kasiske, a.g.m., s. 18.

⁶⁰⁰ İnci, Katlanma, s. 144; PVSK ek 6/12.

⁶⁰¹ KG Berlin, Beschl. v. 4.5.1979 - (1)1 StE 2/77 (130/77), **NJW** 1979, s. 1668.

Ancak bu karar eleştirilmiş, her ne kadar bu işleme kişi zorlanabilecekse de bunun fiziksel olarak değil, örneğin idari bir yaptırımla olmasının insan onuruna daha uygun olacağı ifade edilmiştir.⁶⁰²

Kısaca kişinin teşhis edilmesi işleminin zorla dahi yaptırılsa susma hakkına aykırılık oluşturmadığı söylenebilir.⁶⁰³ Ancak yazı ve ses teşhisinin, tıpkı alkolmetreye üfleme ve tükürük testinde olduğu gibi aktif katılım gerektirdiğinden susma hakkı kapsamında korunması gerektiği de iddia edilmektedir.⁶⁰⁴ Alman Yargıtayı, mağdurun, yan odada ifadesi alınan şüphelinin sesinden onu teşhis ettiği bir olayda, kişinin aktif olarak kendini suçlamasına yanıltılarak sebebiyet verildiği için, mağdurun tanıklığına geçerlilik tanınmasını hukuka aykırı bulmuştur.⁶⁰⁵ Ancak burada, mesele daha çok yasak sorgu yöntemleri maddesi çerçevesinde aldatma bakımından ele alınmış, akustik teşhisin tamamen yasaklı olmadığına, 136/a'ya aykırı olmadığı sürece, ses teşhisinin mümkün olduğunun da altı çizilmiştir.⁶⁰⁶

2.5.5. Keşif ve Yer Gösterme

Keşif, hakimın dava konusu olayla ilgili delilleri, olay yerini, olayda kullanılan araçları, olayın meydana geliş sürecine dair beş duyusu ile gerçekleştirdiği araştırmadır.⁶⁰⁷ Niteliği itibariyle bir delil değerlendirme aracı olan keşif, delil elde amacına da sahip olabilir.⁶⁰⁸

Yer gösterme ise, şüpheli tarafında suçun gerçekleştirildiği, suçla ilgili iz ve eserlerin bulunduğu yerlerin gösterilmesi ve kendisine isnat edilen eylemin nasıl gerçekleştirildiğinin uygulamalı olarak açıklanması işlemidir.⁶⁰⁹ Doktrinde yer gösterme işlemini keşfin bir türü⁶¹⁰ olarak niteleyenlerin yanında, onu bir doğrulatma

⁶⁰² İnci, Katlanma, s. 146.

⁶⁰³ Demirbaş, a.g.e., s. 155; Centel-Zafer, a.g.e., s. 171.

⁶⁰⁴ Krey, a.g.e., para. 327. AİHM, alkolmetreye üflemenin susma hakkına aykırı olduğunu kabul etmemektedir, bkz., AİHM, "*Ortiz ve Martin v. Spain*", 15.06.1999, (Başvuru No: 43486/98), <https://hudoc.echr.coe.int>

⁶⁰⁵ BGH Bescl. v. 24.02.1994,- 4 StR 317/93 - (LG Saarbrücken), BGHSt 40, 66.

⁶⁰⁶ BGHSt 40, 66, para. 18.

⁶⁰⁷ Ali Kemal Yıldız, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif ve Yer Gösterme", İÜHF, C: LXV, S: 1, 2007, s. 128.

⁶⁰⁸ Yıldız, a.g.m., s. 130-131.

⁶⁰⁹ Ibid., s. 151.

⁶¹⁰ Soyaslan, a.g.e., s. 259; Özbek et al., a.g.e., s. 281; Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 612.

ifadesi⁶¹¹ olarak tanımlayan ya da karma nitelikli bir kurum⁶¹² olarak addeden yazarlar bulunmaktadır. Uygulamada zaten var olan yer gösterme işlemi, keşif hükümlerine tabi tutularak hukuki meşruiyeti sağlanmıştır.⁶¹³

CMK 84'üncü maddesinden, keşfe katılmanın, şüpheli ve sanık için bir hak olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.⁶¹⁴ Keşfe katılmanın zorunluluk olarak düzenlenmediği bu hüküm karşısında, katılmış olması halinde şüpheli veya sanığın sorulara cevap verme yükümlülüğünün olduğundan ya da kendi aleyhine delil gösterme mecburiyetinden söz edilemez.⁶¹⁵

85'inci madde ise, yer gösterme işleminin ancak konuşan/ konuşmuş olan şüpheliye yaptırılabilirliğini düzenlemektedir. Dolayısıyla aslında yer gösterme işleminin de ifade alma kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.⁶¹⁶ Bu kapsamda, her ne kadar açıklamada bulunmuş şüphelinin yer gösterme işlemine kanunen katılma yükümlülüğü olduğu söylene⁶¹⁷ de bu aşamada, yeniden beyanda bulunma yahut sorulara cevap verme zorunluluğu yoktur.⁶¹⁸ Çünkü olay yerine gitmek ve göstererek anlatmak aktif birer davranış gerektirdiğinden, yer göstermenin susma hakkını ihlal etmemesi için şüphelinin özgür iradesiyle kabulünün varlığı aranır.⁶¹⁹

2.5.6. Beden Muayenesi

Hukuk sistemimizde beden muayenesi ve vücuttan örnek alma karma nitelik taşımaktadır. Bu kapsamda hem bilirkişi incelemesi hem de keşif olarak nitelendirilebilirken, diğer yandan kişinin beden bütünlüğüne yönelik bir müdahale olması dolayısıyla koruma tedbirleri başlığı altında da değerlendirmek mümkündür.⁶²⁰

⁶¹¹ Centel-Zafer, a.g.e., s. 335.

⁶¹² Öztürk et al., a.g.e., s. 532.

⁶¹³ İnci, Katlanma, s. 149.

⁶¹⁴ Yıldız, a.g.m., s. 141.

⁶¹⁵ İnci, Katlanma, s. 150.

⁶¹⁶ Yıldız, a.g.m., s. 154.

⁶¹⁷ Öztürk et al., a.g.e., s. 533.

⁶¹⁸ Yıldız, a.g.m., s. 165; Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 291 vd.

⁶¹⁹ Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 611; Günay, a.g.e., s. 222.

⁶²⁰ Keşif yönü de olan bir koruma tedbiri olarak: Öztürk et al., a.g.e., s. 518 vd.; Özbek et al., a.g.e., s. 533 vd.; İpekçioğlu, Ceza Muhakemesi, s. 20; Bilirkişi incelemesi olarak: Centel-Zafer, a.g.e., 305 vd.; Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 271 vd.

CMK 75, şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesi ve vücuttan saç, tırnak, tükürük kan ve benzeri örneklerinin alınabilmesini düzenler. Üst sınırı iki yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere uygulanabilen bu delil elde etme aracı kanun, kişinin sağlığına zarar verilmemesi dışında bir şart aramamıştır. Bir diğer ifadeyle şüpheli veya sanığın bu işlemlere rıza göstermesi gerekmemektedir. Olayın aydınlatılması için ihtiyaç duyulduğu takdirde, mağdurun ve üçüncü kişilerin de beden muayenesine tabi tutulabileceği de 76. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, bu kişilerin rızalarının olmaması halinde hakim kararı ile işlemler gerçekleştirilebilir. Öte yandan, CMK 76/4 maddesinde, mağdurun, tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak beden muayenesinden kaçınabileceği düzenlenmişken, benzer bir hak, şüpheli veya sanığa tanınmamıştır.

Bu konuda öğretideki hakim görüş, şüpheli veya sanığın beden muayenesi veya vücuttan örnek alınmasına katlanma yükümlülüğünün bulunduğu ve fakat bu işlemlere aktif bir katılıma zorlanamayacağı yönündedir.⁶²¹ Ancak bu işlemlerin pek çoğu, mahiyetleri gereği aktif katılım gerektirmektedir. Örneğin, dizini bükmesi, kolunu uzatması, dilini çıkarması, tahlil için idrarını vermesi vb.⁶²² Öğretide bunun gibi basit katılımların aktif değil pasif davranışlar olarak ele alınması gerektiği yönünde görüş bildirilmektedir.⁶²³ Diğer yandan, bu davranışların aktif katılım gerektirmeleri yönünden kişiden kendi aleyhine delil alınmasının susma hakkına aykırılık arz edeceği de savunulmaktadır.⁶²⁴

Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik⁶²⁵'in 18/1 maddesinde; şüpheli ve sanığın rıza vermemeleri halinde söz konusu işlemlerin yapılabilmesi için Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemlerin alınacağı belirtilmiş, bu önlemlerin neler olacağına

⁶²¹ Kasiske, a.g.m., s. 18; Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, **Marmara Üniversitesi HF Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y: 2013, C: 19, S:2, s. 1168 vd. (İpekçioğlu, Vücut)

⁶²² İnci, Katlanma, s. 139.

⁶²³ Kasiske, a.g.m., s. 18.

⁶²⁴ Rogall, a.g.e., s. 56; Soyaslan, a.g.e., s. 252.

⁶²⁵ Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik, Karar Sayısı: 8202, Resmi Gazete Tarih: 01.06.2005, Sayı: 25832, m. 18/1: "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 vücutundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır."

açıkça yer verilmemiştir.⁶²⁶ Bu önlemlere örnek olarak akla, zorla yatırılması, üstüne çıkılması, kan almak için zorla kolunun tutulması gelmektedir.⁶²⁷ Kaldı ki Anayasa 17'e göre kişinin vücut bütünlüğüne yönelik müdahale ancak tıbbi zorunluluklar gerektirdiği ölçüde ve kanunda yazılı hallerde yapılabilir. Muayene ve örnek alma için söz konusu müdahalenin nitelik ve kapsamının kanunda düzenlenmemesi, yönetmeliğin dahi ucu açık kavrama yer vermesi düşündürücüdür.⁶²⁸

Türk hukuku bakımından doktrindeki görüşlere baktığımızda, ilk görüş, muayeneyi vücut diliyle ifade olarak değerlendirip, susma hakkı bağlamında kişinin bunu kabul etmeme hakkının olduğunu ileri sürmektedir.⁶²⁹

İkinci görüş, beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın maddi gerçeğe en kolay götüren tedbir olması hasebiyle kabulünde zorunluluk bulunduğunu savunur.⁶³⁰ Zira beden muayenesinde bir isnatta bulunup açıklama bekleme söz konusu değildir.⁶³¹

Diğer görüş, aslında beden muayenesinde kişinin kendisinin delil vermediğini, sadece bu tedbire keşif malzemesi olarak katlanma yükümlülüğünün bulunduğunu iddia eder.⁶³² Nitekim her ne kadar bireyin aktif olarak aleyhine delil verme yükümlülüğü olmasa da, ceza muhakemesi koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi ve dolayısıyla ceza muhakemesinin amacına ulaşılabilmesi için pasif katlanma yükümlülükleri vardır.⁶³³ Bu husus, sanığın vücudunun teknik anlamda delil olmasıyla ilintilidir.⁶³⁴ Kaldı ki dünyanın hemen her yerinde bu tedbir, yasal olarak düzenlenmiştir.⁶³⁵

⁶²⁶ Bu hükmün ilgili işlemlerin zorla yapılabileceğine dair üstü kapalı kural koyduğuna dair bkz. Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", **İÜHFİM**, Y: 2012, C: 70, S: 1, s. 29. (İpekçioğlu, Ceza Muhakemesi)

⁶²⁷ İpekçioğlu, Ceza Muhakemesi, s. 29; Genital muayenelerin rıza dışı, hele ki el kol tutularak, zor kullanılarak yapılması ya da anesteziye başvurulması halinde sonucun % 95 hatalı çıkacağına dair bkz. Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 623.

⁶²⁸ Centel-Zafer, a.g.e., s. 321.

⁶²⁹ Centel-Zafer, a.g.e. s. 320; Ümmügülsüm Kılıç, **Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi**, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 50 vd.

⁶³⁰ Centel-Zafer, a.g.e., s. 320; Demirbaş, a.g.e., s. 154; Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 72; İpekçioğlu, Vücut, s. 1169.

⁶³¹ Centel-Zafer, a.g.e., s. 320; Altunkaş, a.g.e., s. 79-80; Erem, Susma Hakkı, s. 287; Kılıç, a.g.m., s. 31; İpekçioğlu, Vücut, s. 1173.

⁶³² Kılıç, a.g.e., s. 40-45; Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 105.

⁶³³ Aydın, a.g.e., s. 288 vd; İnci, Katlanma, s. 136 vd.; Putzke – Scheinfeld, a.g.e., para. 129 vd.

⁶³⁴ Demirbaş, a.g.e., s. 89 vd.; Rogall, a.g.e., s. 33; Kılıç, a.g.e., s. 31.

⁶³⁵ Ünver, Hakeri, a.g.e., s. 282; Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., 623.

Son olarak, ilgili ceza muhakemesi işlemine rızası olmayan şüpheli veya sanığın bu işleme fiziksel cebir (*vis compulsive*) suretiyle zorlanması yerine, idari para cezası veya disiplin hapsi gibi yöntemlerin uygulanması insan onuru bakımından daha yerinde olacaktır.⁶³⁶

Karayolları Trafik Kanunu⁶³⁷, nun 48/9 maddesi de bu başlıkta ele alınması gereken bir başka hükümdür: “*Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığı ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeyen sürücülere 2000 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınır.*” İlgili hükmün Anayasa’nın 2., 10. ve 13. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle itiraz yoluyla AYM’den iptali istenmiş, ancak AYM itirazın reddine karar vermiştir.⁶³⁸ Oysa söz konusu düzenlemenin AY 38/5’e aykırılığı ileri sürülmeli idi. Zira alkolmetreye üfleme hem aktif hareket teşkil edip susma hakkına aykırıdır, hem de Kanun’un 48/3 maddesinde bu ölçüme müsaade etmeyen sürücülerin en yakın sağlık kurumuna götürülerek kan veya idrar testine tabi tutulacakları düzenlenmiştir.

Amerikan hukukunda susma hakkı, beyansal deliller ya da bir diğer ifadeyle tanıklık için tanınmıştır.⁶³⁹ Kişiyi acımasız üfleme gark etmediği gerekçesiyle, fiziksel delil temini susma hakkının ihlali olarak görülmemiştir.⁶⁴⁰ Ayrıca, Yüksek Mahkeme, ek beşte ifade edilen tanıklığı, bireyin düşünce veya bilgisini ifadeye dair; yani kişinin bilgisi ya da zihnini esas alan beyan delilleriyle sınırlandırmıştır.⁶⁴¹ Dolayısıyla, Amerikan hukukunda beyansal nitelikte olmayan bu tür bilimsel delillerin kullanılması mümkündür.⁶⁴² Bu delilleri elde etmeye yönelik kişi zorlanabilir ve kişinin buna katlanma mecburiyeti nemo tenetur zedelemes.⁶⁴³ Nitekim, *Schmerber*⁶⁴⁴ davasında vücuttan örnek almanın, *Hess v. Ables*⁶⁴⁵ davasında idrar tahlilinin susma hakkını ihlal

⁶³⁶ İnci, Katlanma, s. 146.

⁶³⁷ Kabul: 13.10.1983, Kanun No: 2918, Resmi Gazete Tarih: 18.10.1983, Sayı: 18195.

⁶³⁸ AYM, T. 24.11.2014, E. 2014/178, K. 2014/178, RG., 04.03.2015, S. 29285.

⁶³⁹ Geyh, a.g.m., s. 612 vd.; Sonsteng-Moyland, a.g.m., s. 287; Volk, a.g.m., s. 821; Schulhofer, a.g.m., s. 313-314; Zafer, a.g.m., s. 511.

⁶⁴⁰ Allen-Mace, a.g.m., s. 264 vd.

⁶⁴¹ Ashby, a.g.m., s. 790; Lushing, a.g.m., s. 1701.

⁶⁴² O’Sullivan, a.g.e., 3. Bölüm, s. 16; Dann, a.g.m., s. 596-605.

⁶⁴³ Amar-Lettow, a.g.m., s. 924; Ashby, a.g.m., s. 787; Dann, a.g.m., s. 596-605.

⁶⁴⁴ *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757, 760-765 (1966).

⁶⁴⁵ *Hess v. Ables*, 714 F. 3d 1048 (2013).

etmediği tespit edilmiştir. Alkol testleri, ses örnekleri, teşhisler, parmak izleri vb. nin de bu kapsamda fiziksel delil sayılacağı ve edinilmelerinin susma hakkını ihlal anlamına gelmeyeceği belirtilmektedir.⁶⁴⁶ Dolayısıyla, Anayasa ek beş değil, ek dört⁶⁴⁷ kapsamında ele alınan beden muayenesi ve örnek alma işlemleri, makul gerekçelerin varlığı halinde kişi zorlanarak gerçekleştirilebilecektir.⁶⁴⁸

AİHM de sanığın iradesinden bağımsız olarak var olan, kan, nefes, idrar, DNA örnekleri ve vücut dokularının elde edilmesini, kendini suçlamaya zorlanamama yasağının ihlali olarak görmemektedir.⁶⁴⁹ Bu tür delillerin, sanıktan zorlayıcı metotlarla elde edilmesini uygun bulan⁶⁵⁰ mahkeme, söz konusu zorlamanın işkence yasağını düzenleyen üçüncü maddesine göre asgari ağrı eşiğini aşmaması gerektiğini de vurgulamıştır.⁶⁵¹ Beden muayenesi ve vücuttan örnek almayı özel hayata saygı hakkının düzenlendiği sekizinci madde kapsamında ele alan AİHM'e göre, kanunla öngörüldüğü ve ölçülü uygulandığı takdirde bu tedbir hak ihlaline sebep olmayacaktır.⁶⁵²

2.5.7. Kendiliğinden Yapılan Açıklamalar

Kişinin kendisinin iradesiyle soruşturma organlarına giderek gerçekleştirdiği kendiliğinden yapılan açıklamalar, ifade alma kapsamında değerlendirilmez.⁶⁵³ Örneğin kişinin polise gidip bir suça ilişkin itirafta bulunacağını beyan etmesi üzerine polisin onu dinlemesi ve yönlendirici olmayan, ancak olay akışını netleştirme amaçlı sorular sormasında susma hakkı ihlal edilmiş olmaz.⁶⁵⁴ Bu kapsamda kendiliğinden

⁶⁴⁶ Organizational Papers and The Privilege Against Self-Incrimination, s. 645.

⁶⁴⁷ Amerikan Anayasası, Ek Dört: “Kişilerin, üstlerinin, evlerinin, belgelerinin ve eşyalarının gereksiz aranması ve bunlara el konulmasına karşı bağımsızlıkları ihlal edilemeyecek ve bu yetkiyi veren müzekkere mutlaka muhtemel bir nedene dayanacak, yemin ve beyanla desteklenecek, ve özellikle aranacak yeri, tutuklanacak kişi ile el konacak eşyaları belirleyecektir.”

⁶⁴⁸ Amar - Lettow, a.g.e., s. 921.

⁶⁴⁹ AİHM, “Saunders v. The United Kingdom”, 17.12.1996, (Başvuru No. 19187/91), para. 69, <https://hudoc.echr.coe.int>

⁶⁵⁰ AİHM, “P.G. ve J.H. v. The United Kingdom”, 25.09.2001, (Başvuru No. 44787/98), para.80, <https://hudoc.echr.coe.int>

⁶⁵¹ AİHM, “Jalloh v. Germany”, 11.07.2006, (Başvuru No. 548210/00), para. 72, <https://hudoc.echr.coe.int>

⁶⁵² AİHM, “Tino Ari-Pekka Lönnberg v. Finland”, 05.07.2011, (Başvuru No. 1679/10),; “Detlef-Harro Schmidt v. Germany”, 05.01.2006, (Başvuru No. 32352/02), <https://hudoc.echr.coe.int>

⁶⁵³ Demirbaş, a.g.e., s. 57.

⁶⁵⁴ Kan Aydın, a.g.m., s. 176; Demirbaş, a.g.e., s. 57; Aydın, a.g.e., s. 246.

yaptığı açıklamalardan önce kişiyi aydınlatma yükümlülüğü de bulunmamaktadır.⁶⁵⁵ Burada kişi bir nevi kendini ihbar etmekte olduğu için, beyanları gönüllü ikrar kapsamında değerlendirilebilecektir.⁶⁵⁶ Dolayısıyla kişinin iradi açıklamaları hukuka uygun delil olarak kullanılabilir.⁶⁵⁷ Kanaatimizce de burada, irade üzerinde bir baskı, zorlama mevcut olmadığından, rıza ile yapılan açıklamaların susma hakkına aykırılık arz etmesi söz konusu olmamaktadır.

2.5.8. Kamu Güvenliğinin Gerektirdiği Hallerde İstisnalar

Amerika’da görülen *New York v. Quarles*⁶⁵⁸ davasında polis, silahlı tecavüz zanlısını kaçarken yakalamış, üzerinde boş silah kılıfı bulunması üzerine de Miranda uyarıları yapmaksızın silahın yerini sormuştur. Verilen cevap üzerine bulunan silah da hukuka uygun delil olarak kabul edilmiştir. Bu olayda silahın yerinin sorulmasından önce aydınlatılma yapılmaması, kamu güvenliği nedeniyle hukuka aykırı bulunmamıştır. Söz konusu davada kamu güvenliğinin gerektirdiği acil hallerle sınırlı olmak üzere Miranda uyarıları yapmaksızın alınan beyanların dışlama kuralından muaf olacağını *public safety exception* (kamu güvenliği istisnası) tezi oluşturulmuştur. Yine *People v. Willis*⁶⁵⁹ davasına konu olan olayda da aniden kaybolan bir kadının son görüldüğü yerde sanığın da bulunduğu, daha sonra kadının arabasıyla kaza yaptığının tespit edilmesi üzerine, sanık susma hakkından feragat etmeyeceğini bildirmesine ragmen sorgulamaya devam olunmuş ve bu ikinci sorguda kadının yerini polise bildirmiştir. Mahkeme, normalde sanığın susma hakkını kullanması ile sorgunun sona ereceğini ancak olayda bir rehinenin kurtarılması söz konusu olduğu için bu ve bunun gibi acil hallerde sorgudan elde edilen beyanların istisnai olarak kullanılabilirliğini kabul etmiştir.⁶⁶⁰ Nispeten güncel davalarda ise, terör şüphelilerinin hakları hatırlatılmayarak yapılan sorguları ele alınmış, hatta terör suçları bakımından *Quarles* tezinin yeterli gelmediği, şüphelilerin Miranda haklarının olmadığı kabulü için yasal düzenleme talebi ileri sürülmüştür.⁶⁶¹ Adalet

⁶⁵⁵ Schroeder-Yenisey-Peukert, a.g.e., s. 183

⁶⁵⁶ İtişgen, a.g.e., s. 162.

⁶⁵⁷ Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 568.

⁶⁵⁸ *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984).

⁶⁵⁹ *People v. Willis*, 104 Cal. App. 3d 433 [163 Cal. Rptr. 718] (1980).

⁶⁶⁰ Koca, Hazırlık, s. 355. Aynı yönde örnek dava için bkz., *United States v. Simpson*, 974 F.2d 845 (1992).

⁶⁶¹ Joanna Wright, “Mirandizing Terrorists? An Empirical Analysis Of The Public Safety Exception”, *COLUMBIA L. REV.*, Vol. 111, 2011, s. 1297-1300.

Bakanlığınca 2010 yılında çıkarılan bir memorandum ile *Quarles*'a atıf yapılarak, kolluğun terör olaylarında Miranda uyarılarını yapmadan sorgulamasının hukuki olduğu açıkça düzenlenmiştir.⁶⁶² Doktrinde de en makul çözümün bu olduğu, *Quarles*'in işlevsel bir sorgu için yeterli zemini sağladığı, terör şüphelilerinin Miranda haklarını kabul etmemenin anayasaya uygun olmayacağı ifade edilmektedir.⁶⁶³

AİHM, *Heaney and McGuinness*⁶⁶⁴ kararında, terör tehlikesinin varlığında dahi, kamu düzeni ve güvenliği gerekçelerinin susma hakkının ihlalini meşrulaştıramayacağını belirterek Nemo Tenetura verdiği önemi vurgulamıştır.

Nispeten güncel *İbrahim ve Diğerleri*⁶⁶⁵ kararına konu olayda ise, bir terör eyleminden şüpheli dört başvurucudan üçü, yaşam hakkı başta diğer muhtemel zararları önlemek gayesiyle acil sorguya alınmış, avukat bulundurulmaksızın kendilerine susma hakkı bildirilmiş ancak susmalarının mahkemede aleyhlerine değerlendirileceği söylenmiştir. Dördüncü başvuran ise, tanık olarak -hatırlatma olmaksızın- dinlenirken kendini suçlandırıcı beyanlara başlamış, bu aşamada da artık şüpheli sıfatına geçtiği ve susma hakkının olduğu hatırlatılmamış ve tüm bu beyanlar yargılamada kullanılmıştır. AİHM ise, söz konusu mahkumiyetlerin sadece bu beyanlara dayanmadığını belirterek, yargılamanın genel olarak adillğine halel gelmediğine hükmetmiştir. Böylece, kişiyi kendi aleyhine tanıklık etmeye zorlamamadaki zor kavramı oldukça dar yorumlanmış, susmanın aleyhe değerlendirileceği bildirimi zımni zorlama sayılmamıştır.⁶⁶⁶ Ayrıca belirtmek gerekir ki önceki bir içtihat, müdafin getirilememesinin/ hukuki yardımın geciktirilmesinin ancak 'zorlayıcı sebepler' in (*compelling reasons*) varlığında kabul edilebileceği ileri sürülmüştür.⁶⁶⁷ *İbrahim* kararı ise, terör suçlamasının zorlayıcı sebep sayılacağını açıkça ortaya koymuştur. Dolayısıyla AİHM, terör suçu şüphelileri bakımından, *Heaney and McGuinness* içtihadından neredeyse tamamen dönmüştür.⁶⁶⁸

⁶⁶² Fed. Bureau of Investigations, U.S. Dep't of Justice, *Custodial Interrogation for Public Safety and Intelligence-Gathering Purposes of Operational Terrorists Inside the United States*, October 21, 2010.

⁶⁶³ Wright, a.g.m., s. 1331.

⁶⁶⁴ AİHM, "*Heaney and McGuinness v. Ireland*", 21.12.2000, (Başvuru No: 34720/97), paras. 57-58, <https://hudoc.echr.coe.int>

⁶⁶⁵ AİHM, "*İbrahim and Others v. The United Kingdom*", 16.12.2014, (Başvuru No'ları 50541/08, 50571/08, 50573/08 ve 40351/09), para. 20-57, <https://hudoc.echr.coe.int>

⁶⁶⁶ Matthew Seet, "Suspected Terrorists and The Privilege Against Self-Incrimination", **Cambridge Law Journal**, Vol. 74, 2015, s. 210.

⁶⁶⁷ 'Zorlayıcı Sebeplerin' değerlendirildiği içtihat için bkz., AİHM, "*Salduz v. Turkey*", 27.11.2008, (Başvuru No.36391/02), paras. 54-55, <https://hudoc.echr.coe.int>

⁶⁶⁸ Seet, a.g.m., s. 211-212.

Türk hukukunda da kamu güvenliği için makul endişelerin bulunduğu durumlarda, cevaplanması muhakkak gereken acil sorulardan önce susma hakkının hatırlatılmamasının daha uygun olabileceği ifade edilmektedir.⁶⁶⁹ Ancak bunun mevzuatta herhangi bir yeri bulunmamaktadır.

2.5.9. Koruma Tedbirleri

2.5.9.1. Arama, Muhafaza Altına Alma ve Elkoyma

CMK 116'ya göre; *“Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.”* Bu arama sonucunda da *“İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır. Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir.”* (CMK 123)

Burada 123. Maddenin ilk fıkrasında düzenlenen muhafaza altına alma, kişinin rızasıyla bir delili teslim etmesini ifade etmektedir. Zira hem 123. Maddenin ikinci fıkrası rıza ile verilmeyen eşyalara elkonulacağını düzenlemekte, hem de 124. Maddenin ikinci fıkrası, arama yapan kolluğa talep üzerine teslim yükümlülüğünden ve bu yükümlülüğe uymamanın yaptırımından şüpheli, sanık veya tanıklıktan çekinebilecekleri muaf tutmaktadır.⁶⁷⁰ Dolayısıyla şüpheli, sanık veya tanıklıktan çekinebilecekler bakımından muhafaza altına alma, zorlama unsuru içermeyen, rızaya dayalı bir tedbir olduğundan susma hakkını ihlal etmemektedir. Ancak elbette, *defacto* olarak, şüpheli veya sanığın bir delili vermeye zorlanması halinde, bu durum Nemo Tenetura aykırı olacaktır.⁶⁷¹

⁶⁶⁹ Feridun Yenisey, “İfade Alma”, MUYEP Tebliğleri- II, EGM Yayın Katalog No: 444, Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayın No: 43, Ankara, EGM, 2008, s. 244 (Yenisey, MUYEP); Aynı yönde bkz., Bilalli-Zendeli, a.g.m., s. 160.

⁶⁷⁰ CMK 124/2: *“Kaçınma hâlinde bu şeyin zilyedi hakkında 60 ıncı maddede yer alan disiplin hapsine ilişkin hükümler uygulanır. Ancak, şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinebilecekler hakkında bu hüküm uygulanmaz.”*

⁶⁷¹ İnci, Katlanma, s. 153.

Elkoyma tedbirinde ise, kişinin delil teslim etmesi değil, kolluğun delili temin etmesi söz konusu olduğundan, usulüne uygun icra edilen elkoyma işlemi, hukuka uygun olacaktır.

Burada değinilmesi gereken ilk husus, şüpheli, sanık veya tanıklıktan çekinebilecekler dışında kalan kişilerin, kendilerini suçlayabilecek eşyaları teslim mecbur olup olmadığıdır. CMK 124'e göre; *"123 üncü maddede yazılı eşya veya diğer malvarlığı değerlerini yanında bulunduran kişi, istem üzerine bu şeyi göstermek ve teslim etmekle yükümlüdür. Kaçınma hâlinde bu şeyin zilyedi hakkında 60 ıncı maddede yer alan disiplin hapsine ilişkin hükümler uygulanır. (...)"* Hükümden açıkça anlaşılacağı üzere aslında üçüncü kişiler, kendini suçlayıcı da olsa, kolluğun istediği delilleri vermekle kanunen yükümlüdürler.

CMK 117'ye göre, diğer kişilerin de üstü, eşyası, konutu veya ona ait diğer yerler aranabilmektedir.⁶⁷² Örneğin, bir suçun araştırılması için o suç mahallinde bulunan bir iş yerinin kamera kayıtları istenmektedir. Ancak, işyeri sahibi, suçun işlendiği zaman işyerinde bir başka suça vücut veren fiiller gerçekleştirmiştir ve bu da kayıt altındadır. Bu durumda iş yeri sahibi kayıtları polise vermek zorunda mıdır? CMK 123 ve 124'e göre bu soruya olumlu yanıt vermek gerekecektir. Ancak Anayasa 38/5, kişinin sıfatından bağımsız olarak ileride hakkında cezai takibata neden olabilecek delilleri vermeye zorlanmasını yasakladığı için, bu soruya hayır cevabı vermek de makul görünmektedir.⁶⁷³ Ancak usulüne uygun elkoyma işlemi ile de kolluğun bu kayıtlara -saklansa dahi hukuka uygun bir arama işlemiyle bulunarak- ulaşması mümkün olacağından, pratikte bu sorunun cevabı büyük bir fark yaratmayacaktır.

Bir diğer husus, 126. Maddenin Nemo Tenetur ilkesine paralel düzenlemesidir: *"Şüpheli veya sanık ile 45 ve 46 ncı maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde bulundukça elkonulamaz."* Sadece muhafaza altına almayı değil, elkoymayı da yasaklayan bu düzenlemeye göre, mektuplar ve kağıt, resim, fotoğraf, film, CD ve elektronik

⁶⁷² CMK 117: *"(1) Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir. (2) Bu hâllerde aramanın yapılması, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır. (...)"*

⁶⁷³ Örnek ve benzer yöndeki açıklamalar için bkz. Aydın, a.g.e., s. 232.

ortamdaki kayıtları da kapsayan mahiyetiyle belgeler⁶⁷⁴, kişilerin nezdinde bulunduğu müddetçe istenemeyecek ve elkoyma tedbirine tabi olmayacaklardır. Nezdinde bulunmak sadece kişinin üzerinde olmayı değil, konutunda ve işyerinde olmayı da kapsar şekilde yorumlanmalıdır.⁶⁷⁵ Ancak postada bulunan ya da bu kişilerden başka üçüncü kişinin elinde bulunan mektup ve belgeler için bu yasak geçerli olmayacaktır.⁶⁷⁶ Bu maddeyle kanun koyucu, kişinin kendi eliyle kendini ya da yakınına suçlamasının önüne geçmektedir.⁶⁷⁷

2.5.9.2. İletişimin Denetlenmesi

CMK m. 135⁶⁷⁸ vd. maddelerinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbiri düzenlenmiştir. Burada ilk aşamada hatırlatılması gereken, denetlemeye konu olan iletişimin, gizli kalması beklentisiyle yapılan iletişim olduğu ve bu tedbirin gizli yürütülen tedbirlerden olduğudur.⁶⁷⁹ Dolayısıyla, susma hakkı hatırlatılmadan, şüpheli veya sanığın yaptığı konuşmalar dinlenebilir, bir ikrar söz konusu olması durumunda, bu ikrar geçerli delil olarak kabul edilebilir. Kişi sonradan susma hakkını harekete geçirirse dahi bu açıklamalar varlığını sürdürecektir.

⁶⁷⁴ Özbek et al., a.g.e., s. 438 vd.

⁶⁷⁵ Yenisey-Nuhoğlu, a.g.m., s. 394.

⁶⁷⁶ Özbek et al., a.g.e., s. 438 vd.

⁶⁷⁷ Aydın, a.g.e., s. 294.

⁶⁷⁸ “(1) (Değişik: 21/2/2014–6526/12 md.) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi (...) dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır. (Mülga son iki cümle: 24/11/2016-6763/26 md.)

(2) (Ek: 21/2/2014–6526/12 md.) Talepte bulunulurken hakkında bu madde uyarınca tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcıyı gösterir belge veya rapor eklenir.

(3) Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleştirildikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.

(4) 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 iki ay için verilebilir; bu süre, bir ay daha uzatılabilir. (Ek cümle: 25/5/2005 – 5353/17 md.) Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim yukarıdaki sürelerle ek olarak her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir. (...)”

⁶⁷⁹ Nur Centel, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, GÜHFD, Köksal Bayraktar Armağanı, Ocak-Şubat 2010/1, s. 162.

Doktrinde, kişinin aktif hareketiyle (burada konuşması) kendisi aleyhine delil ürettiğinden bahisle iletişim denetlenmesinin susma hakkına aykırı olup olmadığı tartışılmıştır.⁶⁸⁰ Ancak baskın görüş iki temel fıkirden hareketle, iletişim denetlenmesinin susma hakkını ihlal edilmediğini kabul etmektedir.

Öncelikle burada, her ne kadar bir aydınlatma olmasa da bir zorlama söz konusu değildir.⁶⁸¹ Oysa susma hakkı kişiyi kendi aleyhine delil vermeye zorlamayı yasaklar.⁶⁸² Kaldı ki burada bir ifade alma da söz konusu değildir.⁶⁸³ İfadesi alınan ya da sorgulanan şüphelinin konuşma ya da susma konusunda tercih özgürlüğü varsa susma hakkı ihlal edilmiş olmaz.⁶⁸⁴ Nitekim kişinin birine güvenerek işlediği suçun detaylarını anlattığı olayda bu kişinin tanıklığı, suça ilişkin itiraflarını bir mektuba yazarak gönderdiği olayda postada elkoyma suretiyle bu yazdıkları geçerli deliller olarak mahkemece değerlendirilebilir.⁶⁸⁵ Zira kişi özgür hareketini gerçekleştirirken bu riski göze almıştır.⁶⁸⁶ İletişimin denetlenmesinde de benzer durum söz konusudur.⁶⁸⁷ AİHM de bir kararında, azmettirdiği kişi ile kendi isteğiyle iletişime geçen sanığın itiraflarını içeren iletişim kayıtlarının kullanılmasını zorlama kapsamına girmedığı ve kanuni bir tedbirin uygulanması suretiyle elde edildiği gerekçesiyle hukuka aykırı bulmamıştır.⁶⁸⁸

İkinci olarak da hukuk devleti ilkesi sınırsız değildir ve devletin kovuşturma organlarının görevlerini yerine getirebilmeleri, ceza yargılamasının eksiksiz işleyebilmesi için, bireylerin bazı işlem ve tedbirlere katlanma yükümlülüğü de bulunmaktadır.⁶⁸⁹ Susma hakkı da işbu katlanma yükümlülüğü ile sınırlı, mutlak olmayan bir haktır. Dolayısıyla kanuni sınırları içinde kalmak kaydıyla bu tedbirlerin uygulanmasında bir hukuka aykırılıktan bahsedilemeyecektir. Benzer şekilde örneğin,

⁶⁸⁰ İtişgen, a.g.e., s. 151 vd; Aydın, a.g.e., s. 294 vd.

⁶⁸¹ Seydi Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Ankara, Seçkin, 2009, s. 175. (Kaymaz, İletişim)

⁶⁸² Hauer, a.g.m., s. 1043- 1052; Ralf Kölbel, **Selbstbelastungsfreiheiten- Der nemo-tenetur-Satz im materiellen Strafrecht**, Berlin, Duncker&Humblot, 2006, s. 51.

⁶⁸³ Kölbel, a.g.e., s. 51.

⁶⁸⁴ AİHM, "*Allan v. The United Kingdom*", 05.11.2002, (Başvuru No. 48539/99), paras. 50-54, <https://hudoc.echr.coe.int>

⁶⁸⁵ Rogall, a.g.e., s. 181-182.

⁶⁸⁶ BGH, **NStZ** 1996, S. 502-505; Toprak, Şüphelinin, s. 272-274

⁶⁸⁷ İnci, Katlanma, s. 159.

⁶⁸⁸ AİHM, "*Bykov v. Russia*", 10.03. 2009, (Başvuru No. 4378/02), paras. 102-105, <https://hudoc.echr.coe.int>

⁶⁸⁹ Hüseyin Ertuğrul, "Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 1-2, Yıl: 2008, s. 688; Ersin, a.g.m., s. 193.

sanığın çağrı üzerine gelmemesi akabinde zorla getirilmesi de bir hak ihlali olarak nitelendirilemez.⁶⁹⁰ Kaldı ki CMK, ilgili tedbiri oldukça detaylı düzenlemiş ve 135/3'te, şüpheli ve sanık ile, tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki iletişimin kayda alınamayacağını, alınmışsa bile yok edileceği güvencesi getirilmiştir.

Tanıklıktan çekinebilecek kişilerle yapılan görüşmelerin dinlenmesine dair kanunda bir sınırlama bulunmaması doktrinde eleştirilmektedir.⁶⁹¹ Ceza muhakemesinde sanık lehine kıyasın mümkün olduğu ve dolayısıyla yasağın dinlemeyi kapsayacak şekilde yorumlanabileceği⁶⁹² yanında, kanunun sadece kayda almayı engellediğini savunan⁶⁹³ görüşler mevcuttur. Herhalde, kanunun daha geniş düzenlenmesi tartışmalara son verecektir.⁶⁹⁴

Diğer yandan, tanıklıktan çekinebilecek kişilere kişinin belli derecedeki kan ve kayın hısımlarının yanında, avukatı, doktoru, eczacısı vb. de girmektedir. Ancak, bu listeye CMK m. 48'in dahil edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Aksi halde, kişinin kendi aleyhine suçlayıcı konuştuğu takdirde kayıtların silinmesi gerekecektir ki bu, 135. madde düzenlemesinin ruhuna aykırılık teşkil edecektir.⁶⁹⁵ Üstelik bu durumda üçüncü fıkra istisnasının sınırları oldukça genişleyecek ve silinmesi gereken kayıtlar orantısız olarak artacaktır.⁶⁹⁶

Bu kapsamda bir diğer tartışma, tanıklıktan çekinebileceklerin kendilerinin de suç şüphesi altında olduğu durumda ne yapılması gerektiğine ilişkindir. İlk görüş bu takdirde kaydın yapılabileceğini⁶⁹⁷, ikinci görüş, her bir şüpheli için ayrı ayrı iletişimin denetlenmesi kararı alındıktan sonra kayıt alınabileceğini,⁶⁹⁸ üçüncü ve son görüş ise, suça iştirak etmiş olsalar dahi kanunun açık hükmü gereği bu kişiler arası iletişimin kaydının alınamayacağını, hatta dinlemeyi yapan memurun dahi tanık olarak bilgisine

⁶⁹⁰ Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 105.

⁶⁹¹ Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 425; Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 435.

⁶⁹² Aksi takdirde dinlemeyi yapan memurun tanıklığına başvurulabilirdi ki kanun koyucunun amacı herhalde bu olamaz, bkz. Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 435.

⁶⁹³ Öztürk et al., a.g.e., s. 546.

⁶⁹⁴ Özbek et al., a.g.e., s. 471.

⁶⁹⁵ Kaymaz, İletişim, s. 175.

⁶⁹⁶ Örneğin şüpheliyle yakınlığı olmayan bir kişinin kendi veya kendi yakınları aleyhine suçlayıcı beyanlarda bulunması halinde bu kayıtların silinmesi gereği, maddi gerçeğe ulaşma hedefinden ölçüsüz uzaklaşılması sonucunu doğuracaktır.

⁶⁹⁷ Öztürk et al., a.g.e., s. 546.

⁶⁹⁸ Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 436.

başvurulamayacağını⁶⁹⁹ ileri sürmektedir. Yargıtay'ın da bu konuda çelişik kararları bulunmaktadır.⁷⁰⁰ Bu tedbirlerin uygulanmasına ilişkin yönetmelikte⁷⁰¹, tanıklıktan çekinebilecek kişilerin şüpheli olarak değerlendirilebildiği hallerde 135 kapsamında iletişimlerinin kayda alınabileceği düzenlenmiş, kanunda yer almayan hususun yönetmelikle genişletilmesi anlamına gelen bu düzenleme Danıştay tarafından iptal edilmiştir.⁷⁰²

2.5.9.3. Teknik Araçla İzleme

Teknik araçla izleme, CMK 140⁷⁰³'ta düzenlenmiş bir tedbir olup, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyerinin, teknik araçlarla izlenmesi, ses ve görüntü kaydı alınmasına ilişkindir. Böylece kişinin işyerinde susma hakkı hatırlatılmaksızın samimi bir arkadaşına yaptığı itiraflar da onun aleyhine kullanılabilir. Nemo Tenetur ilkesinin kanundaki sınırları dahilinde uygulanan bu tedbirle ihlal olmayacağı konusunda iletişim denetlenmesi tedbiri altında yer verilen açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz. Ancak tanıklıktan çekinebileceklerle ilişkin

⁶⁹⁹ Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 427.

⁷⁰⁰ Kaydın yapılamayacağı ve delil olarak kullanılamayacağı yönünde bkz., 1. CD., T. 13.10.2009, E. 2009/1721, K. 2009/5855. Aksi yönde bkz., CGK, T. 03.06.2014, E. 2013/10-642, K. 2014/302. www.kazanci.com/kho2/ibb

⁷⁰¹ Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, Karar Sayısı: 11092, Resmî Gazete Tarihi: 14.02.2007 Resmî Gazete Sayısı: 26434.

⁷⁰² Madde 7/4: "(...) Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinde belirtilen yasal şartlar varsa, suç işleme şüphesi altındaki tanıklıktan çekinme hakkı olan şahıslar hakkında da hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla bu tedbire başvurulabilir." İptal Kararı: Danıştay Onuncu Dairesi, E. 2007/2795, K. 2010/1399, T. 22/10/2010.

⁷⁰³ "(1) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan 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: (...)

(2) (Değişik: 24/11/2016-6763/28 md.) Teknik araçlarla izlemeye hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulur. Hâkim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde kayıtlar derhâl imha edilir.

(3) (Değişik: 21/2/2014-6526/14 md.) Teknik araçlarla izleme kararı en çok üç haftalık süre için verilebilir. Bu süre gerektiğinde bir hafta daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi hâlinde, hâkim yukarıdaki sürelerle ek olarak her defasında bir haftadan fazla olmamak ve toplam dört haftayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir. (Ek cümle: 15/8/2017-KHK-694/143 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/138 md.) Teknik araçlarla izleme tedbiri ile birlikte gizli soruşturmacı görevlendirilmesi halinde bu fıkrafta belirtilen süreler bir kat artırılarak uygulanır.

(4) Elde edilen deliller, yukarıda sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılamaz; ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı takdirde Cumhuriyet savcısının gözetiminde derhâl yok edilir.

(5) Bu madde hükümleri, kişinin konutunda uygulanamaz."

istisna hükmü, teknik araçla izleme için mevcut olmadığı gibi, bu durum doktrinde de eleştirilmektedir.⁷⁰⁴

2.5.9.4. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi

Gerektiğinde örgüt içine sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve örgütün işlediği suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisine gizli soruşturmacı denmektedir.⁷⁰⁵ Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, CMK m. 139⁷⁰⁶'da düzenlenmiştir. Buna göre, soruşturmacı, görevlendirildiği örgüte ilişkin araştırmalarda bulunmak ve delil toplamakla yükümlüdür.

⁷⁰⁴ Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Baskı, 1. Cilt, Ankara, Adalet Yayınları, 2016, s. 794.

⁷⁰⁵ Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, m. 4.

⁷⁰⁶ "(1) (Değişik: 21/2/2014-6526/13 md.) Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi hâlinde, kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Bu madde uyarınca yapılacak görevlendirmeye hâkim tarafından karar verilir. (Mülga son cümle: 24/11/2016-6763/27 md.)

(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. (Ek cümleler: 15/8/2017-KHK-694/142 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/137 md.) Soruşturmacı, kovuşturma evresinde tanık olarak dinlenmesinin zorunlu olması halinde, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan veya ses ya da görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenir. Bu durumda 27/12/2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanununun 9 uncu maddesi hükmü kıyasen uygulanır.

(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. (Ek: 21/2/2014-6526/13 md.) Suçla bağlantılı olmayan kişisel bilgiler derhâl yok edilir.

(7) Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), (1)

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."

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesinde de şüpheli veya sanık bu hususta bilgilendirilmez. Tedbirin gizli olma niteliği gereği herhangi bir aydınlatma da yapılmaz. Bu çerçevede, diğer gizli yapılması esas olan tedbirlerde olduğu gibi, şüphelinin üzerinde bir zorlama olmadığı, özgür iradesiyle hareket edip hareketin sonucu oluşabilecek riskleri göze aldığı ve ceza muhakemesinde katlanma yükümlülüğünün olduğundan yola çıkılarak kişinin gizli soruşturmacıya eliyle teslim ettiği aleyhine deliller veya onunla sözlü paylaştığı bilgiler, susma hakkı bakımından ihlal niteliği taşımayacaktır.⁷⁰⁷ Diğer yandan, burada kişinin delil vermesini sağlamak yerine, gizlice araştırılmak suretiyle ondan delil temin edilmesinden bahsedilecek olursa, konu susma hakkı bazında dahi değerlendirilemeyecektir.⁷⁰⁸ Ancak burada, gizli soruşturmacının kişiyi kendisi aleyhine delil vermeye zorlama yetkisinin bulunmadığı da belirtilmelidir.⁷⁰⁹ Doktrinde, kişinin gizli soruşturmacıyla konuşması ve böylece kendini suçlayıcı beyanda bulunmasının m. 148 kapsamında değerlendirilemeyeceği savunulmaktadır.⁷¹⁰ Bir diğer deyişle, şüpheliye kendini farklı biri olarak tanıtip örgüt içine sızma ve böylece mensuplardan bilgi edinme, aldatma ya da hile olarak nitelendirilemeyecektir. Tedbirin doğası bunu gerektirmektedir. Ancak elbette ki gizli soruşturmacı, susma hakkının dolanılması amacıyla kullanılamaz. Yani, kişinin susma hakkını kullanmasından sonra, kendisinden suçlayıcı beyan elde etmek amacıyla gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirin sınırının aşıldığı anlamına gelir ve bu şekilde elde edilen delil kullanılamaz.⁷¹¹

Alman Federal Mahkemesi, doktrinde hayli tartışma yaratan bir kararında⁷¹², güvenilir kişi kullanılması suretiyle şüpheliden beyan elde edilmesini hukuka aykırı bulmamıştır. Bu tartışmanın detayına girmeden önce güvenilir kişi kavramının üstünde durulmalıdır. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesinde, bir kamu görevlisinin, örgütlü suçlarda, genelde de kimliğini değiştirerek araştırma yapması söz konusudur. Ancak güvenilir kişi, şüphelinin güvenini kazanmış ya da kazanmak üzere sıradan vatandaşlar arasından seçilir. Örneğin, şüphelinin arkadaşı, akrabası ya da aynı cezaevinde bulunan bir başka tutuklu ya da hükümlü olabilir.⁷¹³ Alman Ceza Muhakemesi

⁷⁰⁷ Rogall, a.g.e., s. 55; İnci, Katlanma, s. 156.

⁷⁰⁸ Aydın, a.g.e., s.305.

⁷⁰⁹ Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 453.

⁷¹⁰ Serkan Meraklı, “İfade Alma-Sorgu Kuralları ve Bu Kurallara Aykırılık Halinde Elde Edilen Beyanların Hukuki Değeri”, **Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan**, C. 1, İstanbul 2014, s. 1599.

⁷¹¹ BGH Beschl. v. 26.07.2007 -3 StR 104/07 (LG Wuppertal) [= HRRS 2007 Nr. 676]

⁷¹² BGH, Bscl. v. 13.5.1996 - GSSt 1/96 (LG Hamburg), **NStZ** 1996.

⁷¹³ Toprak, Şüphelinin, s. 265 vd.

Kanunu'nun 110 maddesi CMK 139'a benzer şekilde gizli soruşturmacı görevlendirilmesini düzenlemekte iken, güvenilir kişi için böyle özel bir düzenleme söz konusu olmayıp, uygulamada kanunun soruşturmayı düzenleyen genel hükümleri olan 161 vd. maddelerine atıf yapılarak meşruiyet sağlanmaktadır.⁷¹⁴ Pratikte pek çok suçun aydınlatılmasında büyük fayda sağlaması yüzünden vazgeçilemeyen bu uygulamanın gerekliliği, BGH kararlarında da sıklıkla vurgulanmaktadır.⁷¹⁵

Tartışma yaratan olayda da Tanık E'nin Şüpheli B ile yaptığı telefon görüşmesinde suçunu itiraf ettiğini bildirmesi üzerine polis tarafından ikinci bir telefon görüşmesi ayarlanması ve Tanık E'nin şüpheliye suç aydınlatmak için kasıtlı sorular sorması sonucu B, olay hakkında detaylı bilgiler vermiştir. Bunun üzerine yerel mahkeme B aleyhine hüküm tesis etmiş, bu durumun B'nin susma hakkını ihlal ettiğinden bahisle karar temyiz edilmiştir. BGH' nin beşinci ceza dairesi, söz konusu görüşmeyi, polis tarafından ayarlandığı, sorular belirlendiği ve dinlendiği için, polis sorgusu gibi değerlendirmiş ve susma hakkı hatırlatılmadığı için hukuka aykırı bulmuştur.⁷¹⁶ Ancak Genel Kurul, söz konusu görüşmenin sorgu olarak tanımlanamayacağını, zira şüphelinin güvenilir kişinin otoritesinde olmadığını, sorulan sorulara cevap vermeye zorlanmadığını belirtmiştir. Buna ek olarak, yapılan işlemi aldatma veya hile kapsamında değerlendirmek de mümkün olmayacaktır, zira aksi görüş hile kavramının sınırlarını çok genişletir. Nitekim, soruşturmanın gizliliğinin esas olması ilkesi çerçevesinde pek çok tedbir uygulanmaktadır. Kaldı ki, şüpheli de paylaştığı bilgilerin bir başkasına ya da polise aktarılabileceği riskini de göze almaktadır.⁷¹⁷

Son olarak bu başlık altında kısaca, ajan provokatör kurumu incelenmelidir. Ajan provokatör suçu işletip yakalatmak için kişide suç işleme kararı oluşturan azmettiriciyi ifade etmektedir.⁷¹⁸ Doktrinde ajan provokatör kullanılması kabul görmediği gibi, onun elde ettiği delillere ya da onun tanıklığından elde edilen

⁷¹⁴ Ibid., s. 267.

⁷¹⁵ Ibid., s. 267.

⁷¹⁶ BGH, NStZ 1996, s. 201 vd.

⁷¹⁷ BGH, NStZ 1996, s. 502 vd. Aksi yönde Roxin, böyle bir yorumun, polisin sorguda susma hakkı hatırlatılarak elde edemediği beyanları başka formüller bulmak ve adeta kanunu dolanmak suretiyle bu örnekteki gibi çeşitli yöntemlerle elde edebilmesinin önünü açacağını ve bu yüzden Nemo Teneturun içini boşaltacağını ileri sürmektedir. Bkz. Claus Roxin, "Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg", NStZ 1995, s. 465.

⁷¹⁸ Özbek et al., a.g.e., s. 497.

beyanlara da geçerlilik tanınması mümkün görülmemektedir.⁷¹⁹ Nitekim Yargıtay da görevlinin müdahalesinin adil yargılanma hakkını ihlal edici boyutta olduğu takdirde bunun dışında kalan -suç işlendiğini gösteren- diğer delillerin değerlendirilmesi gerektiğini vurgular.⁷²⁰ AİHM de önüne gelen davalarda, ajan provokatör kullanılmış olmasını 6. Maddenin ihlali olarak görmektedir.⁷²¹

2.5.10. Sosyal Medya

Amerika Birleşik Devletleri'nde, ek beş tarafından güvence altına alınmış susma hakkının, kişiyi sosyal medya şifresini ifşa etmekten ya da profiline girmeye zorlanmaktan koruyup koruyamayacağı tartışma konusu yapılmıştır. Zira söz konusu hesaplar halka açık nitelikte olup, burada kendini suçlayıcı paylaşım yapan kişinin hesabına, sosyal medya şirketine doğrudan yapılacak celp ile de ulaşmak mümkün olabilmektedir.⁷²² Ancak nadiren de olsa, şüphelinin iş birliği olmaksızın bu bilgileri temin etmenin mümkün olmadığı hallerde ne olacağı sorunsalı ile karşılaşılmaktadır.

Sosyal medya üzerinden paylaşılan yazı⁷²³, resim⁷²⁴, yer bildirimi⁷²⁵ ve hatta ilişki durumundaki değişiklikler⁷²⁶ bir davada araştırma yapan kolluk ve savcılığa,

⁷¹⁹ Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 453-455.

⁷²⁰ 8. CD., T. 21.05.2013, E. 2013/5397, K. 2013/15729. www.kazanci.com/kho2/ibb

⁷²¹ AİHM, “*Khudobin v. Russia*”, 26.10.2006, (Başvuru No. 59696/00), para. 133, <https://hudoc.echr.coe.int>

⁷²² Caren Myers Morrison, “Passwords, Profiles, and the Privilege against Self-Incrimination: Facebook and the Fifth Amendment”, *Ark. L. Rev.*, Vol. 65, 2012, s. 133-134.

⁷²³ Eski erkek arkadaşını öldürüne ödeme yapacağını facebook sayfasından bildiren kadına bir gönüllünün yanıt vermesi ve kadının hedefin eşgali ve adresini göndermesi üzerine yakalandıkları olay için bkz. Corky Siemaszko, “Philadelphia Mom Eley London [sic] Allegedly Tried to Hire a Hit Man over Facebook to Kill Baby's Father”, *N.Y. DAILY NEWS*, 14.06.2011, (Çevrimiçi), http://articles.nydailynews.com/2011-06-14/news/2967823_1_facebookprofile-weapons-charge-philadelphia-mom; (Yazar Belirtilmemiş), “Facebook Murder-for-Hire Victim Shot Dead”, *NBC PHILADELPHIA*, 17.08.2011, (Çevrimiçi), <http://www.nbcphiladelphia.com/news/local/127830808.html>, E.T.:06.03.2019.

⁷²⁴ MySpace'de elinde silah ile paylaştığı resmin sanık aleyhine kullanıldığı dava için bkz. *United States v. Phaknikone*, 605 F.3d 1099, 1108-09 (2010).

⁷²⁵ Banka dolandırıcılığı ile suçlanan kaçak sanığın, facebook bildirimleri üzerinden polis tarafından yakalandığı örnek olay için bkz. Alexandra Topping, “Fugitive Caught After Updating His Status on Facebook”, *THE GUARDIAN*, 14.10.2009, (Çevrimiçi), <http://www.guardian.co.uk/technology/2009/oct/14/mexico-fugitive-facebook-arrest>, E.T.:06.03.2019.

⁷²⁶ Eski kız arkadaşına yönelik cinsel saldırı suçu ile itham edilen sanığın, facebook durumunu ‘bekar’dan ‘dul’a çevirmesinin de dikkate alındığı örnek dava için bkz. *State v. Keeler*, No. A10-1819, (Minnesota Ct. App. 03.10.2011). “*D.H. testified that appellant's conduct made her feel "scared," and that she feared for her safety after she discovered that appellant had changed his Facebook relationship status from "single to widowed. (...)*”

oldukça bereketli bir delil yığını sunmaktadır. Bunun yanında hakaret, tehdit, cinsel istismar ve cinsel taciz suçları bakımından sosyal medyanın suç işlemeyi kolaylaştırıcı etkisi bulunmaktadır.⁷²⁷ Ancak sosyal medya pek çok internet sitesinde olduğu gibi, kimlik doğrulama sistemini haiz değildir. Bir mail adresine sahip herkes, herhangi - gerçek, başkasına ait, ölü birine ait ya da uydurma- bir adla sosyal medya hesabı açabilir. Bu durumda kişiden sosyal medya hesabına erişimin talep edilmesi aslında, sosyal medya hesabının varlığının, şüphelinin hesap üzerindeki kontrolünün ve hesabın gerçekliğinin teyit edilmesi anlamına gelmektedir ki, susma hakkı bakımından tartışma da bu noktada başlamaktadır.⁷²⁸

Soruşturma ve kovuşturma makamları ceza hukuku bakımından zengin bir delil hazinesi sunan sosyal medya verilerine, şüphelinin profili halka açık ise sadece hesaba girip bakarak, sadece arkadaşlarına açık ise bu kişinin arkadaşlarından biri olmak ya da sosyal medya şirketine çeşitli içerikler için mahkeme celbi göndermek suretiyle ulaşabilirler.⁷²⁹ Sosyal medya şirketi bu celbe ancak kişinin kullanıcı kimliği (sitenin URL'sinde görünen sayı dizisi), kullanıcı adı ya da e posta adresinden biri belliyse yanıt verebilmektedir. Bu verilerden herhangi birinin dahi olmaması halinde sosyal medya şirketinden bilgi sağlama yolu tıkanmaktadır. Kişinin bilgisayarının şifreli olması ya da internete lokal erişim sağlayan yerlerden bağlanmış olması halinde, bu hususta düzenlenecek arama emrinin de bir faydası olmayacaktır.⁷³⁰ Geriye tek çare olarak şüpheliden hesabına erişim sağlamasını talep etmek kalacaktır.

Burada sanıktan talep edilen bilginin erişim bilgisi olduğunun altını çizmek gerekmektedir. Zira içerik zaten kişinin kullanıcı adı/kimliği/e-mail adresinden biri bilindikten sonra şirket tarafından da sağlanabilmektedir. Ayrıca içerik, duruma göre belge ya da belirti delili olarak ele alınabilir. Ancak içeriğe erişme bilgisi bu tartışmada

⁷²⁷ Mağdurun facebook sayfasında yer alan tehdit mesajları da dikkate alınarak cinsel tacizden hüküm verilen dava örneği için: *Commonwealth v. Hennel*, 12 Pa. D. & C. 5th 308, 311 (2010); Cinsel saldırı mağduru ile sanığın facebook üzerinden tanışmış oldukları dava için: *Yarbrough v. State*, No. 10-06-00328-CR, (Texas App. 26.11.2008); İddia tanığının facebook üzerinden tehdit edildiği dava için: *Griffin v. State*, 19 A.3d 415, 420 (Md. 2011).

⁷²⁸ Morrison, a.g.m., s. 137.

⁷²⁹ Bu içeriklere katılım bilgileri, profil iletişim bilgileri, durum güncelleme geçmişi, duvar yazıları, arkadaş listeleri, fotoğraf ve videolar ve özel mesajlaşmalar dahildir. Konuya dair facebook uygulama rehberi için bkz. *Facebook Law Enforcement Guidelines* 4, <http://info.publicintelligence.net/Facebook2010.pdf>, E.T.: 06.03.2019.

⁷³⁰ Morrison, a.g.m., s. 138.

şüpheliden talep edildiğinden susma hakkını değerlendirmek için öncelikle bu bilgiyi sunmanın tanıklık kapsamında kalıp kalmayacağının incelenmesi gerekmektedir.

Amerikan hukukunda susma hakkı, *zorla- kendini suçlayıcı- tanıklık* yaptırmama olarak ele alınmakta ve tanıklık, zihinsel süreçten geçirilerek gerçekleşecek olgusal (suç konusuna dair) açıklamalar ile bilgi ifşa etmeyi kapsamaktadır.⁷³¹ Konuya tanıklığın tespitinde başvurulun mihenk taşı niteliğindeki ‘acımasız üçlem’ standardından bakılacak olursa, kişinin sosyal medya erişim bilgisi verip kendini suçlandırması, bir hesaba sahip olmadığını söyleyerek yalan tanıklıkta bulunması ya da soruyu cevapsız bırakma suretiyle mahkemeye itaatsizlik şeklinde bir paradoks meydana gelir.⁷³² Ayrıca Amerikan mahkemeleri, kişiden şifresini söylemesinin istenmesinin doğal olarak tanıklık kapsamında kaldığını iddia etmektedirler.⁷³³

Sosyal medya hesabına erişimin sağlanması ya da diğer deyişle hesabın varlığı, gerçekliği ve şüpheliye aidiyetinin teyit edilmesi bilgisinin tanıklık kapsamında kaldığının tespitinden sonra, devletin buna yönelik celp göndermesinin susma hakkı bakımından görünümü ele alınmalıdır. Şifrenin söylenmesi kendi başına suçlayıcı nitelikte olmasa da o olmadan içerikteki suçlayıcı bilgiye ulaşamayacak olması, şifre ifşasının dolaylı yoldan suçlayıcı olduğunu göstermektedir.⁷³⁴ Belge niteliğinde deliller ile konu arasında bağlantı kurularak sorunu açıklığa kavuşturmak gerekirse, beyansal nitelikte olan yani tanıklık olarak ele alınan husus, belgelerin kendisi ya da içerikleri değil, onların şüpheli ya da sanık tarafından devlet organlarına teslim edilme işi/meselesidir.⁷³⁵

Sosyal medya içerikleri, hesap sahipleri tarafından gönüllü olarak oluşturuldukları için, devlet tarafından oluşturulması zorunlu tutulmayan kayıtların nasıl ele alındığına bakılmalıdır. Zaman içerisinde çelişen pilot içtihatların izlendiği

⁷³¹ *Doe v. United States* (Doe II), 487 U.S. 201, 210 (1988); Allen-Mace, a.g.m., s. 246.

⁷³² Morrison, a.g.m., s. 147.

⁷³³ *United States v. Kirschner*, 823 F.Supp.2d 665 (2010). Bu davada mahkeme, sanığa bilgisayarındaki bazı dosyalara ilişkin şifreyi bildirmesine dair celbin ek beşe dayanan susma hakkını ihlal ettiğini, çünkü şifre bilgilerinin ifşasının zihinsel sürece dayanan bir açıklama olduğunu, arananın bir belge ya da fiziksel delil niteliğinde sayılabilecek bir nesne değil, sanığın beyanı olduğu için kişinin ‘tanıklığa’ zorlandığını ortaya koymuştur.

⁷³⁴ Morrison, a.g.m., s. 144-147.

⁷³⁵ Cole, a.g.m., s. 169. Nitekim pek çok hukuk sisteminde ceza muhakemesi kapsamında bu tarz belgelere cebri olarak elkonulması mümkün ve meşrudur.

bu konuda en güncel içtihat olarak karşımıza *Hubbell*⁷³⁶ ve *Ponds*⁷³⁷ davaları çıkmaktadır. Buna göre, devlet tutulması zorunlu olmayan kayıtların varlığını, yerini ve gerçekliğini/geçerliliğini *önceden* bilmiyorsa, belgeleri sunması konusunda kişiye celp göndermek (ve sunulan belgelere delil olarak dayanmak) ek beşe aykırı olacaktır.⁷³⁸ Ancak belge tesliminden farklı olarak, sosyal medya hesaplarında, hesabın varlığı, şüpheliye ait olduğu ve gerçekliği, şüpheli o hesaba erişene dek kesin olarak bilinemez.⁷³⁹ Dolayısıyla mahkemelerin şüpheli veya sanığı sosyal medya şifresini temine zorlaması susma hakkının ihlali niteliği taşıyacaktır.⁷⁴⁰ Ancak kişinin şifreli olmayan bilgisayarına girerek harddiskin ya da internet bağlantı bilgileri ile geçmişinin araştırılması suretiyle, ya da şifreleri kırılarak erişimin sağlanması halinde susma hakkına aykırı bir durum oluşmayacaktır.⁷⁴¹

Hesaba sosyal medya şirketi üzerinden ulaşıldığı hallerde ise susma hakkı bakımından sıkıntı olmasa da hesabın gerçekliği ve şüpheliye aidiyeti bağımsız başka delillerle desteklenmedikçe içeriğin delil değeri düşük olacaktır.⁷⁴²

Türk hukuku bakımından sosyal medya üzerinden doğrudan doğruya anlık konuşma, yazışma, görüntülü konuşma söz konusu ise iletişimin denetlenmesi tedbiri bünyesinde ele alınabilecektir.⁷⁴³ Ancak anlık olmayan paylaşım, önceden gönderilen mesaj, resim vb. için ise, bilgisayardan giriş yapıp yapılmadığının tespiti, şifrelerin çözümü, sisteme giriş yapılması bakımından CMK 134'de düzenlenmiş bulunan bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri gündeme gelebilecektir.⁷⁴⁴ Bu tedbirin şartlarına uygun davranıldığı takdirde susma hakkı bakımından bir aykırılıktan söz edilemeyecektir. Ancak şifrelerin kırılmaması sebebiyle sisteme -dolayısıyla sosyal medya sayfalarına- giriş yapılamaması halinde kişiyi şifreyi ifşaya yönelik zorlama, susma hakkını ihlal

⁷³⁶ *Hubbell v. United States*, 530 U.S. 27, 35-36 (2000).

⁷³⁷ *United States v. Ponds*, 454 F.3d 313, 320-21 (D.C. Cir. 2006).

⁷³⁸ Morrison, a.g.m., s. 153-156.

⁷³⁹ *Griffin v. State*, 19 A.3d 415, 421 (Md. 2011).

⁷⁴⁰ Aydın, a.g.e., s. 324.

⁷⁴¹ Morrison, a.g.m., s. 158-162. Yazar, sanığın şahsen izinin sürülemeyeceği kadar dikkatli davrandığı hallerde, (örneğin gerçek kimliği ile hesap açmamak, lokal erişim sağlayıcılardan internete bağlanmak, bilgisayar ve içindeki dosyalarının şifreli olması gibi), zaten facebook üzerinden kendini ele veren aleyhe delil üretmesinin de imkansızla yakın olduğunu belirtmektedir.

⁷⁴² Morrison, a.g.m., s. 162.

⁷⁴³ Aydın, a.g.e., s. 324.

⁷⁴⁴ Ibid., s. 324.

edecektir.⁷⁴⁵ Doktrinde, internetteki araştırmaların CMK 134 kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmekte ve online araştırma yapmak üzere gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin özel düzenleme yapılması gerektiği bildirilmektedir.⁷⁴⁶



⁷⁴⁵ Ibid., s. 325.

⁷⁴⁶ nver-Hakeri, 11. Baskı, s. 711.

3. SUSMA HAKKINA AYKIRILIK VE SONUÇLARI

Bu bölümde, susma hakkına aykırılık halleri ifade alma ve sorgu kuralları çerçevesinde tespit edilmiş ve susma hakkının ihlalinin doğurduğu değişken sonuçlar delil hukuku ışığında karşılaştırmalı olarak değerlendirilmiştir.

3.1. Susma Hakkına Aykırılık Oluşturan Durumlar

Nemo Tenetur ilkesi, kişinin aktif hareketle, kendi aleyhine delil vermeye zorlanmasını yasaklayan bir ilkedir.⁷⁴⁷ Kişinin özgür iradesiyle ifade vermesi ya da delil temin etmesini koruyan bu ilke dolayısıyla, özgür irade zedelenince ihlal edilmiş olacaktır.⁷⁴⁸ Bu da, ya kişiye susma hakkı hatırlatılmadan ifadesinin alınması, ya yasak yöntemler kullanılarak iradesinin kırılması suretiyle beyanının elde edilmesi, ya da teknik anlamda ifade ve sorgudan sayılmayan ancak susma hakkının geçerlilik tanınması gereken alanlarda fiziki ya da fiziki olmayan cebre başvurularak kendisinden delil elde edilmesi şeklinde gerçekleşebilir. Son husus yukarıda yer alan ‘ilkenin tartışmalı olduğu alanlar’ başlığında ele alınmış olup burada, ilkeye aykırılık oluşturan durumlardan aydınlatma yapılmaksızın ifade alınması ve yasak yöntemlerin uygulanması incelenecektir.

3.1.1. Hakkın Hatırlatılmaması

Herkesin hukuk bilgisine sahip olması beklenemeyeceğinden, hakkında bir ceza muhakemesi işlemi yapılan kişinin haklarını bilmesi çoğu zaman mümkün olmaz.⁷⁴⁹ Kendisine suç isnat edilen kişinin de muhakeme işlemlerine katılma şeklinde aktif,

⁷⁴⁷ Rogall, a.g.e., s. 67 vd.

⁷⁴⁸ İtişgen, a.g.e., s. 156; Bıçak, a.g.e., s. 377.

⁷⁴⁹ Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 224.

belli bir işlemle bağlantılı olmayan ve muhakemenin tümünü ilgilendiren olmak üzere pasif hakları bulunmaktadır.⁷⁵⁰ Kişinin bunları kullanabilmesi için haklarının kendisine bildirilmesi gerekir ki şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturma organları önünde tamamen savunmasız kalmasının önüne geçilsin ve bir nevi onunla devlet arasında silah eşitliği sağlanmış olsun.⁷⁵¹

Konumuz bağlamında susma hakkının hatırlatılmasına ilişkin CMK’ daki hükümlere bakıldığında karşımıza ilk olarak, kolluğun yakalanan kişiye haklarını derhal bildireceğini düzenleyen 90/4 çıkmaktadır. 90. Madde, bir suç işlediğinden şüphelenilen kişilerin bir yakalama emri aranmaksızın herkes tarafından yakalanabileceğini düzenlemektedir. Ancak, hakları hatırlatma yükümlülüğü yalnızca kolluğa verilmiştir. Zira sıradan vatandaşın, bu hakları bilmesi ve bildirmesi beklenemez. Dolayısıyla, kişi yetkili makama teslim edilene dek, aradan geçen sürede, konuşur ve suçunu itiraf ederse, daha sonra susma hakkını kullansa bile bu beyanlar ortadan kalkmayacak, ikrarı duyan vatandaşın tanıklık beyanı da geçerli sayılabilecektir. Bu durumun susma hakkı bakımından problem yaratacağı doktrinde ifade edilmekte ise de⁷⁵², kolluk olmayan yakalayanın aydınlatma yükümlülüğünün olmaması şüphelinin konuşmaya zorlanmadan açıklama yapması ile birlikte değerlendirildiğinde kendiliğinden yapılan açıklamalar kapsamında hukuka uygun delil olabilir. Yakalayanın şüpheliye soru sorması halinde dahi, kişinin anlattıklarının polise bildirileceği riskini göze alarak konuştuğu varsayılarak, alınan cevaplar yine değerlendirme dahilinde tutulabilir.

Aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin CMK’ daki ikinci düzenleme, 147/1-e de yer alan “*Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.*” hükmüdür. Buna göre, sorguyu yapan hakim ya da ifade almayı gerçekleştiren Cumhuriyet savcısı ya da kolluk tarafından, kişiye ifade alma veya sorguya geçilmeden önce susma hakkının bulunduğu hatırlatılır. Bilinmeyen ya da haberdar olunmayan bir hakkın kullanılabilmesi de mümkün olmadığından, şüpheli ve sanık statüsündeki bireylere haklarını öğretmek, hukuk devletinin bir görevi olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷⁵³

⁷⁵⁰ Centel-Zafer, a.g.e., s. 161.

⁷⁵¹ Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 175; Ali Rıza Çınar, “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, **TBB Dergisi**, S. 55, 2004, s. 38.

⁷⁵² İtişgen, a.g.e., s. 158.

⁷⁵³ Altunkaş, a.g.e., s. 131.

Ancak burada, kanunun aradığının şekli bir hatırlatma ya da bildirimden fazlası olduğunu belirtmek gerekmektedir. Hatırlatma, başkaca şüpheyeye yer vermeyecek biçimde, esas hakkında bilgi vermek zorunda olmadığı ifade edilerek yapılmalıdır. Muhatabının anlayabileceği şekilde söz konusu hakkın içeriği, kullanım koşulları ve sonuçları, şüphelinin sosyokültürel durumu ve tahsil derecesi de göz önünde bulundurularak anlatılmalıdır.⁷⁵⁴ Öyle ki şüphelinin bunu anladığından emin olunmalıdır.⁷⁵⁵ Susma hakkını öğretme görevinin istisnası bulunmamaktadır.⁷⁵⁶

Hakların öğretilmesi ifadeyi alan veya sorgulamayı yapanlar bakımından bir yükümlülük olduğundan şahsen yerine getirilmelidir ve bir üçüncü kişiye devredilemez.⁷⁵⁷ Yine hak bildirimini, doğrudan doğruya şüphelinin ya da sanığın kendisine yapılmalıdır.⁷⁵⁸ Bu bakımdan örneğin kişinin velisine, vasisine vb. yapılan öğretilmeler geçerli olamayacaktır.⁷⁵⁹ Bu doğrultuda, yaptığı araştırma kapsamında yargılamanın taraflarıyla konuşan, onların bilgisine başvuran ve/ya onlara sorular soran bilirkişinin aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁷⁶⁰

Karakol dışında gerçekleştirilse dahi, ifade almanın başladığı aşamada, susma hakkı da hatırlatılmalıdır.⁷⁶¹ Ancak ifade almadan sayılmayan, polisin şüphelenmediği kişilere sorular sorarak bilgi elde etmeye çalıştığı bilgi alma aşamasındaki konuşmalarda susma hakkının öğretilmesi aranmamaktadır.⁷⁶² Örneğin rutin trafik kontrolünde kişilere sorulan sorular bu nevidendir.⁷⁶³ Yine, kişinin kendiliğinden polis merkezine gelerek yaptığı açıklamalar ve itiraflarda da ifade alma kuralları geçerli olmadığından, bir hatırlatma yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir.⁷⁶⁴ İfade alma

⁷⁵⁴ İtişgen, a.g.e., s. 156; Altunkaş, a.g.e., s. 132 vd.; Şahin, a.g.e., s. 138; Beulke, a.g.e., para. 467; Çulha et al., a.g.e., bölüm E41; Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 73; Özdemir, a.g.m., s. 172.

⁷⁵⁵ Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 603-604.

⁷⁵⁶ Ibid., s.604. Terör suçu şüphelilerinin sorgulandığı acil durumlarda, kamu güvenliği gerekçesiyle susma hakkının hatırlatılmayabileceğine dair Amerikan içtihadıyla geliştirilen istisna ve AIHM'in içtihat değişikliği için bkz. Bölüm: 2.5.8. Kamu Güvenliğinin Gerektirdiği Hallerde İstisnalar

⁷⁵⁷ Demirbaş, a.g.e., s. 142.

⁷⁵⁸ Altunkaş, a.g.e., s. 131.

⁷⁵⁹ Demirbaş, a.g.e., s. 142.

⁷⁶⁰ Ibid., s. 142

⁷⁶¹ Beulke, a.g.e., para. 467; Öztürk et al., a.g.e., s.

⁷⁶² Roxin-Schünemann, a.g.e., bölüm 25/1; Kramer, a.g.e., para. 31; Centel-Zafer, a.g.e. s. 239.

⁷⁶³ Demirbaş, a.g.e., s. 59.

⁷⁶⁴ Ibid., s. 57; Schroeder-Yenisey-Peukert, a.g.e., s. 183 vd.

kapsamına girmeyen bu ve benzeri gibi hallerde, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, susma hakkının ihlal edilmesi şeklinde yorumlanamayacaktır.⁷⁶⁵

Diğer yandan, ifade alan ya da sorguyu yapan, susma hakkını öğretirken bunu kullanmasının olayın şartlarına göre sakıncalarını da bildirmekten yasaklı değildir.⁷⁶⁶

Örneğin önödeme ya da uzlaştırma kapsamında kalan bir suç söz konusuysa bundan bahsedilebilir.⁷⁶⁷ Bilhassa eldeki deliller suçu şüphelinin işlediğine işaret ediyor ve fakat suçu bir başkası işlemişse, susmayarak savunmasını yapmasının daha lehine olacağı da bildirilebilir.

Bir diğer husus, birkaç oturum devam eden ifade almalarda her oturumda hakların tekrar hatırlatılması gerekip gerekmediğidir. Doktrinde bir görüş, her seferinde hak hatırlatmanın yenilenmesi gerektiğini savunurken⁷⁶⁸ bir diğer görüş, aynı görevliler tarafından başlatılan ve aralıklarla devam eden bir ifade almada her seferinde hakların yeniden kapsamlıca anlatılmasına gerek olmadığını ileri sürmektedir.⁷⁶⁹ Ancak kişiler değişmiş ya da aradan uzun süre geçmişse, yeniden hakların öğretilmesi gerekir.⁷⁷⁰ İfade aşamasından sonra sorguda hak öğretilmesinin gerek olmadığına yönelik azınlık görüşünden başka⁷⁷¹, doktrinde çoğunluk görüşü ve Yargıtay’a göre, işlemi yapan makam değişmişse, farklı bir muhakeme aşamasına

⁷⁶⁵ Tanıklık, kendiliğinden yapılan açıklamalar ve bilgi toplama (önsorgu) şeklindeki belirlemeye ek olarak, doktrinde şu hallerde de ifade almanın mevcut olmadığı belirtilmektedir: “a) Olayın tanığı olduğu zannı ile, asıl şüpheliye soru sormak. b) Yakalanan kişinin, gözaltı birimine getirildiği sırada, deftere kayıt yapmak için gerekli soruların sorulması. c) Sadece açıklama almak amacı ile sorulan, işlendiği sanılan olayla ilgisi olmayan sorular. d) Yakalanan şüpheliyi nezarethaneye sevk eden başka memurun, sevk sırasında şüphelinin susma hakkını kullandığını bilmeden yaptığı sohbet konuşması. e) Aramaya rıza gösterip göstermeyeceğinin sorulması (muvaaffakathı arama). f) Şüphelinin yakalandıktan sonra, fakat hakları söylenmeden önce ‘susmuş olması’, aleyhine delil olarak kullanılamaz, fakat; ‘yakalandıktan sonra neler yaptığı, nasıl davrandığı’ konusunda memura duruşmada sorulan soruların cevapları, şüphelinin davranışları kolluk tarafından gözlemlenmiş olduğu için, delil olarak kullanılabilir. g) Gizli görevli veya muhbir, şüpheli ile yaptığı konuşmalar sırasında, ona haklarını söylemez.” Kaynak: Yenisey, Mueyep, s. 244.

⁷⁶⁶ Demirbaş, a.g.e., s. 156; Fatih Birtok, AİHM, Anayasa Mahkemesi Ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil Ve İspat, Ankara, Adalet Yayınları, 2016, s. 83-84.

⁷⁶⁷ Çulha et al., a.g.e., bölüm E41.

⁷⁶⁸ Kayıhan İçel, “Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul, Beta, 1998 s. 126 (İçel, Sorgu); Seydi Kaymaz, Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Ankara, Seçkin, Eylül 1997, s. 41.

⁷⁶⁹ Altunkaş, a.g.e., s. 136.

⁷⁷⁰ Feridun Yenisey, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri, Mart– Haziran 1995, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995, s. 155. (Yenisey, İfade)

⁷⁷¹ Öztürk, a.g.e., s. 17 vd.

geçilmişse ya da sanığın ek savunmasına ihtiyaç duyulacak şekilde suçun niteliği değişmişse, haklar yeniden bildirilmelidir.⁷⁷²

Şüpheli veya sanığa, isnat edilen suçun ve müdafiden yararlanma hakkının anlatılması da susma hakkının hatırlatılması bakımından dolaylı ancak önemli bir etkiye sahiptir. Nitekim itham edildiği suçu bilmeyen ve müdafî yardımından yararlanmadığı için haklarına tam anlamıyla vakıf olmayan ve hukuken lehine olan tercihi tayin edemeyen kişinin savunma hakkını etkin biçimde kullanabilmesi beklenemez.⁷⁷³ AİHM de susma hakkı ihlali iddiasıyla önüne gelen davalarda, yargılamanın adillliğini, savunma hakkına ne kadar riayet edildiğine bakarak tespit eder.⁷⁷⁴ Susma hakkının özünün zedelenip zedelenmediğinin tayininde de bilhassa avukat yardımına ne kadar erken ve etkili erişildiğini dikkate alır.⁷⁷⁵

Susma hakkını hatırlatmamanın ya da öğretme yükümlülüğüne aykırılığın tartışmalı sonuçları bir sonraki başlıkta ele alınacak olmakla beraber burada kısaca şunu belirtmek gerekir ki, öğretmenin bilerek yapılmaması ve sanki şüpheli veya sanığın konuşma yükümlülüğü varmış gibi davranılması aldatma kapsamına girer ve yasak sorgu yöntemi olarak elde edilen beyanın delil olmasını engeller.⁷⁷⁶

Genellikle şüpheli ve sanıklar bakımından gündeme gelse de susma hakkı, ceza yargılamasıyla sınırlı bir hak olmadığı ve tanıklıktan çekinme hakkını da bünyesinde barındırdığı için, CMK 45. ve 48. maddelerindeki şartlar gerçekleştiği takdirde tanıklıktan çekinme hakkının varlığı ifadesine müracaat edilecek tanığa her seferinde bildirilmelidir.⁷⁷⁷

⁷⁷² Kaymaz, a.g.e., s. 43; Altunkaş, a.g.e., s. 136; “... sorguya çekilmesi gereken sanığa, bu madde ile tanınip savunmaya ilişkin bulunan hakları(nın) ... hatırlatılmaması mutlak bozma nedenlerindendir.” CGK, T. 19.12.1994, E. 1994/6-322, K. 1994/343. www.kazanci.com/kho2/ibb

⁷⁷³ Eser, a.g.m., s. 325; İtişgen, a.g.e., s. 164-166.

⁷⁷⁴ AİHM, “Bykov v. Russia”, 10.03.2009, (Başvuru No. 4378/02), para.90; “Khan v. The United Kingdom”, 12.05.2000, (Başvuru No. 35394/97), paras.35, 37; “Allan v. The United Kingdom”, 05.11.2002, (Başvuru No. 48539/99), para.43; “Lisica v. Croatia”, 25.05.2010, (Başvuru No. 20100/06), para.49, <https://hudoc.echr.coe.int>

⁷⁷⁵ AİHM, “Salduz v. Turkey”, 27.11.2008, (Başvuru No.36391/02), para. 54; “Pishchalnikov v. Russia”, 24.09.2009, (Başvuru No. 7025/04), para.69; “Jalloh v. Germany”, 11.07.2006, (Başvuru No. 54810/00), para. 100; “Kolu v. Turkey”, 02.08.2005, (Başvuru No. 35811/97), para. 51. “Magee v. The United Kingdom”, 06.06.2000, (Başvuru No. 28135/95), para. 43, <https://hudoc.echr.coe.int>

⁷⁷⁶ Kramer, a.g.e., para. 31; Demirbaş, a.g.e., s. 154.

⁷⁷⁷ Önder, a.g.m., s. 917.

3.1.2. İfade Alma ve Sorguda Yasak Usuller

Şüpheli veya sanığın beyanının sıhhatli bir delil olabilmesi için, bu beyanın kişinin özgür iradesine dayanması gerekmektedir. Özgür iradeye dayanmayan ifadeler hem güvenilmezdir hem de insan onuruna aykırı davranışlar olarak edinilmiş olduklarından, hukuk devletinde yegane amacı maddi gerçeğe ulaşmakla sınırlandırılmayan ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamazlar.⁷⁷⁸

CMK 148'e göre; *“(1) Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz. (2) Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez. (...)”* Buna göre, ifadenin değerlendirilmezliği bakımından iki şart aranmaktadır; yasak ifade alma veya sorgu usullerinden birinin uygulanması ve bu usulün şüpheli veya sanığın özgür iradesini engellemesi.⁷⁷⁹ Madde yasak usulleri sınırlı sayıda belirlememiş, aksine ‘gibi bedensel ve ruhsal müdahaleler’ ibaresinden de anlaşıldığı üzere, örnekleme yoluyla göstermiştir.⁷⁸⁰

3.1.2.1. İşkence

İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi⁷⁸¹’ne göre işkence *“bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphelenilen 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*

⁷⁷⁸ Öztürk, a.g.e., s. 20 vd.; Kaymaz, a.g.e., s. 87 vd.; Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 174 vd.; Schulhofer, a.g.m., s. 319.

⁷⁷⁹ Feridun Yenisey, “Bilimsel Yöntemlerle Elde Edilen Delillerin Hukuka Aykırılığı Sorunu”, **Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 1996, s. 99. (Yenisey, Bilimsel) Ancak doktrinde, söz konusu yöntemlerin iradeyi etkileyip etkilemediğinin ispatlanmasının gerekmediğini, sadece ‘iradeyi etkileyebilecek nitelikte’ bir yöntemin uygulandığının ispat edilmesinin delili hukuka aykırı kılmak için yeterli olacağını belirtmektedir, bkz. Centel-Zafer, a.g.e., s. 251.

⁷⁸⁰ Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 188; Çınar, a.g.m., s. 38.

⁷⁸¹ İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme, Kabul: 10.12.1984 tarih ve 39/46 sayılı BM Genel Kurulu Kararı; Yürürlük: 26.06.1987, TC İmza: 25.01.1988, TC Onay: 3441 sayılı Onay Kanunu, Resmi Gazete Tarih: 29.04.1988, Sayı:19799.

müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızı olarak husule gelen acı ve ızdırabı içermeyiz."⁷⁸² AİHM'in üçüncü maddesinde işkence yasağı şu şekilde düzenlenmiştir: "Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz." Anayasa'nın 17/3 maddesinde "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz" hükmü yer almaktadır. TCK'nın 94. maddesinde işkence suçuna yer verilmiştir: "Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasıyla yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 24. maddesinde de ifade veya sorguda şüpheli veya sanığa işkence uygulanması açıkça yasaklanmıştır.

Buna göre, işkencenin varlığından söz edebilmek için üç temel unsurun bir arada bulunması gerekir: 1. Fiziksel veya ruhsal olarak ağır ve kuvvetli acı ve ıstırap vermelidir. 2. Kamu görevlisi tarafından ya da kamu görevlisinin rızası veya muvafakati ile yapılmalıdır. 3. Acı veya ıstırap verme, belli bir amaca yönelik olarak yapılmalıdır. Bu amaç, işkence görenden veya üçüncü kişiden, bilgi alma, itiraf elde etme, delil ele geçirme, şerikleri ele verme, ifadeyi belli yönde vermesini sağlama vb. olmalıdır.⁷⁸³ İnsan onuruna aykırı, süreklilik arz eder şekilde sistematik olarak gerçekleştirilen amaca yönelik muameleler, kişinin beden ve ruh sağlığı üzerinde tahrip edici etkiye sahipse, işkence kapsamında sayılmalıdır.⁷⁸⁴

İşkencenin yasaklanmasına hiçbir durumda istisna tanınamayacağını bir örnek üzerinden netleştirmek mümkündür. Saatli bombanın vereceği zararın engellenmesi için işkence ile bilgi edinilmesi durumun aciliyeti karşısında hukuka uygun

⁷⁸² Madde 1/2: "Bu madde, konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri ihtiva eden herhangi uluslararası bir belge veya milli mevzuata halel getirmeyiz."

⁷⁸³ İzzet Özgenç, Cumhur Şahin, "İşkence Suçu", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S.1- 2, Haziran-Aralık 2000, s. 185 vd.

⁷⁸⁴ Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 191 vd.; İlhan Üzülmüş, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu", (Çevrimiçi), <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/108.doc>, E.T.: 07.03.2019. Doktrinde, sistematik ya da sürekli olmayan hareketlerin de işkence teşkil edebileceği savunulmaktadır. Bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2015, s. 273; Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2013, s. 271. Yargıtay'ın sistematikliği işkencenin bir unsuru olarak aradığı (8. CD., T. 26.03.2014, E. 2013/15223, K. 2014/7817) ve aramadığı (4. CD., T. 09.05.2007, E. 2007/2313, K. 2007/4406) kararları bulunmaktadır. www.kazanci.com/kho2/ibb

görülebilsen de aynı aciliyet, işkence ile elde edilen bilgilerin failin yargılanmasında kullanılmasında söz konusu olmayacaktır.⁷⁸⁵ Yani, üçüncü kişi lehine meşru müdafaa ya da kamu güvenliği gerekçesiyle işkence suçunun faili bakımından hukuka uygunluk sebebi gerçekleşmiş sayılabilir.⁷⁸⁶ Ancak, bu şekilde elde edilen delil saatli bomba şüphelisi aleyhine kullanılamayacaktır. Bu durum, işkencenin mutlak karakterine hâlel gelmemesinin bir sonucudur.⁷⁸⁷

AIHM de meşhur *Gäfgen* kararında, hiçbir durumun işkenceyi meşru kılmayacağını açıkça ortaya koymuştur. Davada, kaçırılan bir çocuğun hayatını kurtarmak amacıyla şüpheliye işkence tehdidi yapılması ve bu şekilde elde edilen itirafın yapılan yargılamada kullanılması işkence yasağı bakımından bir ihlal olarak değerlendirilmiştir.⁷⁸⁸

3.1.2.2. Kötü Davranma

İfadesi alınan ya da sorgusu yapılan şüpheli veya sanığın özgür iradesiyle beyan vermesini engelleyici nitelikte, beden ve ruh sağlığına yönelen, icrai ve ihmali her tür hareketle gerçekleştirilebilen saldırılar, kötü davranma/ kötü muamele kapsamında değerlendirilmektedir.⁷⁸⁹ Çok önemsiz olan hareketler dışında, vücut ve akıl sağlığına yönelen davranışlar kötü davranmadır.⁷⁹⁰ İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve AIHM' e göre de, insana acı verip, insan onurunu rencide eden, ancak işkence derecesine varmayan davranışlar kötü davranma olarak tanımlanmaktadır.⁷⁹¹ Bunlara örnek olarak, kişinin aç bırakılması, yoğun ışığa maruz bırakılması, tedavi

⁷⁸⁵ 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.

⁷⁸⁶ İtişgen, a.g.e., s. 170.

⁷⁸⁷ Thienel, a.g.m., s. 351.

⁷⁸⁸ AIHM, "*Gäfgen v. Germany*", 01.06.2010, (Başvuru No: 22978/05), paras. 131-132, <https://hudoc.echr.coe.int>. Ancak belirtmek gerekir ki, mahkeme, ulusal makamların başvuruçunun mahkumiyetini başvuruçudan söz konusu işkence tehdidiyle alınan delile doğrudan dayandırmaksızın, yargılamadaki ikinci ikrarına ve diğer deliller üzerine kurduğu gerekçesiyle, susma hakkına uygun davranıldığı sonucuna varmıştır.

⁷⁸⁹ Centel-Zafer, a.g.e., s. 252.

⁷⁹⁰ Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 189.

⁷⁹¹ İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi, m. 16/1 "*Her Taraf Devlet, yetkisi altındaki ülkelerde 1'inci maddede tanımlandığı şekilde işkence derecesine varmayan diğer zalimane, gayriinsani veya küçültücü muamele veya ceza gibi fiillerin, bir kamu görevlisi tarafından veya onun teşviki veya açık veya gizli muvafakatı ile veya resmi sıfatıyla hareket eden bir başka şahıs tarafından işlenmesini önlemeyi üstlenecektir. (...)*" "*Pretty v. The United Kingdom*", 29.04.2002, (Başvuru No: 2346/02), para. 52; "*Kudla v. Poland*", 26.10.2000, (Başvuru No: 30210/96), para. 91; "*Ireland v. The United Kingdom*", 18.01.1978, (Başvuru No: 5310/71), para. 135, <https://hudoc.echr.coe.int>

ettirilmemesi, ilacının verilmemesi, gürültü yapılması, üzerinin kirletilmesi, tükürülmesi, sürüklenmesi, ağzının bağlanması vb. hareketler verilebilir.⁷⁹²

3.1.2.3. İlaç Verme

İlaç verme, kişinin vücuduna, katı sıvı veya gaz niteliğinde maddelerin verilmesi şeklinde olur.⁷⁹³ İlacın ne şekilde verildiği ya da kişinin rızası ile olup olmaması bir önem taşımaz.⁷⁹⁴ İlaç vermenin yasak yöntemden sayılabilmesi için, şüphelinin irade özgürlüğünün etkilenmiş olması gerekir.⁷⁹⁵ Kişiye ilaç verilmemiş olsa da tedavi amacıyla kişinin aldığı ilaçların somut olayda iradesini etkilemesi halinde, onun bu durumundan yararlanılması da yasak kapsamına girer.⁷⁹⁶

Sanığın alkol veya uyuşturucu madde bağımlısı olması durumunda bu maddelerin etkisi altındayken ifadesinin alınması da hukuka aykırı olacaktır.⁷⁹⁷ Sağlıklı bir insana az miktarda sigara veya alkol verilmesi, zihni bir etki oluşturmayacağından yasak kapsamında değerlendirilmez.⁷⁹⁸ Ancak fazla miktarda alkol yahut uyuşturucu madde verilmesi, yasağın ihlalini anlamına gelecektir.⁷⁹⁹ Sigara bağımlısı kişiye ya da ilaç alması gereken hasta bireye bunların verilmemesi ise, ilaç verme değil, kötü muamele kapsamında değerlendirilecektir.⁸⁰⁰

Bu başlıkta değerlendirilmesi gereken narkoanaliz ise, narkotik maddelerin kullanılması yoluyla şüpheli veya sanığın iradesi ile sinir sistemi arasındaki dengenin bozularak, iradenin ortadan kaldırılması sonucu beyan elde edilmesi yöntemine verilen addır.⁸⁰¹ Bu yöntemde, iradeden söz edilemediği için kişi bazen gerçek ile hayali birbirine karıştırmakta, gerçeği açıklamaktan ziyade bilinçaltındaki düşünceleri anlatmakta ya da olmamış olayları olmuş gibi söyleyebilmektedir.⁸⁰² Ayrıca narkoz

⁷⁹² Aydın, a.g.e., s. 261. ABD de sanığa belli oranda baskının kabul edildiğine dair bkz., Yenisey, Bilimsel, s. 99.

⁷⁹³ Şahin, a.g.e., s. 176; Bıçak, a.g.e., s. 462.

⁷⁹⁴ Aydın, a.g.e., s. 270.

⁷⁹⁵ Demirbaş, a.g.e., s. 365; İtişgen, a.g.e., s. 173.

⁷⁹⁶ Şahin, a.g.e., s. 177; Centel-Zafer, a.g.e., s. 253.

⁷⁹⁷ Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 195-196; Kaymaz, a.g.e., s. 100.

⁷⁹⁸ Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 195-196.

⁷⁹⁹ Centel-Zafer, a.g.e., s. 253.

⁸⁰⁰ Demirbaş, a.g.e., s.367; Kaymaz, a.g.e., s. 101.

⁸⁰¹ Filiz Dinçer, “Yasak Sorgu Yöntemleri”, **Manisa Barosu Dergisi**, Ekim 1995, Yıl:14, S:55, s. 18.

⁸⁰² Yıldırım, a.g.m., s. 699-700.

etkisi altındaki bireye uygun sorular sorulmak ve telkinde bulunulmak suretiyle istenen ifadelerin alınması mümkün olduğundan, bu yöntemle elde edilen deliller ve açıklamalar güvenilmezdir.⁸⁰³

3.1.2.4. Yorma

Yorma, bedeni yorgunluk ve bitkinliğin irade özgürlüğünü tehlikeye düşürecek vaziyette olması ya da bu vaziyete getirilmesidir. Kişinin yorularak ya da daha önce var olan yorgunluğundan yararlanılarak ifadesinin alınması yasak kapsamında kalır.⁸⁰⁴ Kişinin acele olmayan ya da gecikmesinde sakınca bulunmayan hallerde gece vakti ifadesinin alınması, ifade almanın çok uzun sürmesi ya da aralıksız yapılması, kişinin aç veya uykusuz bırakılması, ayakta bekletilmesi gibi haller bu duruma örnek verilebilir.⁸⁰⁵ Her somut olay kendi şartları içinde, objektif olarak kişi yorgunken sorgunun yapılmasının gerekliliği ve bireyin yaş, hafıza, hastalık, zihinsel özellikler gibi diğer yönlerin göz önünde bulundurulması suretiyle değerlendirilmelidir. Yormanın yasak yöntem kapsamında kalıp kalmadığı böylece tespit edilmelidir.

3.1.2.5. Aldatma

Aldatma, ifadesi alınan veya sorgulanan şüpheli veya sanığın özgür iradesinin ortadan kaldırmaya yönelik hileli davranışlardır. Aldatma, kişiden gerçeğin gizlenmesi, gerçek olmayan olayların gerçekmiş gibi gösterilmesi, aldatıcı sorular sorulması, yalan söylenmesi, yanlış hadiseler yaratılması, olayın basite indirgenmesi ya da abartılması gibi çeşitli şekillerde tezahür edebilir.⁸⁰⁶

Aldatma geniş yorumlandığı takdirde, susma hakkı en iyi biçimde koruma alanı bulabilecekken, dar yorumlanmasında, soruşturma ve kovuşturma makamlarının suçu

⁸⁰³ Yıldırım, a.g.m. s. 700; Demirbaş, a.g.e., s. 366.

⁸⁰⁴ Dinçer, a.g.m., s. 19; Demirbaş, a.g.e., s. 367.

⁸⁰⁵ Dinçer, a.g.m., s. 19; Demirbaş, a.g.e., s. 368; Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 198 vd.; Kaymaz, a.g.e., s. 103.

⁸⁰⁶ Kaymaz, a.g.e., s. 104 vd.; Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 201 vd.; Bıçak, a.g.e., s. 466; Roxin-Schünemann, a.g.e., bölüm. 25/24; Lutz Meyer-Gossner, **Strafprozessordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze, und ergänzende Bestimmungen**, München, C.H. Beck, 2012, s. 629.

araştırmasının aksaması engellenmiş olacaktır.⁸⁰⁷ İfadeyi alan veya sorguyu yapanın her bildiğini şüpheli veya sanıkla paylaşması beklenemeyeceğinden, bazı hususların gizlenmesi aldatma sayılamayacaktır.⁸⁰⁸ Ancak, beyan elde etmek ya da ikrarı sağlamak için belli olay ve delillerin mübalağalı olarak yorumlanmasının aldatma sayılmaması görüşü⁸⁰⁹ CMK 148'in açık hükmü karşısında kabul görmemelidir. Nitekim hangi hallerin aldatma kapsamında kalacağı hususunda net bir kriterin bulunmaması karşısında en makul ölçüt olarak, şüphelinin özgür iradesinin etkilenmiş olup olmadığı alınmalıdır.⁸¹⁰

Konusuna göre aldatmayı, hukuki ve olaya ilişkin olarak sınıflandırmak mümkündür. Örneğin, avukat hazır olmadan sorunun hukuk sisteminde kural olduğunu, sanığın tanık sıfatıyla dinleneceği için gerçeği söylemeye mecbur olduğunu, susmasının aleyhine delil olarak kullanılacağını, ikrarının cezasını muhakkak hafifleteceği gibi hukuki duruma aykırı bilgiler verilmesinde hukuki konularda hileye başvurulmaktadır.⁸¹¹ Diğer yandan, gerçeğe aykırı olarak şeriklerin ikrarda bulunduğunu, tanıkların onu suçlayıcı ifadeler verdiklerini, olay yerinde şüpheliye ait parmak izi, kan damlası, doku örneği vb. bulunduğunu söyleyerek beyan elde etmeye çalışmada ise, olaya ilişkin aldatma söz konusudur.⁸¹² Yine, şüpheli veya sanığa sempati ve anlayış gösterilerek moral olarak haklı çıkarılması, kendisine yönelik ithamın küçümsenmesi, kasten öldürmede mağdurun yaşadığının, cinsel saldırıda mağdurun rızasının varlığının söylenerek itirafa uygun atmosfer yaratılması da, basite alma örneği olarak karşılaşılan olaya ilişkin hileli davranışlardır.⁸¹³ Ancak görevlilerin şüpheliyi doğruyu söylemesi konusunda uyarması, ifadenin hukuka uygunluğuna halel getirmez.⁸¹⁴

Yöntem olarak ise aldatma, kasti, dikkatsizlik üzerine ya da şüpheli veya sanıkta bulunan hatadan yararlanma şeklinde üç grupta incelenebilir. Bunlardan ilki için en yaygın yöntem, şüpheli veya sanığın bulunduğu hücreye suçlu görünümünde bir kolluk görevlisi yerleştirilmesi ve bu görevlinin sohbet esnasında kişiden bilgi

⁸⁰⁷ Altunkaş, a.g.e., s. 162.

⁸⁰⁸ Demirbaş, a.g.e., s. 370.

⁸⁰⁹ Öztürk et al., a.g.e., s. 370.

⁸¹⁰ Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 200; Demirbaş, a.g.e., s. 369; Altunkaş, a.g.e., s. 163.

⁸¹¹ Bıçak, a.g.e. s. 466; Dinçer, a.g.m., s. 22.

⁸¹² Bıçak, a.g.e., s. 466.

⁸¹³ Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 202-203; Altunkaş, a.g.e., s. 165.

⁸¹⁴ Altunkaş, a.g.e., s. 167.

almasının sağlanmasıdır.⁸¹⁵ Bu işlemin ifade alma sayılmayacağı, kişinin kendini baskı altında hissetmeyeceğinden bahisle elde edilen delilin kullanılabilmesi iddia olunabilirse de⁸¹⁶, burada kişinin iradesi güven sağlanmak suretiyle açıkça fesada uğratıldığı için, bu şekilde bilgi toplanması hukuka aykırı görülmelidir.⁸¹⁷

Şüpheli veya sanığın dikkatsizlik sonucu ve bilinçsizce hataya sevk edilmesi halinde, bunun aldatma sayılıp sayılmayacağı yönünde farklı görüşler mevcuttur. Birinci görüşe göre, ifadeyi alan veya sorguyu yapanın bilgisizliği, bilgi eksikliği veya durumu yanlış yorumlaması sonucu kişiyi aldatma niyeti olmadan kişiyi hataya düşürmesi halinde, somut olayın şartlarına göre sanık haklarının önemli ölçüde ihlal edilip edilmediği değerlendirilerek yapılabilecek delil ona göre kabul edilmeli veya edilmemelidir.⁸¹⁸ İkinci görüşe göre ise, burada önemli olan aldatanın kastı değil, aldatılanın özgür iradesinden mahrum kılınması olduğundan sonuç değişmemeli, kast olmayan hallerde de söz konusu deliller değerlendirme yasağı kapsamında kalmalıdır.⁸¹⁹ Şüpheli veya sanığın kendisinden kaynaklanan hukuki veya maddi olaya ilişkin hatalı tahayyüllerden yararlanmak da yine, aldatma yöntemlerinden biri sayılmaktadır.⁸²⁰

İfade ve sorgu esnasında ses ve görüntü kaydı alınabilmesi için, bu hususun şüpheli veya sanığa bildirilmesi yeterli olup, ayrıca bu konuda rıza göstermesi aranmayacaktır.⁸²¹ Tutuklu şüpheli veya sanığın, ziyaretçisi ile yaptığı görüşmelerin bir polis memuru eşliğinde gerçekleşmesi ya da görüşmenin kayda alınacağını bildirildiği hallerde aldatmadan söz edilemeyecektir.⁸²² Benzer durum suç ortakları bakımından da söz konusu olacaktır. Ancak birbirlerine suç hakkında bilgi verirler ve ikrarlarda bulunurlar beklentisiyle ses veya görüntü kaydı alınan bir hücreye konulan

⁸¹⁵ Ibid., s. 167.

⁸¹⁶ Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin bu yönde kararları bulunmaktadır. Bilgi için bkz. Yenisey-Nuhoglu, a.g.e., s. 597

⁸¹⁷ Meraklı, a.g.m., s. 1600; Meyer – Gossner, a.g.e., s. 7; BGHSt 52, 11: NJW 2007, 3138; Ayrıca, tutuklu ve hükümlüler arası güvensizlik duygusu yayarak onların ıslahına olumsuz etki ettiği gerekçesi ile de 'koyun yöntemi' olarak adlandırılan bu yöntem yoğun eleştirilere maruz kalmıştır, bkz. Pierre Bouzat; "Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanması Doğruluk Kuralları"; Çev: H. İsmet Bıyıklı, **Yargıtay Dergisi**, C: 3; S: 1, Ankara, Ocak 1977, s. 101.

⁸¹⁸ Demirbaş, a.g.e., s. 334-338; Putzke-Scheinfeld, a.g.e., para. 356; Hartmann-Schmidt, a.g.e., para. 769.

⁸¹⁹ Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 207; Kaymaz, a.g.e., s. 106; Dinçer, a.g.m., s. 24.

⁸²⁰ Dinçer, a.g.m., s. 23.

⁸²¹ Ibid., s. 25; Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 208.

⁸²² Aydın, a.g.e., s. 276-277.

suç ortaklarının bu itirafları delil kabul edilmemelidir.⁸²³ Her ne kadar bu gibi durumlar teknik anlamda ifade alma veya sorgudan sayılamasa da özgürlüğünden yoksun kılınmış şüpheli veya sanığın, gizlilik beklentisiyle ve dinlenilmediğine güvenerek gerçekleştirdiği konuşmalar aldatma yasağını ihlal eder nitelik taşıdığından hukuka aykırı delil sayılmalıdır.⁸²⁴

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi veya güvenilir kişiden yararlanılması, kanunlara uygun tatbik edildiği takdirde, aldatma kapsamında değerlendirilmez.⁸²⁵ Ancak tutuklu bulunan şüpheli veya sanığın kurulan mizansenden habersizce, kendini rahat hissetmesi sağlanarak güveninin sömürülmesi ile elde edilen beyanları bakımından, yasak ifade alma ve sorgu usulünün varlığı kabul edilmeli ve bu delillere geçerlilik tanınmamalıdır.⁸²⁶ Benzer şekilde, kişi susma hakkını kullanacağını bildirdikten sonra, sohbet havasında gerçekleştirilen ve kayda alınan açıklamalar da, aldatma suretiyle edinilmiş kabul edilir ve kullanılamaz.⁸²⁷

3.1.2.6. Cebir ve Tehditte Bulunma

Cebir, bir kimsenin rızasına aykırı olarak bir davranışı yapmaya ya da yapmamaya zorlanması olarak tanımlanabilir. Yasak usul bağlamında ise, hukuk düzenince izin verilen müdahalenin dışında kalan ve muhatabından beyan elde etmek için vücuduna acı veren müdahalelerdir.⁸²⁸ Burada koruma tedbirlerinin ya da diğer ceza muhakemesi delil elde etme veya değerlendirme işlemlerinin özünde yer almayan bir zorlamadan söz edilmektedir.⁸²⁹ Tehdit ise, kişinin belli yönde ifade vermemesi halinde, kendine veya yakınlarına zarar verileceği yönündeki korkutmayı ifade etmektedir.⁸³⁰ Ancak söz konusu tehdit, hukuken yerine getirilmesi meşru kabul

⁸²³ Bıçak, a.g.e., s. 464-466.

⁸²⁴ Demirbaş, a.g.e., s. 237; Ünver-Hakeri, a.g.e., s.74; İtişgen, a.g.e., s. 176. Aksi yönde bkz. Yenisey, İfade, s. 88. Yazar aksi uygulamanın ülkeyi suçlu cennetine çevirebileceğini ileri sürmektedir.

⁸²⁵ Birttek, a.g.e., s. 353; Yenisey, Mueyep, s. 244; Meraklı, a.g.m., s. 1599; AİHM de gizli soruşturmacı görevlendirilmesini konu alan “*Bykov v. Rusya*” kararında, şüphelinin polis memuruyla konuşmak zorunda olmadığını, üzerinde böyle bir baskı oluşturulmadığı için ikrarının iradi kabul edilebileceğine ve ihlal teşkil etmediğine hükmetmiştir.

⁸²⁶ Centel-Zafer, a.g.e., s. 253-254; Putzke – Scheinfeld, a.g.e., para. 382, 383.

⁸²⁷ Yener Ünver, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, **CHD**, S. 2, Aralık 2006, s. 118. (Ünver, İspat)

⁸²⁸ Öztürk, a.g.e., s. 133.

⁸²⁹ Aydın, a.g.e., s. 278.

⁸³⁰ Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 218.

edilmeyen bir tedbirle korkutmadır.⁸³¹ Örnek olarak, şüpheli veya sanığa daha önce yapılmış olduğu iddia edilen işkencelerden bahsetmek, senaryo dahi olsa bağırırlar dinletmek verilebilir.⁸³² Cebir ve tehditte temel unsur, kişinin özgür iradesine etki edilmesidir.⁸³³ Cebir ve tehdidin aslında kötü davranma kapsamında değerlendirilmesi mümkün⁸³⁴ ve makuldür. Kanun koyucunun bu usulleri ayrıca zikretmesinin, anlamı güçlendirme çabasının sonucu olduğu kanaatindeyiz.

3.1.2.7. Kanuna Aykırı Yarar Vaadinde Bulunma

İfade alanın ya da sorgulayanın, şüpheli veya sanığa, yetkisi kapsamında olmayan, iktidarında bulunmayan kişisel ya da olaya ilişkin, hukuken izin verilmeyen menfaat önermesi şeklinde tanımlanabilir.⁸³⁵ Her menfaat değil, kişinin özgür iradesini engelleyen tür ve derecedekiler bu kapsamda kabul edilir. Örneğin, kişiye çay kahve ikramı, sigara verilmesi, yemek yedirilmesi gibi sözler verme, bu bakımdan elverişsizdir.⁸³⁶ Etkin pişmanlık veya şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı halinde bunların şüpheli veya sanığa açıklanması, isnat edilen suçun cezasını söylemek ve ikrar halinde hakimın bunu dikkate alarak indirim yapabileceğini söylemek, ya da TCK m. 38/3 kapsamında azmettirenin ortaya çıkmasını sağladığı halde cezasında yapılacak indirimi bildirmek, kanunda yer aldığı ve hukuka uygun olduğu için kanuna aykırı yarar vaadinde bulunma olarak değerlendirilemez.⁸³⁷ Ancak örneğin, kolluğun ya da savcının şüphelinin ikrarı halinde cezasının erteleneceğini ya da indirileceğini söylemesi, bu konudaki takdir hakkı mahkemeye ait olduğundan, kanuna aykırı yarar vaadidir.⁸³⁸ Yine, ikrar halinde tutukluluk halinin sona erdirileceğinin vaat edilmesi, suç ortaklarını ele verirse kendisi hakkında dava açılmayacağını söylenmesi, ya da polisin ikrar ederse sanığı mafyadan koruyacağını bildirmesi, yasak kapsamında sayılmıştır.⁸³⁹

⁸³¹ Altunkaş, a.g.e., s. 175; Bıçak, a.g.e., s. 468.

⁸³² Kaymaz, a.g.e., s. 122.

⁸³³ Bıçak, a.g.e., s. 468.

⁸³⁴ Centel-Zafer, a.g.e., s. 254.

⁸³⁵ Yıldırım, a.g.m., s. 700; Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 216.

⁸³⁶ Bıçak, a.g.e., s. 468.

⁸³⁷ Centel-Zafer, a.g.e., s. 255; Demirbaş, a.g.e., s. 375.

⁸³⁸ Centel-Zafer, a.g.e., s. 255. Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 216.

⁸³⁹ Erem, Susma, s. 10; Schroeder- Yenisey- Peukert, a.g.e., s. 185.

3.1.2.8. Bazı Araçlar Kullanma

Şüpheli veya sanığın irade özgürlüğünü etkileyen araçların da ifade alma ve sorgu sırasında kullanılması yasaklanmıştır. Bunlara örnek olarak bu başlıkta poligraf, pallometri ve beyin elektriksel titreşim izleri incelenecektir.

Poligraf veya yalan makinesi, kişinin adrenalin nedeniyle kan basıncı, nabız atışı, solunumu, ter salgılaması ve bilinçsiz kas hareketlerinin ölçülmesi vasıtasıyla, bireyin kontrol edemediği reaksiyonlarından doğruyu söyleyip söylemediğini tespiti yarayan alettir.⁸⁴⁰ Bugün poligrafın sadece bir ölçü aleti olması sebebiyle, bedensel saldırı özelliğinin bulunmaması ve kişinin iradesine yönelik bir zorlama oluşturmaması yönünden susma hakkı ile çelişmediğini iddia eden görüş azınlıktadır.⁸⁴¹ Buna karşın doktrinde hakim olarak, poligrafın yasak yöntem kapsamında kaldığı kabul edilmektedir.⁸⁴²

İlk eleştiri yalan makinesinin doğruluk tespitinin eksik olduğu, yetersiz olduğu ve hedeften sapmaya neden olabileceği gerekçesiyle her zaman sağlıklı sonuçlar vermeyebileceğine yönelir.⁸⁴³ Nitekim başarı oranının %60-75 civarı olduğu bilinmektedir.⁸⁴⁴ Kaldı ki kişi masum bile olsa, sorgu atmosferinde heyecanlanıp aleti yanıltabileceği gibi, soğukkanlı ve tecrübeli bir suçlu da poligraf testinde dürüst çıkabilir.⁸⁴⁵

İkinci olarak, poligrafın adeta engizisyon sistemini andıran bir itiraf ve baskı aracı olduğu⁸⁴⁶, ayrıca ispat yükünü devletten alarak şüpheliye yüklediği için masumiyet karinesine de aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmektedir.⁸⁴⁷

⁸⁴⁰ Altunkaş, a.g.e., s. 180.

⁸⁴¹ Dov Fox, "The Right To Silence Protects Mental Control", **Akron Law Review**, Vol: 42, 2009, s. 768 vd.

⁸⁴² Demirbaş, a.g.e., s. 332, 374; Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 210 vd.; Üzülmüş, Çevrimiçi; Roxin-Schünemann, a.g.e., bölüm 25/18; Beulke, a.g.e., para. 141; Altunkaş, a.g.e., s. 180 vd.

⁸⁴³ Altunkaş, a.g.e., s. 181; Aydın, a.g.e., s. 281.

⁸⁴⁴ Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 214.

⁸⁴⁵ Başer, Mert - Yenidünya, Caner; "Türk Ceza ve Ceza Usul Hukuku Kapsamında Yasak Sorgu Yöntemleri, Sanığın Yasak Sorgu Yöntemlerine Karşı Bir Korunma Yolu: İşkence ve Kötü Muamele Yapmak Suçu", **İzmir Barosu Dergisi**, S:4, Ekim 1996, s. 43.

⁸⁴⁶ Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 211.

⁸⁴⁷ İtişgen, a.g.e., s. 155.

Son olarak yalan söylediği anlaşılan kişinin savunma yapmasının bir anlamı kalmayacaktır. Bu durum açıkça irade hürriyetini engellemektedir.⁸⁴⁸ Yalan makinesine bağlandığında kişinin istemsiz vücut tepkileri üzerinden ölçüm yapıldığından, kişinin kendisine yöneltilen sorulara istediği gibi cevap verme ya da vermeme özgürlüğünden söz edilemeyecektir. Bu da açıkça susma hakkının ihlali anlamına gelecektir.⁸⁴⁹ Kaldı ki maddi ceza hukuku bakımından bir sonucu olmadığı takdirde susma hakkının yalan söyleme hakkını barındırdığını düşünen görüş sayısı da az değildir.⁸⁵⁰ Nihayet, yalan makinesi hatalı sonuç verse ya da kişinin bağlandığı alet yalan makinesi olmasa dahi, beyanlarının doğru veya yanlışlığının açıkça ortaya çıkacağı şüpheli tarafından bilinmesi, onu adeta itirafa ikna eder, bir nevi ikrara zorlar.⁸⁵¹ Bu da kişinin iradesi dışında aleyhe delil vermeye zorlanması ile aynı anlama gelecektir.⁸⁵²

Türk hukukunda uygulaması bulunmayan poligrafın, Alman hukukunda da, kişinin yönlendirme kabiliyetini ortadan kaldırdığı ve Nemo Tenetur ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle kullanımı kabul edilmemektedir.⁸⁵³ Kişiden rızanın zorla alınabileceği ihtimaline karşılık bu aletin kullanımı rızanın varlığında dahi kabul edilemez.⁸⁵⁴ Amerika’da ise uygulama birkaç eyaletle sınırlı kalmış olup, poligraftan elde edilen sonuçlar ancak duruşma öncesi taraflarca kabul edilirse delil niteliği kazanabilmektedir.⁸⁵⁵ Günümüzde ise daha çok savunma tarafından masum sanığın aklanmasına yönelik kullanıldığı bilinmektedir.⁸⁵⁶

Pallometri ise, özellikle ahlaki ve cinsel suçlar bakımından uygulanan bir yöntem olup, bu yöntemde bir takım resim ve sesler yoluyla sağlanacak cinsi uyarılar karşısında penisin gösterdiği reaksiyon ölçülmektedir.⁸⁵⁷ Ereksiyon ölçüm oranına göre kişinin potansiyel suçluluğun yorumlanması gündeme gelir. Ancak elde edilen sonuçların isabeti noktasında tereddütler bulunduğu gibi, devletin kişinin özel hayatına

⁸⁴⁸ Üzülmüş, Çevirimiçi.

⁸⁴⁹ Altunkaş, a.g.e., s. 183.

⁸⁵⁰ Erem, Diyalektik, s. 160; Şen, a.g.e., s. 63.

⁸⁵¹ Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 213.

⁸⁵² Bıçak, a.g.e., s.472.

⁸⁵³ Beulke, a.g.e., para. 141.

⁸⁵⁴ Ibid., para. 141; Altunkaş, a.g.e., s. 183.

⁸⁵⁵ Aydın, a.g.e., s. 282.

⁸⁵⁶ Bıçak, a.g.e., s. 474. Yazar, yalan makinesinin cebir ve tehdide son verebilme olanağını da değerlendirerek, yalan beyanın ortaya çıkarılmasına yarayan bu teknolojik yöntemi desteklemektedir.

⁸⁵⁷ Altunkaş, a.g.e., s. 183.

bu denli müdahalesi ve yöntemin insan haysiyetine aykırılık arz etmesi birlikte değerlendirildiğinde, pallometri kullanılmasının da bir yasak usul teşkil ettiği sonucuna varılmaktadır.⁸⁵⁸

Beyin Elektrik Titreşim İzleri ise, soruların sorular ya da yapılan yorumlar karşısında, bilhassa da hafıza bölgesinin verdiği titreşimler ölçülmek suretiyle delil edinilmesi yöntemidir. Prensip itibarıyla yalan makinesine benzetilebilecek bu yöntem için yukarıda yapılan açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.⁸⁵⁹

3.1.2.9. Diğer Yasak Yöntemler

CMK' nın ifade alma ve sorguda yasak usulleri düzenleyen 148. maddesi, “... gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler” ibaresini kullanarak maddede sayılan yöntemlerin sınırlı olmadığını göstermiştir. Böylece kanunda açıkça yer almasa da şüpheli veya sanığın irade özgürlüğünü engelleyici nitelikteki diğer başka metotlar da yasak kapsamında değerlendirilecektir.

Bu metotlardan biri olarak karşılaşılabilecek hipnoz, hipnotize edilenin bilincini etkileyen ve tamamen tesirsiz hale getiren, bireyin telkinlere açık olduğu yapay uyku durumu olarak tanımlanan psikolojik bir uygulamadır.⁸⁶⁰ Kişinin iradesinin tam olarak ortadan kalktığı, aleyhine de olsa tüm sorulara cevap vermekten kendini alıkoyamadığı ve adeta obje haline getirildiği hipnozun, insan onuruna ve susma hakkına açıkça aykırı olduğu ve yasak usul sayılması gerektiği aşıkardır.⁸⁶¹

Bu başlık altında gündeme gelen diğer yasak yöntem, sömürmedir. Sömürme, bireyin fiziksel ya da ruhsal durumundan veya karakterinden yararlanma; onun inanç, din, etik, aile, arkadaşlık duygularını ya da yasal görevlerini kullanma şeklinde tezahür edebilir.⁸⁶² Örneğin Amerika'da bir davada, gözü altında olan ve kendisine yöneltilen sorulara cevap vermeyen şüpheliye, yakın arkadaşı olan polis memurunun suçunu ikrar etmezse işinden olacağı söylenmiştir. Mahkeme, bu şekilde elde edilen itirafın gönüllü

⁸⁵⁸ Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 215; Dinçer, a.g.m., s. 28.

⁸⁵⁹ Detaylı bilgi için bkz., Fox, a.g.m., s. 766 vd.

⁸⁶⁰ Altunkaş, a.g.e., s. 188.

⁸⁶¹ Kaymaz, a.g.e., s. 121; Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 217.

⁸⁶² İtişgen, a.g.e., s. 172.

olmadığı için delil olamayacağına hükmetmiştir.⁸⁶³ Bir diğer örnek, silahla kasten öldürme şüphesiyle göz altına alınmak üzere polis merkezine götürülen şüphelinin yanında gerçekleştirilen kurmaca konuşmadır. Bir memur diğerine, olay okul civarında gerçekleştiği için çocuklardan birinin kayıp silahı bulabileceğini ve kendisi ya da diğer çocuklara zarar verebileceğini hatırlatmıştır. Diğerinin ise, bunun olmaması için Tanrı'ya dua etmeleri ve aramaya devam etmeleri gerektiğini bildirmesi üzerine şüpheli konuşmayı keserek silahın yerini söylemiştir. Bu beyan ise, beşinci eke aykırı görülmeyle mahkemece geçerli kabul edilmiştir.⁸⁶⁴

3.1.3. İfade Alma ve Sorguda Yasal Usuller

Nemo Tenetur ilkesinin, delil güvenliğini, birey otonomisini ve insan onurunu teyit ettiği ileri sürülmektedir.⁸⁶⁵ Şüphelinin beyanları güvenilir de olsa, insan onuru hiçe sayılarak yasak yöntemlerin uygulanması suretiyle elde edilmişse kabul edilemez. Ya da birey otonomisine saygı duyularak, yani kişinin özgür iradesiyle yaptığı açıklamalar da her zaman güvenilir olmayabilir. Örneğin, kişi başkasını korumak için suçu üstlenmiş olabilir. Ancak bu durum delilin kullanılmasına engel olmaz. Dolayısıyla aslında bu denklemden delil güvenliğini çıkarmak makul bir çözüm olacaktır.⁸⁶⁶

Yasak yöntemler hem insan onuruna aykırı oldukları hem de irade özgürlüğünü ortadan kaldırdıkları için elde edilen açıklamaları geçersiz kılarlar. İnsan haysiyetine uygun yöntemle maddi gerçeğe ulaşmak şeklinde özetlenen ceza muhakemesi amacına erişme noktasında zaten, insan onuruna aykırı olarak temin edilmiş her tür delilin dışlanması gerekecektir. Böylece susma hakkının odağı birey otonomisi ya da irade hürriyeti olarak belirmektedir.

Geniş anlamda susma hakkının ilk ayağı olan kendi aleyhine delil vermeye zorlanamama ilkesindeki 'zor', katlanma yükümlülüğü ile sınırlanmaktadır. Diğer

⁸⁶³ *Spano v. New York*, 360 U.S. 315 (1959).

⁸⁶⁴ *Rhode Island v. Innis*, 446 U.S. 291 (1980).

⁸⁶⁵ Godsey, a.g.m., s. 479-481; Welsh S. White, "False Confessions and the Constitution: Safeguards Against Untrustworthy Confessions", **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Vol. 32, 1997, s. 111-112.

⁸⁶⁶ Chiesa, a.g.m., s. 44-46.

ayak olan dar anlamda susma hakkı, ya da savunmanın susarak yapılması hakkında ise, konuşmaya zorlanamama, yasal yöntemlerle sınırlıdır. Açmak gerekirse, şüpheli veya sanığa susma hakkının hatırlatılmaması ya da 148’de sayılan yöntemlerle kendisinden beyan elde edilmesi halinde kişi konuşmaya zorlanmış kabul edilecek ve bu açıklamalar kullanılamayacaktır. Ancak hemen her ülkenin hukuk sisteminde, bireyi konuşmaya ‘zorlayan’ kanuni düzenlemeler mevcuttur. Nitekim zorlama, sadece fiziksel cebirle sınırlanmayan bir kavramdır.⁸⁶⁷

Türkiye’de uygulaması olmasa da Amerika’da başvuru bağışıklık hükümlerine göre, kendisine bağışıklık teklif edildiği halde aleyhine tanıklık yapmayı reddeden sanık, mahkemeye itaatsizlikten sorumlu tutulabilmektedir.⁸⁶⁸ Dolayısıyla bu şekilde temin edilen ifadelerin gönüllülüğünden söz edilemez.⁸⁶⁹

Yine, dava ya da iddia pazarlığı kurumunda da savcı sanığa, eğer suçunu ikrar ederse yargılama yapıp suçlu bulunsaydı alacağı cezadan daha azının verileceğine ilişkin öneride bulunur.⁸⁷⁰ Sanığın konuşmasının bu şekilde daha az ceza ile ödüllendirilmesinin ona susma hakkını kullanmaması yönünde baskı yaratmaktadır.⁸⁷¹ Nitekim, suçun ortaya çıkarılması için yargılama makamlarıyla ‘efektif işbirliği’ yapan şüpheli veya sanığın cezasında indirim öngören ve ülkeden ülkeye farklılık arz eden pek çok düzenleme mevcuttur.⁸⁷² Bu yöntemlerde, devletin kullandığı ‘zor’ açıkça gözlenemese de, cezada yapılacak indirim öyle teşvik edicidir ki sanık adeta susma hakkında feragat teşvik edilmektedir.⁸⁷³ Türk hukuku bakımından buna örnek olarak etkin pişmanlık hükümleri verilebilir ki çok benzer düzenleme, pek çok Kıta Avrupası ülkesi hukukunda da yer almaktadır.⁸⁷⁴ Kısaca etkin pişmanlık, ilgili suçu düzenleyen kanun maddesinde buna ilişkin hüküm olması şartıyla, ceza yargılamasının çeşitli aşmalarında suçunu ikrar etmesi halinde şüpheli veya sanığın hakkında ceza indirimi yapılmasına ya da herhangi bir cezaya hükmolünmamasına

⁸⁶⁷ İtişgen, a.g.e., s. 129.

⁸⁶⁸ Chiesa, a.g.m., s. 47; *Brown v. Walker*, 161 U.S. 591, 609–10 (1896); *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441, 453 (1972).

⁸⁶⁹ Chiesa, a.g.m., s. 48; Ambos, a.g.m., s. 172-174.

⁸⁷⁰ Yapar, a.g.e., s. 163-171; John H. Langbein, “Torture and Plea Bargaining”, **The University of Chicago Law Review**, Vol. 46, No. 1978, s. 8-17.

⁸⁷¹ Hauer, a.g.m., s. 1048; Stuntz, a.g.m., s. 1270 vd.

⁸⁷² Chiesa, a.g.m., s. 48-49.

⁸⁷³ Ibid., s. 49; Godsey, a.g.m., s. 473; Hauer, a.g.m., s. 1049; Stephen C. Thaman, “Plea-Bargaining, Negotiating Confession and Consensual Resolution of Criminal Cases”, **Electronic J. Comp. L.**, Vol.11, Dec. 2007, s. 8–12 (Thaman, Plea Bargaining).

⁸⁷⁴ Thaman, Plea Bargaining, s. 20 vd.

karar verilmesi sonucunu doğuran bir şahsi cezasızlık sebebidir. Bu kapsama, azmettirenin ortaya çıkmasını sağlayan failin cezasında indirim yapılmasını düzenleyen TCK 38/3 hükmü de dahil edilebilir.

Susma hakkının insan onuruyla ilintili anayasal bir hak kabul edildiği hukuk devletinde, susmanın cezalandırılmaması ya da cezayı arttırıcı etki yapamaması ile ikrarın genel olarak ceza indirim sebebi olarak kabul edilmesi aynı kefedeyin barınmaz.⁸⁷⁵ Suçtan sonraki davranışın ikrarı içermesi, örneğin müşterek faili bir suçta, suç ortaklarından birinin itiraf ederek duruşmada mağdurdan özür dilemesi ve diğerinin bunu yapmaması halinde, diğer tüm şartların aynı kabul edildiği ideal bir davada, faillerin sonuç cezaları arasında, birine indirim yapıldığı için iki ay fark olması, yani susanın son tahlilde daha fazla ceza almış olması, susmanın cezalandırılması anlamına gelecektir.⁸⁷⁶ Benzer şekilde uzlaştırma da, soruşturma aşamasında kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilmesini, kovuşturma aşamasında davanın düşmesini sonuçlayan, ancak her halükarda gerçekleşmesi için şüpheli veya sanığın ikrarının (en azından susmamasının) zorunlu olduğu bir müessesedir.⁸⁷⁷ Sonuç itibarıyla sanığın susma hakkını kullanmasının bedelini hürriyetiyle ödeyeceği bu durumda üzerinde bir baskı bulunduğu açık olup, gönüllü bir tercihten söz edilemez.⁸⁷⁸

Diğer yandan, usul ekonomisi, çabukluk, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, suçluların cezasını çekmesi ve ceza politikası ilkeleri bakımından bu tarz düzenlemelerin getirdiği faydalar ortadadır.⁸⁷⁹ Ancak anayasal bir haktan vazgeçişin ceza enstrümanlarıyla ödüllendirilmesi hukuk mantığına aykırı olacağından çözümün, susma hakkını, kişinin konuşmaya zorlanmasını yasaklayan -maddi değil- şekli bir hak olarak görmekte olduğu ileri sürülmektedir.⁸⁸⁰ Kaldı ki böyle düzenlemelerden kişiyi obje konumuna indirmediği gerekçesiyle çekinmek yersiz olur. Şüpheli veya sanığın

⁸⁷⁵ Leitmeier, a.g.m., s. 373.

⁸⁷⁶ Ibid., s. 374; Alman Ceza Kanunu'nun cezanın belirlenmesini düzenleyen maddesinde (46/2), suçtan sonraki davranışların da dikkate alınacağı belirlenmiş olup, bu davranışlar içinde suçla verilen zararın giderilmesi ve suçtan önceki hale getirme de sayılmıştır. Bu davranışların da ikrarsız düşünölmeyeceği ya da en azından abes olacağı belirtilmektedir.

⁸⁷⁷ Ibid., s. 374.

⁸⁷⁸ Dirk Stalinski, **Aussagefreiheit und Geständnisbonus**, Heinrich-Heine-Universität, Doktora Tezi, Düsseldorf, Juli 2000, s. 122-123 ; Putzke – Scheinfeld, a.g.e., para. 579.

⁸⁷⁹ Leitmeier, a.g.m., s. 375. Thaman, Plea-Bargaining, s. 48 vd.

⁸⁸⁰ Dolayısıyla seçimlerinin sonuçlarına katlanmak da bu seçim özgürlüğüne içkin olacaktır. Bkz. Leitmeier, a.g.m., s. 375-376; Stalinski, a.g.e., s. 127.

ceza muhakemesinin hem süjesi hem de objesi olduğunu kabul etmek insan onurunu zedelemesiz.⁸⁸¹

Kanaatimizce, dava pazarlığı, uzlaştırma, etkin pişmanlık ve benzeri sanığı konuşmaya ve hatta ikrara teşvik eden düzenlemeler, beyanların gönüllülüğünü şaibeye düşürse de bu durum susma hakkının anayasal olmaması ya da usuli bir güvenceye indirgenmesini sonuçlamaz. Diğer bazı anayasal haklarda olduğu gibi, susma hakkı da mutlak değildir ve insan onuruna hanel getirmeyen bu gibi yasal yöntemler, susma hakkını ihlal eden değil, onu sınırlayan kurumlar olarak yorumlanmalıdır.

3.2. Susma Hakkına Aykırılığın Sonuçları

Ceza muhakemesinde amaç maddi gerçeğe ulaşmak olduğundan, delil serbestisi ve vicdani delil sistemi kabul edilmiştir.⁸⁸² Bu da ceza muhakemesinde her şeyin her şeyle ispat edilebilmesini ve hakim in bu delilleri vicdani kanaatine göre takdir etmesini ifade eder.⁸⁸³ İşte ceza muhakemesinde delil serbestisi ve vicdani kanaate göre değerlendirme yapılmasında sınırı delil yasakları olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸⁸⁴ Zira maddi gerçeğe ne pahasına olursa olsun değil, insan haklarına riayet edilerek erişilmelidir.⁸⁸⁵

Hukuka aykırı delil, delillere ilişkin bir normun ihlali ya da amaç veya kapsamının dışına çıkılması suretiyle elde edilen delildir.⁸⁸⁶ Bu aykırılık sadece yerel hukuk normlarına değil, evrensel nitelikli kurallara aykırılığı da ifade etmektedir.⁸⁸⁷ Yine belirtilmelidir ki, delil yasakları hukuka aykırı delilden farklı ve daha geniş bir anlam içermektedir. Ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi

⁸⁸¹ Sonuçta pek çok koruma tedbirinde, delil elde etme yöntemlerinde ve hürriyeti bağlayıcı cezalarda birey obje olarak görülmektedir. Bu onun muhakemenin tarafı olma sıfatına hanel getirmez. Bkz. Bosch, a.g.e., s. 39; Leitmeier, a.g.m., s. 376.

⁸⁸² Güçlü Akyürek, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, **TBB Dergisi**, S. 101, 2012, s. 61.

⁸⁸³ Akyürek, a.g.m., s. 62.

⁸⁸⁴ Mahmut Koca, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı”, **Erzincan Üniversitesi HFD**, C. 4, S. 1-2, 2000, s. 106. (Koca, Delil)

⁸⁸⁵ Akyürek, a.g.m., s. 62.

⁸⁸⁶ Şen, a.g.e., s. 23, 24.

⁸⁸⁷ Özbek, Veli Özer, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları”, **Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku**, Cilt: 3, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 18, İstanbul, 2010, s. 913.

işlemlerine hukuk devleti esaslarına uygun şekilde sınırlama getirilmesine “delil yasakları” adı verilmektedir.⁸⁸⁸ Hukuka aykırı olmayan delillerin de yasaklanma ihtimali gündeme gelebilir.⁸⁸⁹

Delil yasaklarının kabulünde yargı sistemine göre farklılık arz eden amaçlar gözetilmiştir. Bunlardan ilki, polisin soruşturma evresinde geniş yetkilere sahip olduğu Anglo-Amerikan hukuk sisteminde güdülen, kolluğun disiplin altına alınması, ikincisi ise, daha çok Kıta Avrupası hukuklarında mevcut olan, insan hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır.⁸⁹⁰ Bu amaçlar doğrultusunda, delil değerlendirme yasakları noktasında farklı yaklaşımlar benimsenmiştir.

3.2.1. Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi

3.2.1.1. Mutlak Kabul Yaklaşımı

Klasik hukukta genel kabul görmüş tutum, ‘*male captem, bene receptum*’⁸⁹¹ tabiriyle ifade edilen, mutlak kabul yaklaşımıdır. Buna göre, nasıl elde edildiğine bakılmaksızın olayı ispat mahiyeti bakımından tüm deliller değerlendirilecek, ancak hukuka aykırı yoldan temin etmek bir suç teşkil ettiği takdirde söz konusu hukuka aykırılığı gerçekleştiren kişi ayrıca cezalandırılacaktır.⁸⁹² Kaldı ki delilin nasıl elde edildiği uyumsuzluğu çözen merciin görevi olmayıp, ayrı bir inceleme, tali bir

⁸⁸⁸ Özbek, a.g.m., s. 913; Öztürk, a.g.e., s. 6.

⁸⁸⁹ Aydın, a.g.e., s. 326.

⁸⁹⁰ Özbek, a.g.m., s. 914-915; Öztürk et al., a.g.e., s. 391; Demirbaş, a.g.e., s. 330; Fred E. Inbau, “Should We Abolish The Constitutional Privilege Against Self-Incrimination?”, **The Journal Of Criminal Law And Criminology**, Vol. 89, No. 4, Summer 1999, s. 1387; Yazar, susma hakkının varlığını doğrudan kolluğu disipline etme amacına borçlu olduğunu ileri sürmektedir. “Eğer susma hakkı olmasaydı polis, çıkıp delil avlamaktansa, konforunu bozmadan oturduğu yerden zavallı şeytanların gözlerine acı biber sürmekle yetinecekti.” Nitekim *Miranda* uyarıları yapılmadan bir polis memurunun şüpheliye ‘sen mi yaptın?’ şeklinde soru yöneltmesi üzerine şüphelinin verdiği ‘evet’ cevabının muhakemede dışlanması, kişinin konuşmaya ‘zorlanmış’ olmasından değil, polisi disipline etme ve ileriki olaylarda *Miranda*’ ya sadık kalmasını sağlama çabasıyla ileri gelmektedir, bkz. Alschuler, *Miranda*, s. 855-856.

⁸⁹¹ ‘Elde edilmesi haksız delilin kullanılması haktır.’

⁸⁹² Koca, Delil, s. 110-111; Akyürek, a.g.m., s. 65; Çınar, a.g.m., s. 41; Öztekin Tosun, Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti, İstanbul, Yenilik Basımevi, 1976, s. 19-20; Feridun Yenisey, “Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil”, **CHD**, S. 4, Ağustos 2007, s. 51. (Yenisey, Delil)

yargılama niteliğindedir.⁸⁹³ Delil hukukuna ilişkin usulsüzlük yüzünden failin cezasız kalmaması gerekir.⁸⁹⁴

Modern yaklaşımda bu anlayış reddedilmektedir. Artık ceza muhakemesinin yegane gayesi maddi gerçeğe erişmek olmadığı gibi, mutlak kabul yaklaşımının mahkemeleri hukuka aykırılığa ortak etme, hukuka aykırılığı meşrulaştırma, halkın hukuka olan saygısını azaltma ve kolluğu tembelliğe itme gibi olumsuz sonuçlar doğurma tehlikesi bulunmaktadır.⁸⁹⁵

3.2.1.2. Mutlak Ret Yaklaşımı

Mutlak ret yaklaşımı, delilin hukuka aykırı şekilde elde edildiğinin anlaşıldığı hallerde, başka kriter aranmaksızın ve hükme etkili olup olmadığı araştırılmaksızın yargılama dışı bırakılmasını ifade eder.⁸⁹⁶

Mutlak ret yaklaşımını gerekçeleyen çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Güvenilmezlik teorisine göre, hukuka aykırı yöntemle elde edilen delil güvenilmez olduğu için kabul edilemez. Koruma teorisine göre sanık, usulsüz yöntemle elde edilen delil dolayısıyla meydana gelebilecek hak ihlallerine karşı korunmaktadır. Caydırma teorisine göre, hukuka aykırı delilin yargılamada kabul edilmemesi ile, hukuka aykırı yönteme başvurmak noktasında, özel, genel ve sistematik caydırıcı bir etkiye bulunmaktadır. Yargının haysiyeti teorisine göre mahkemeler, hukuka aykırı delilleri kabul etmeyerek hukuk normlarına kendilerinin de bağlı olduğunu göstermek ve böylece, bir suçun ortaya çıkarılması için dahi devletin suç işleyemeyeceğini teyit etmekle yükümlüdürler.⁸⁹⁷

Ancak buradaki her bir teoriye eleştiri getirmek mümkündür. Güvenilmezlik teorisi kabul edilecek olursa, hukuka aykırı delilin güvenilir başka delillerle

⁸⁹³ Koca, Delil, s. 110-111; Vahit Bıçak, “Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi”, *İnsan Hakları Yıllığı*, S. 17-18, 1997, s. 248.

⁸⁹⁴ Yenisey, Delil, s. 51.

⁸⁹⁵ Bıçak, a.g.m., s. 249-250.

⁸⁹⁶ Cem Şenol, *Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı*, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2015, s. 93.

⁸⁹⁷ Tüm teoriler için bkz. Bıçak, a.g.m., s. 250-255; Koca, Delil, s. 111-115; Şenol, a.g.e., s. 76-93.

desteklendiği takdirde kabul edilmesi gerekecektir.⁸⁹⁸ Koruma teorisi de sanık haklarını korumayı amaçlayan hükmün ihlali ile elde edilen delil arasında nedensellik bağı bulunmadığı takdirde uygulanamayacaktır.⁸⁹⁹ Caydırıcılık teorisi ise, kolluğun sanığın mahkum olmasında bir menfaati olmadığı, bunun derece ya da maaşta bir yükselme getirmediği gerekçeleriyle eleştirilmektedir.⁹⁰⁰ Fakat eklemek gerekir ki bu teori, polis alt kültüründe her yeni delil ve ikrar bir başarı olarak görüldüğünden,⁹⁰¹ topladığı hukuka aykırı delilin mutlaka dışlanacağını bilen kolluğu disipline edebilir. Buna ek olarak, mutlak yasak yaklaşımları, ispat kuvveti yüksek delillerin dışlanmasına neden olacağı, kolluğu aşırı şekilde sınırlandıracağı; basit ve teknik usulsüzlüklerin varlığı halinde bile önemli delillerin dışlanmasına neden olacağı yönünde eleştirilmektedir.⁹⁰² Yargının haysiyeti teorisi de kamu makamları dışındaki kişiler tarafından hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin dışlanmasını açıklayamaması bakımından eleştirilebilir.

Türk hukuku bakımından da mutlak ret yaklaşımının hakim olduğu ileri sürülmektedir.⁹⁰³ Anayasa 38/6 hükmüne göre; “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.” CMK 148/3’te, yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği, 206/2-a’da, delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması durumunda reddedileceği, 217/2’de yüklenen suçun ispatının hukuka uygun şekilde elde edilmiş delillerle gerçekleşebileceği, 248’de sanığın beyanının özgür iradesine dayanması gerektiği, 289/1-i’de ise, hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması hukuka kesin aykırılık hallerinden sayılacağı ve mutlak bozma nedeni teşkil edeceği düzenlenmiştir. Bu hükümler hiçbir istisna veya farklı uygulamaya geçit tanımaksızın hukuka aykırı delilleri mutlak olarak değerlendirme dışı bırakmaktadır.⁹⁰⁴ Hukuka aykırılığın ‘az ya da çok’ olmasından söz edilemeyeceğine göre, hukuka aykırılık

⁸⁹⁸ Bıçak, a.g.m., s. 250. Örneğin sanığın iradesinden bağımsız fiziksel delille, hukuka aykırı elde edilmiş beyan delili destekleniyorsa, artık güvenilir olduğu için kabul edilmesi gerekecektir.

⁸⁹⁹ Ibid., s. 251.

⁹⁰⁰ Ibid., s. 252-253.

⁹⁰¹ Füsün Sokullu-Akıncı, **Polis: Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi: Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları**, İstanbul, Bilgi Matbaası, 1990, s. 159.

⁹⁰² Yenisey, Delil, s. 53.

⁹⁰³ Akyürek, a.g.m., s. 67; Öztürk, a.g.e., s. 29-33; Şen, a.g.e., s. 23 vd.; Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 622; Öztürk et al., a.g.e., s. 393; Centel-Zafer, a.g.e., s. 777 vd.; Özbek et al., s. 767; Özen, a.g.e., s. 349.

⁹⁰⁴ Akyürek, a.g.m., s. 67; Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 622; Öztürk et al., a.g.e., s. 393; Centel-Zafer, a.g.e., s. 777 vd.; Özbek et al., s. 767; Özen, a.g.e., s. 349.

‘basit’ de olsa ve hatta taksirle de gerçekleştirilmiş olsa, bu delilin kullanılmaması gerektiği belirtilmektedir.⁹⁰⁵

3.2.1.3. Nispi Yaklaşım

Uygulayıcının somut olaya göre bazı delillerin değerlendirmesine bazılarının ise değerlendirmemesine olanak tanıyan nispi ölçütün benimsendiği yola, ‘nispi değerlendirme yasağı’ denmektedir.⁹⁰⁶ Kıta Avrupası temelli olan bu ılımlı yaklaşıma göre, hukuka aykırı delilin elde edilmesi sırasında ihlal edilen hak veya menfaat ile, hukuka aykırı delilin kabul edilmemesi halinde meydana gelebilecek hak veya menfaat arasında denge kurmaya çalışılır.⁹⁰⁷ Yalnızca somut olayda kişinin ihlal edilen hakkının, devletin suçların cezalandırılmasına dair çıkarından üstün olması halinde hukuka aykırı delil değerlendirme dışı tutulmaktadır.⁹⁰⁸ Buna göre yargılanan kişinin hakları, ‘önemli derecede ihlal edilmişse’, ilgili delil değerlendirme dışı tutulurken, ‘ihlal ikinci derece kalmakta veya sanık hakları bakımından bir önem taşımamakta’ ise söz konusu hukuka aykırı delil kullanılabilir.⁹⁰⁹

Nispi yaklaşımda hukuka aykırı deliller de mutlak ve nispi olarak ikiye ayrılır. Buna göre, mutlak yasak deliller, herhangi bir illiyet bağı aranmaksızın değerlendirilmeleri doğrudan yasak olan, hakim de başvurması yasak olan delillerdir.⁹¹⁰ Yasak ifade alma ve sorgu yöntemleriyle elde edilen deliller mutlak değerlendirme yasağını sonuçlar.⁹¹¹ Bunun sonucu olarak da, bu şekilde alınan ifadenin sadece sanık aleyhine olan kısımlarının değil, tümünün geçersiz kabul edilmesi gerekmektedir.⁹¹² Nispi yasaklı deliller noktasında ise, doktrinde görüş birliği bulunmamakla beraber, mutlak yasak deliller dışında kalan hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş bu delillerin, somut olaya göre hakim tarafından kullanılabilmesi

⁹⁰⁵ Koca, Hazırlık, s. 140; Öztürk, a.g.e., s. 29-33.

⁹⁰⁶ Kaymaz, a.g.e., s. 271; Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 231; Öztürk, a.g.e., s. 40 vd.;

⁹⁰⁷ Akyürek, a.g.m., s. 68; Altunkaş, a.g.e., s. 28 vd.

⁹⁰⁸ Akyürek, a.g.m., s. 68.

⁹⁰⁹ Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 524, 527, 529 vd.; Vouin, a.g.m., s. 170.

⁹¹⁰ İtişgen, a.g.e., s. 191 vd.

⁹¹¹ Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 228,229; Koca, Hazırlık, s. 135.

⁹¹² Şahin, Sanığın Sorgusu, s.226. Ancak Yargıtay’a göre, sanık beraat etmişse, sanık lehine olan kaidelere muhalefet sanık aleyhine hükmün bozulmasını gerektirmemelidir. Bkz. CGK, T. 25.09.2007, E. 2007/6-189, K. 2007/188; 5. CD., T. 20.10.2016, E. 2014/6781, K. 2016/8476. www.kazanci.com/kho2/ibb

belirtilmektedir.⁹¹³ İhlal ile illiyet bağı ve etkilenme gücü gibi hususlar dikkate alınarak hükmün bozulup bozulmayacağına karar verilecektir.⁹¹⁴

Nispi yasaklı delillerin belirlenmesi ve değerlendirilme şartları bakımından doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Çeşitli kriterler öngörülerek bu belirsizlik aşmaya çalışılmıştır. İlk kriter delilin güvenilirliğidir. AİHM' e göre de soruşturma aşamasındaki norm ihlali ne kadar az ciddi ise, delil o ölçüde güvenilirlerdir.⁹¹⁵ İkinci kritere göre, hukuka aykırı delilin hukuka uygun olarak da elde edilmesi mümkün idi ise, bu delil değerlendirme dışı tutulmamalıdır.⁹¹⁶ Örneğin, hakim kararına dayanmayan aramalarda elde edilen deliller, hakim kararı alınmış olsaydı da ele geçirilebilecek olduğundan değerlendirilebilmelidir.⁹¹⁷ Ya da susma hakkı bakımından düşünüldüğünde, sanığın hakları hatırlatılmadan alınmış ikrarı doğrultusunda bulunan bir delilin bu ikrar olmadan da kollukça bulunması mümkün idi ise, söz konusu delil geçerliliğini korumalıdır. Bir diğer kriter, söz konusu usulsüzlüğün, bilerek ve kasten yapılması ile yanlışlıkla yapılmasını ayrı tutar. Örneğin, bir sitede 6 numaralı dairede arama yapması gereken kolluğun yanlışlıkla 9 numaralı daireyi araması sonucu bulduğu suç delilleri geçerli kabul edilmelidir.⁹¹⁸ Denge kriteri ise, hukuka aykırı delilin hükmü ne ölçüde etkilediği ve bu delil elde edilirken gerçekleşen usulsüzlük ile yargılama konusu suçun toplum nezdinde yarattığı zarar ve/ya tehlikenin ağırlığının karşılıklı tartışmasını öngörür.⁹¹⁹ Sonuncu ve aslında en çok kabul gören kriter ise, söz konusu hukuka aykırılığın hakkın özüne dokunacak derecede ağır olması ve bunun muhakeme sürecinde telafi edilememesi halinde mutlak delil yasağı olduğunu, aksi takdirde elde edilen delillerin değerlendirilebileceğini öngören 'külli değerlendirme öğretisi' dir.⁹²⁰ Söz konusu ihlalin muhakemenin tamamını gayri adil kılıp kılmadığını irdeleyen bu yaklaşım, AİHM tarafından da benimsenmiştir.⁹²¹

⁹¹³ Yenisey, Delil, s. 34.

⁹¹⁴ Öztürk, a.g.e., s. 43.

⁹¹⁵ İtişgen, a.g.e., s. 194.

⁹¹⁶ Tosun, a.g.e, s. 51-52.

⁹¹⁷ Ibid., s. 51.

⁹¹⁸ Bıçak, a.g.e., s. 449.

⁹¹⁹ Ibid., s. 451; Akyürek, a.g.m., s. 68.

⁹²⁰ Bıçak, a.g.e., s. 450-451; Yenisey, Delil, s. 38-39; Roxin, a.g.m., s. 274-275; Ladewig, I, s. 258.

⁹²¹ "Schenk v. Switzerland", 12.07.1988, (Başvuru No: 10862/84), para. 46; "Khan v. The United Kingdom", 12.05.2000, (Başvuru No: 35394/97), paras. 34-35; "Beuze v. Belgium", 09.11.2018, (Başvuru No: 71409/10), paras. 144-195, <https://hudoc.echr.coe.int>

Alman doktrinde, hukuka aykırı delillerin değerlendirme yasağına üç temel ve geniş kapsamlı istisna getirilmek suretiyle nispi yaklaşım kabul edilmektedir:

1. Sanık ancak kanunen korunan menfaatlerinin ihlali halinde hukuka aykırı delillerin kullanılmamasını isteyebilir.
2. Delilin elde edilme yöntemi ile hakkı ihlal edilen kişi, hukuka aykırı delilin kabulüne zamanında açıkça itiraz etmediği takdirde bu hakkını kaybeder.
3. Hukuka aykırılık sadece teknik bir hatadan kaynaklanıyorsa bu delil kullanılabilir.⁹²²

Türk Hukuku bakımından genel kanı, hukuka aykırı delillerin kesinlikle değerlendirme dışı tutulması gerektiği yönünde olmakla beraber, Yargıtay'ın nispi değerlendirme yasağı görüşü çerçevesinde verdiği kararlar bulunmaktadır. Örneğin bir davada, tanıkları ayrı ayrı dinleme kuralına uymamış bulunan mahkemenin kararı, söz konusu hukuka aykırılık sonuca etkili olmadığı gerekçesiyle onanmıştır.⁹²³ Bir başka davada ise CGK tarafından, arama yapılması sırasında bulunması gereken kişiler bulundurulmayarak elde edilen deliller çerçevesinde, illiyet bağı, etkileme gücü ve hak ihlali kriterlerine yer verilerek nispi değerlendirme yasağı tanımlanmış, hak ihlali yokken değerlendirme yasakları getirmenin uzun vadede çok ağır sonuçları olacağı vurgulanmıştır.⁹²⁴

3.2.1.4. Susma Hakkına Aykırılık Hallerinin Değerlendirilmesi

Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinde, kolluğun adeta soruşturmanın tek hakimî görünümünde olduğu Anglosakson hukuk sistemlerinde, mutlak ret yaklaşımı kabul edilmektedir. Amaç soruşturma organlarını disipline etmek ve yetkilerini hukuk kurallarıyla sınırlamak olunca, en ufak bir usulsüzlük dışlama kuralı ile değerlendirme dışı bırakılır. Ancak Kıta Avrupası'nda delil kurallarının amacının insan haklarını korumak olduğu düşünöldüğünden, sanık haklarının ihlal edilmediği hallerde soruşturma makamlarının küçük hukuka aykırılıklarının tolere edilebileceği ve bunun

⁹²² 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 Edition on behalf of Gesellschaft für Rechtsvergleichung by Jürgen Basedow, Uwe Kischel and Ulrich Sieber, XIII, 2010, s. 683-686.

⁹²³ 5.CD., T. 12.12.1992, E. 1992/174, K. 1992/465. www.kazanci.com/kho2/ibb

⁹²⁴ CGK, T. 26.6.2007, E. 2007/7-147, K. 2007/159. www.kazanci.com/kho2/ibb

delilleri büsbütün geçersiz kılmayacağı kabul edilmektedir.⁹²⁵ Susma hakkı açısından bu değerlendirme üç başlıkta incelenebilir.

3.2.1.4.1. İfade Alma ve Sorguda Yasak Usuller Bakımından

CMK 148/3 ve AlmCMK 136a/3'te, yasak usullere başvurularak elde edilen beyanların, rıza ile verilmiş dahi olsalar kabul edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Bu usuller, sanığın beyanda bulunmak isteyip istemediği ya da nasıl beyanda bulunacağına dair özgür iradesini engellediğinden, savunma hakkını ve dolayısıyla susma hakkına açıkça aykırılık arz ederler.⁹²⁶ Dolayısıyla, sanığın ifadelerinin onun lehine ya da aleyhine olup olmadığına bakılmaksızın, kanunun açık ve emredici düzenlemesi de göz önünde bulundurularak, yasak yöntemler uygulanarak elde edilen beyanlar hiçbir surette kullanılamayacaktır. Yasak yöntemlerin mutlak değerlendirme yasağına sonuç verdiği noktasında Yargıtay ve doktrin de görüş birliği içindedir.⁹²⁷

3.2.1.4.2. Susma Hakkının Hatırlatılmaması Bakımından

Susma hakkı hatırlatılmaksızın şüpheli veya sanıktan alınan ifadelerin hukuka aykırı delil teşkil edeceği açıktır. Hatta öyle ki, bu beyanlar hukuka aykırı olduğundan, yeniden yapılacak ifade alma veya sorgulama işleminde önceki beyanlarının tamamen geçersiz olduğunun ve değerlendirilmeyeceğinin sanığa bildirilmesinin gerektiği belirtilmektedir.⁹²⁸ Alman hukukunda 'kalifiye öğretme' (*qualifizierte Belehrung*) olarak bilinen bu bildirim ihlal edildiği takdirde alınan ikinci ifadenin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yukarıda açıklanan denge kriterine göre belirlenir. Yani usule aykırılığın ağırlığı ile maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının kamu bakımından önemi karşılıklı tartılır.⁹²⁹

⁹²⁵ Vouin, a.g.m., s. 170.

⁹²⁶ Demirbaş, a.g.e., s. 360 vd.; Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 227.

⁹²⁷ Öztürk, a.g.e., s. 33; Parlar-Hatipoğlu-Yüksel, a.g.e., s. 58; Koca, Hazırlık, s. 126 vd.; Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 226 vd.; Altunkaş, a.g.e., s. 202. Örnek Yargıtay kararları için bkz. 1. CD., T. 16.2.2004, E. 2003/3819, K. 2004/299; 16 CD., T. 12.06.2018, E. 2018/997, K. 2018/1574; CGK, T. 26.06.2007, E. 2017/7-147, K. 2007/159. www.kazanci.com/kho2/ibb

⁹²⁸ Aydın, a.g.e., s. 328.

⁹²⁹ Mosbacher, a.g.m., s. 769; Putzke-Scheinfeld, a.g.e., paras. 374-378.

Hakkın öğretilmesi konusunda istisna da bulunmamaktadır. Yani şüpheli veya sanık hukuk mesleğini icra eden ve susma hakkından haberdar kişiler dahi olsa bu hak bildirilmelidir. Kaldı ki pratikte, bireyin susma hakkını hatırlatılmasa da zaten biliyor olduğunun ispatı zorluk arz edecektir.⁹³⁰

Aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık halinde ne olacağı konusu yasak usullerde olduğu gibi net değildir. Burada üç görüşten bahsetmek mümkündür. İlkine göre, bilinçli olarak öğretmeden kaçınmak aldatma olur ki mutlak delil yasağı doğar. Bilinçsizce, ihmalen öğretmeme varsa sanığın haklarının önemli ölçüde ihlal edilmediği takdirde delilin değerlendirilebileceği ileri sürülmektedir. İkinci görüş, bunun tam aksine olarak, böyle bir ayrıma gitmeksizin her türlü öğretme yokluğunda elde edilen ifadelerin mutlak delil yasağı kapsamında kalması gerektiğini savunmaktadır. Ortalama görüş ise, öğretme ile sanığın ifadesi arasında illiyet bağı kurar. Örneğin aydınlatma yapılmamasına rağmen sanık haklarını biliyor ve savunma amaçlı konuşmak istiyorsa, bu beyanlar değerlendirilebilmelidir.⁹³¹ Yine, susma hakkı hatırlatılmamasına rağmen sanık zaten susmuşsa, artık hükmün hukuka aykırılığından söz edilemeyecektir. Alman Yargıtay'ının her üç yaklaşıma örnek olabilecek kararları bulunmaktadır.⁹³²

CMK 147/1-e ve 217/2 hükümleri ikinci görüşü, yani aradaki illiyet bağına ya da aydınlatmakla yükümlü olan kişinin kastına bakmaksızın susma hakkı öğretilmeden alınan beyanların mutlak surette dışlanması gerektiği fikrini benimser görünmektedir.⁹³³ Yargıtay da şüpheli ve sanığa haklarının hatırlatılmamasını mutlak bozma nedeni olarak kabul etmektedir.⁹³⁴ Yargıtay'a göre, 147. maddedeki kurallar sadece sanık lehine öngörülmüş kurallar olmayıp, kamusal niteliği ağır basan usul kurallarıdır.⁹³⁵ Dolayısıyla ifadenin sanığın lehine mi aleyhine mi olduğu tartışmasına girilmeden⁹³⁶, susma hakkının hatırlatılmadığı, eksik hatırlatıldığı, muhakeme aşamalarında tekrar eden ifade alma ve sorgularda hatırlatmanın yenilenmediği her

⁹³⁰ Altunkaş, a.g.e., s. 195; Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 224.

⁹³¹ Demirbaş, a.g.e., s. 334-338.

⁹³² Ibid., s. 338.

⁹³³ Ibid., s. 339.

⁹³⁴ CGK, T. 19.12.1994, E. 1994/6-322, K. 1994/343; 19. CD., T. 05.11.2015, E. 2015/17157, K. 2015/6698; CGK, T. 07.03.2017, E. 2016/21-1067, K. 2017/131, www.kazanci.com/kho2/ibb ; Kaymaz, a.g.e., s.44; Aydın, a.g.e., s. 328.

⁹³⁵ CGK, T. 19.12.1994, E. 1994/6-322, K. 1994/343. www.kazanci.com/kho2/ibb

⁹³⁶ Pratikte bunu tespit etmek neredeyse imkansızdır. Bkz. Şahin, Sanığın Sorgusu, s. 226.

durumda, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali gerekçesiyle hüküm bozulacaktır.⁹³⁷ Kişinin hakları hatırlatılmaksızın karar verilmesi durumunda, sanığın hangi hakları kullanacağı, hangi delilleri sunacağı, nasıl savunma yapacağı önceden bilinemeyeceği için, esasa girilmeden bozma kararı verilmelidir.⁹³⁸

Ancak, az da olsa bazı kararlarda sanığın beraat ettiği hallerde, hatırlatma yapılmamış olmasının bozma nedeni sayılamayacağına işaret edildiği de görülmektedir.⁹³⁹ Doktrinde de onay gören⁹⁴⁰ bu azınlıkta kalan kararlar, sanığın lehine olan hukuk kurallarına muhalefet halinde, hükmün sanık aleyhine bozulamayacağını düzenleyen CMK 290 maddesi ile de uyumludur. Yine, hakları hatırlatılmamış olmasına rağmen şüpheli veya sanık suçu ikrar etmemişse, kendisi aleyhine delil olabilecek bir beyanda bulunmamışsa, mahkumiyet kararının bu susmaya değil, başka delillere dayanması halinde hüküm bozulmamalıdır.⁹⁴¹ Yargıtay da, hak hatırlatmasının hüküm açısından nedensel değeri bulunmadığı böyle durumlarda kurulan hükümleri bozmamaktadır.⁹⁴² Bu iki istisna dışında, susma hakkı öğretilmeyen sanığın bundan zaten haberdar olması ve bu bilinçle açıklamada bulunması halinde bu ifadenin değerlendirme yasağı kapsamında kalmaması gerektiğine dair görüş⁹⁴³ kabul görmemektedir. Böyle bir durumda sanığa hakları hatırlatılıp, önceki beyanlarının değerlendirilmeyeceği güvencesi verildikten sonra ifadesini tekrarlaması suretiyle hukuka aykırılığın giderilmesi yoluna gidilebilir.

3.2.1.4.3. Diğer Haller

Yasak sorgu yöntemleri ve aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranmaktan başka bir de susma hakkının kendi aleyhine delil vermeye zorlanamama yasağı kapsamında gündeme gelebilecek hukuka aykırılıklar incelenmelidir.

Bu noktada ilk akla gelen, tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilerin bu hakları hatırlatılmadan elde edilen açıklamalar hukuka aykırı olacaktır ve hakim tarafından

⁹³⁷ Altunkaş, a.g.e., s. 196.

⁹³⁸ CGK, T. 24.10.1995, E. 1995/6-238, K. 1995/305. www.kazanci.com/kho2/ibb

⁹³⁹ 11.CD., T. 26.06.1996, E. 1996/1171, K. 1996/1137. www.kazanci.com/kho2/ibb

⁹⁴⁰ Öztürk, a.g.e., s. 17 vd.; Kaymaz, a.g.e., s. 265.

⁹⁴¹ Kaymaz, a.g.e., s. 49; Şen, a.g.e., s. 144.

⁹⁴² 4.CD., T. 04.10.1994, E. 1994/7351, K. 1994/7693. www.kazanci.com/kho2/ibb

⁹⁴³ Koca, Hazırlık, s. 135.

kullanılamayacaktır.⁹⁴⁴ Ancak daha sonra bu hakkı kendisine bildirildiğinde, kişi önceden bunu bilseydi de çekinmeyeceğini söylemişse artık bu ifade hükme esas olabilecektir.⁹⁴⁵ Ancak ihlal edilen hukuk kuralı susma hakkının özüne ilişkin bir düzenleme teşkil ettiğinden, çekinme hakkı hatırlatıldıktan sonra tanığın tüm beyanlarını aynen yinelediği takdirde bu ikinci ifadesinin kabul edilmesini daha uygun buluyoruz.

Yer gösterme bakımından ise, kanunun açık hükmü ancak susma hakkını kullanmamış yani açıklamada bulunmuş şüpheli veya sanığın buna katılabileceğini belirtmektedir. Doktrinde yer göstermeyi bir nevi olay yerinde doğrulatma ifadesi alma olarak tanımlayan görüş de dikkate alındığında, susma hakkını kullanmış olan kişiye yer gösterme yaptırılmayacağı gibi, susma hakkını kullanmamış da olsa, olay yerinde yeniden haklarının hatırlatılması gerektiği iddia olunabilir.⁹⁴⁶ Dolayısıyla susma hakkını kullanmış şüpheliye yer gösterme yaptırıldığında, hakkı yeniden hatırlatılmadığı ya da yasak usullerle konuşmaya zorlandığında elde edilecek hukuka aykırı delilin değerlendirilmesi noktasında yukarıdaki açıklamalar geçerli olacaktır.

Kanunda kişinin kendi aleyhine delil vermekten korunması amacıyla çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir. İletişimin denetlenmesinde, tanıklıktan çekinebilecek olan kimseler arası iletişimin kayda alınamayacağı, elkoymada, kişilerin nezdinde bulunan ve tanıklıktan çekinebilecek olan kimseler arası yazışmaları içeren belgelere el konulamayacağı, muhafaza altına almada, gerekli eşyayı kolluk görevlilerine rızaen teslim etmeyen kişinin disiplin hapsine tabi tutulacağı hükmünün şüpheli, sanık ve tanıklıktan çekinebilecek olanlar bakımından geçerli olmadığı buna örnek düzenlemelerdir. Bu hükümlere aykırı temin edilen delilin hukuka aykırı olacağı açıktır. İşte bu gibi yasak yöntem sayılmayan ancak yasalara aykırı olarak ele geçirilen delillerin nasıl değerlendirileceği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir yandan, hukuka aykırılığın azı çoğu olmayacağından bahisle yasa hükmünün de bir hukuk kuralı ortaya koyduğu ve aksi tutumun usul kurallarını adeta ‘uyulması zorunlu olmayan kurallar’ haline getireceği ileri sürülerek, mutlak değerlendirme yasağı savunulmaktadır.⁹⁴⁷ Diğer yandan, çeşitli teorilerle açıklanan nispi değerlendirme

⁹⁴⁴ Tosun, a.g.e., s. 50.

⁹⁴⁵ Roxin, a.g.m., s. 281.

⁹⁴⁶ Centel-Zafer, a.g.e., s. 335; Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 291.

⁹⁴⁷ Akyürek, a.g.m., s. 70 vd.

yasağı uyarınca, sanığın haklarının etkilenmemesi, ihlalin sonuca etkisi ve genel olarak yargılamanın adilliği değerlendirmesi yapılarak delilin dışlanıp dışlanmayacağını tespiti öngörülmektedir. Ancak ilgili düzenlemeler açıkça susma hakkını koruma amacıyla getirildiğinden bunların ihlali suretiyle edinilen delilin sanığın hakkının özünü etkilemediği iddia edilemeyecektir. Yani nispi değerlendirme kapsamında dahi söz konusu hukuka aykırı delillere geçerlilik tanınmamalıdır.

Son olarak, beden muayenesi ve vücuttan örnek alma ile diğer koruma tedbirleri⁹⁴⁸ ile, şüpheli veya sanıktan aleyhine delil elde edilmesi hallerine değinmek gerekir. Ceza muhakemesi işlemlerine katlanma yükümlülüğü çerçevesinde, şüpheli veya sanıktan bu tedbirlere hareketsiz veya sessiz kalarak katlanması beklenir.⁹⁴⁹ Ancak aktif, yani etkin olarak kendi aleyhine delil vermeye zorlanması yasaktır.⁹⁵⁰ Dolayısıyla, şüpheli veya sanığın aktif katılıma zorlanarak gerçekleştirilen işlemler⁹⁵¹ vasıtasıyla edinilen hukuka aykırı deliller, susma hakkı doğrudan ve özü itibarıyla ihlal edilmiş olduğundan, tartışmasız olarak değerlendirme yasağına tabi olacaktır. Diğer yandan, ilgili işlemi düzenleyen kanun maddesindeki kurallara aykırılık halinde⁹⁵² elde edilen hukuka aykırı deliller bakımından nispi değerlendirme yasağı çerçevesinde, hakların dengelenmesi, adil yargılanmanın ihlal edilmiş olup olmadığı, hükme doğrudan etkililik gibi hususlar incelenerek delilin dışlanıp dışlanmayacağı belirlenebilir.

Teşhis ve parmak izi bakımından genel olarak pasif katlanmanın söz konusu olduğu kabul edildiğinden, delil yasağı doğmayacağı ileri sürülebilir. Ancak insan

⁹⁴⁸ Beden muayenesi doktrinde kimi yazarlarca bir koruma tedbiri olarak değerlendirilirken, bazısına göre bir delil elde etme ve keşif işlemi, kimine göre ise bilirkişilik başlığı altında ele alınan bir delil değerlendirme işlemidir, bkz. İpekçioğlu, Ceza Muhakemesi, s. 20.

⁹⁴⁹ İnci, Katlanma, s. 135.

⁹⁵⁰ Kindhäuser, a.g.e., bölüm 2/25.

⁹⁵¹ Örneğin aramada aleyhe delilin, darp ederek ya da tehdit ederek kolluğa teslim edilmesinin istenmesi. Uygulamada sahtecilik davalarında şüpheli ve sanıktan imza örneği alınmaktadır. Oysa bu durum Nemo Tenetur kapsamında aktif hareket gerektirdiğinden, kişi ne bu imzayı vermeye zorlanabilir ne de vermemesi aleyhine değerlendirilebilir, bkz. Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 73. Amerikan hukukunda ise el yazısı örneği vermek tanıklık kapsamında kalmadığından susma hakkını ihlal etmemektedir, bkz. Geyh, a.g.m., s. 613. Alman hukukunda da aktif katılım gerektiren alkölmetreye üfleme için kişi zorlanamazken, kan vermek pasif katılım sayıldığından ve üfleme reddeden kişiler kan testine tabi tutulduğundan, çoğu sürücü üfleme yeğlemektedir, bkz. Schuster, a.g.m., s. 190; Putzke – Scheinfeld, a.g.e., para. 121.

⁹⁵² Örneğin hakim kararının bulunmaması, gereken sürelere uyulmaması, tedbirin maddesinde sayılan katalog suçlar dışındakiler için uygulanması vb.

onuruna aykırı muamelelerin varlığı halinde meşru ‘zorlama’ nın sınırı aşılmış olacağından delilin yargılama dışı tutulması daha uygun olacaktır.⁹⁵³

3.2.2. Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi⁹⁵⁴

Bir diğer mesele, hukuka aykırı delillerden yola çıkılarak ulaşılan delillerin akıbetinin ne olacağıdır. Birkaç örnekle izah etmek gerekirse: Uyuşturucu madde verilerek konuşturulan şüpheli soruşturma konusu cesedin gizlendiği yeri söylerse, buna istinaden bulunan ceset üzerinde de şüphelinin kan izlerine raslanırsa, bu izler kişinin suçluluğunu ispatta kullanılabilecek midir?⁹⁵⁵ Kendisine tanıklıktan çekinme hakkı hatırlatılmayan ve bunu bilmeyen tanık ifadesinde olay yerinde bulunan başka kişilerden söz ederse, bu yeni tanıkların ifadelerinin delil değeri olacak mıdır?⁹⁵⁶

Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1920 yılındaki bir davada kolluğu disiplin altına almak için yalnızca hukuka aykırı elde edilen delillerin değil bunlardan hareketle edinilen delilleri de reddetmiştir.⁹⁵⁷ Zehirli ağacın meyvesi doktrini ise ilk kez, 1939 tarihli *Nordone v. United States* davasında Yüksek Mahkeme yargıcı Felix Frankfurter tarafından bir delilin elde edilmesindeki kanuna aykırılığın, bu deliller vasıtasıyla elde edilecek diğer delillere de sirayet edeceği şeklinde açıklanmıştır.⁹⁵⁸ *Kastigar v. Birleşik Devletler* davasında ise, konuşmaya zorlanan şüphelinin bu ifadelerinin meyvesi olan delillerin kullanılamayacağına hükmedilmiştir.⁹⁵⁹ Özetle Amerikan hukukunda eleştirilere tabi olsa da⁹⁶⁰ genel olarak, delil değerlendirme yasağının dolaylı olarak elde edilmiş delilleri de kapsayacağı, yani zehirli ağacın meyvesinin de zehirli olacağı kabul edilmektedir.⁹⁶¹

⁹⁵³ İnci, Katlanma, s. 146.

⁹⁵⁴ Amerikan hukukunda zehirli ağacın meyvesi (*the fruit of the poisonous tree*) doktrini olarak bilinen teori, Alman hukukunda, delil yasaklarının uzak etkisi (*fernwirkung von beweisverbote*) olarak geçer.

⁹⁵⁵ Roxin, a.g.m., s. 287.

⁹⁵⁶ Mehmet Gödekli, “Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı”, *AÜHFD*, 65 (4), 2016, s. 1881.

⁹⁵⁷ *Silverthorne Lumber Co v. United States*, 251 U.S. 385 (1920)

⁹⁵⁸ 308 U.S. 338 (1939); Dülger, a.g.e., s. 106;

⁹⁵⁹ 406 U.S. 441 (1972).

⁹⁶⁰ Doğruyu söylemeye zorlanan sanığın açıklamalarından elde edilen delillerin kullanılabilmesi gerektiği görüşü için bkz. Amaal-Lettow, a.g.m., s. 859.

⁹⁶¹ Gödekli, a.g.m., s. 1881; Dülger, a.g.e., s. 118. Söz konusu zehirli meyveler, öğretide türev/türeyen/türemiş delil olarak da çeşitli şekillerde adlandırılmaktadır. Bkz. Şenol, a.g.e., s. 362 vd.

Alman hukukunda ise Federal Yargıtay, genel olarak hukuka aykırı delillerin değerlendirmesine benzer bir yaklaşım sergilemekte ve somut olayın özellikleri ve ihlal edilen hukuki değerin niteliğini dikkate almak suretiyle, başka delillerle desteklendiği takdirde, uzak etkiyi kabul etmemektedir.⁹⁶² Alman doktrininde hukuka aykırı delillerin uzak etkisinin kabul edilmemesi halinde delil yasaklarının kolayca dolanılmasının mümkün olacağı gerekçesiyle Federal Yargıtay'ın bu görüşü eleştirilmektedir.⁹⁶³ Ancak söz konusu deliller hukuka aykırı yöntem olmasaydı da edinilebilecek idiyse, kabul edilmeleri gerektiği ifade edilmektedir.⁹⁶⁴

Türk hukukunda da genel kanı, deliller arası ayırım yapılmadığı için delil teorisindeki mutlak değerlendirme yasağının dolaylı deliller bakımından da geçerli olacağı ve dolayısıyla uzak etkisinin uygulama alanı bulacağı yönündedir.⁹⁶⁵ Yargıtay ise bu konuda doktrinin aksi yönde içtihat geliştirmiştir. Ceza Genel Kurulu'nun 29.11.2005 tarih, 2005/7-144 E., 2005/150 K. sayılı kararına konu olayda polis şüphelinin evinde hakim kararı olmaksızın arama gerçekleştirmiş ve damında hint keneviri yetiştirdiğini tespit etmiştir. Yargıtay söz konusu aramanın hukuka aykırı olduğunu teyit etmekle beraber, kovuşturma sırasında sanığın bu bulguya dayalı olarak yaptığı ikrarı geçerli kabul etmiş ve suçun sübuta erdiği yönünde karar vermiştir.⁹⁶⁶ Söz konusu kararın karşı oyunda ise, sanığın hukuka aykırı arama sonucu ele geçirilen delil dolayısıyla kendini baskı altında hissederek itirafta bulunmak zorunda kaldığını ve hükmün dolaylı yoldan hukuka aykırı olarak elde edilen ikrara dayandırılmayacağı belirtilmiştir.⁹⁶⁷

⁹⁶² İçel, Sorgu, s. 124; Mosbacher, a.g.m., s. 769.

⁹⁶³ Roxin – Schünemann, a.g.e., bölüm. 24/59 vd.; Hartmann – Schmidt, a.g.e., para. 134.

⁹⁶⁴ Meyer – Gossner, a.g.e., s. 16.

⁹⁶⁵ Centel-Zafer, a.g.e., s. 782; Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 624.

⁹⁶⁶ “...usulsüz arama sonucu evinde hint keneviri ele geçen ve hakkında ihbar üzerine başlatılan soruşturma ve kovuşturma evrelerinde ihbarla uyumlu ve hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrar karşısında sanığın izinsiz hint keneviri ekme suçu sübut etmiştir. (...)”

⁹⁶⁷ “(...) Sanığın ifade, sorgu ve savunmasının alındığı her üç aşamada da hukuk kurallarına uyulmadan yapılan arama sonucu hint kenevirlerinin bulunduğu dair arama zabıtları önüne konulmuştur. Köşeye sıkıştırıldığını hissederek sanık bu baskı altında itirafta bulunmak zorunda kalmıştır. 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 kenevirlerinin bulunduğu dair tutanağın kendisine her ifade alınışında gösterilmesinden kaynaklanmaktadır. Böylece sanıktan, hukuka aykırı elde edilmiş delil sayesinde itiraf delili elde edilmiş, sanığın kendisini suçlaması sağlanmıştır. İtiraf dolaylı yoldan hukuka aykırı olarak elde edilmiştir. CMUK. 254/2. maddesi hükmüne göre bu itiraf hükmüne esas alınmamalıdır.(...) Hukuka aykırı yolla yapılan arama sonucu elde edilen delil yok sayıldığından maddi konusu (hint kenevirleri) ele geçmeyen olayımızda makul şüphe ile de desteklenmeyen mücerret ikrar sanığın mahkûmiyetine yeterli değildir.” S. Çilesiz ve S. Saka.

Susma hakkı bakımından zehirli meyvenin iki şekilde meydana gelebileceği görülmektedir. Birinci yol, yukarıdaki kararda görüldüğü gibi hukuka aykırı elde edilmiş bir delilin, şüphelinin özgür iradesini etkileyerek ikrar ya da diğer aleyhe açıklamalara ulaşılmasıdır. İkincisi ise, kişinin kendini suçlamaya zorlanması sonucu edinilen açıklamalar dolayısıyla diğer başka delillere ulaşılmasıdır. Bu hale örnek olarak da yasak usulle konuşturulan sanığın suç aletinin yerini söylemesi verilebilir. Yine susma hakkının ihlali suretiyle alınan beyanlarda, ifadeyi alan kolluk görevlisinin de içeriğe ilişkin tanık olarak dinlenmesi mümkün olmamalıdır.⁹⁶⁸ Doktrinde ağırlıklı görüş, her iki durumda da türev delilin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği yönündedir.⁹⁶⁹

3.2.3. İtiraz Çözümü

Alman Yargıtayı tarafından geliştirilen bu teori, soruşturma aşamasında hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delillerin mahkemede görülen davada kullanılıp kullanılmayacağı noktasında erken sonuç almaya yönelir.⁹⁷⁰ İtiraz çözümü kısaca, sanık ya da müdafinin soruşturma aşamasında elde edilmiş ve mahkemeye sunulmuş hukuka aykırı delillerin kullanılmalarına itirazlarının olması ya da açıkça onay vermemeleri halinde bu delillerin kullanılmaması şeklinde tanımlanabilir.⁹⁷¹

İtiraz çözümü hukuka aykırı elde edilen her delil için uygulama alanı bulmaz. Kapsamı sınırlıdır. Susma hakkı başta olmak üzere ifade veya sorgudan önce haklarının hatırlatılmaması ya da şüpheli veya sanığın avukatı olmaksızın dinlenmiş olması bu kapsamda kalmaktadır. Yine, tanık olarak ifadesi alınmış kişinin daha sonra aynı davada sanık sıfatıyla mahkeme önüne çıkarılması halinde, kendisini zor durumda bırakabilecek eski beyanlarının kullanılmasının önüne de itiraz etmek suretiyle

⁹⁶⁸ Aydın, a.g.e., s. 332.

⁹⁶⁹ Ersan Şen, “Ceza Yargılama Süreci”, TBB Dergisi, S. 97, Aralık 2011, s. 282; Aydın, a.g.e., s. 332; Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 624-625; Ali Kemal Yıldız, **Ceza Muhakemesinde İspat Ve Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2002, s.194: Yazar tezinde açıkça, yasak delilden hareketle ulaşılan delillerin muhakemede kullanılabileceğini kabul etmenin, Anayasa m. 38’de hiç kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı şeklinde düzenlenen “*nemo tenetur*” ilkesine aykırı olacağını ve bu ilkeyi anlamsız hale getireceğini savunmaktadır.

⁹⁷⁰ Ufuk Toprak, “Alman Hukukunda Soruşturma Aşamasında Usule Aykırı Elde Edilen Deliller ve İtiraz Çözümü”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Nisan 2011, s. 31. (Toprak, İtiraz)

⁹⁷¹ Ibid., s. 31.

geçebilecektir. Mahiyeti gereği gizlilik esasıyla uygulanan iletişimin denetlenmesi tedbirinde şüpheli olmayan üçüncü bir kişi aleyhine tesadüfen delil elde edilmesi durumunda bu kişi de itiraz yoluyla bu delillerin kullanılmasına engel olabilecektir. Aynı durum, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri için de geçerlidir.⁹⁷² Ancak önemle belirtmek gerekir ki, zamanında yapılmayan itiraz, başlangıçta kanuni şartlara uyulmaksızın temin edilmiş delillerin sonradan kullanılabilmesi sonucunu doğuracaktır.

AlmCMK m. 257 uyarınca sanıklardan her birinin sorgusundan veya sunulan her yeni delilden sonra, bunlar hakkında diyecek veya ekleyecek bir şeylerinin olup olmadığının taraflara sorulması gerekir. Dolayısıyla sanık müdafii en geç, gerek haklar hatırlatılmadan ve/veya kullandırılmadan alınan beyanların gerekse usule aykırı olarak koruma tedbirleri neticesinde ele geçirilen delillerin mahkemeye sunulmasından sonra itiraz yoluna gitmelidir. Zamanında bu itirazı yapmayan sanık, susma hakkının ihlaline rağmen ne bu delillerin kullanılmasının önüne geçebilir, ne de bu durumu temyiz konusu yapabilir.⁹⁷³

Ancak belirtmek gerekir ki, AlmCMK'nın ifade alma ve sorguda yasak yöntemleri düzenleyen 136a maddesi bakımından, maddeye aykırı elde edilen beyanların kullanılmasını yasak olduğu için, itiraz çözümü zaten uygulanabilir değildir.

Kanaatimizce, Alman Yargıtayı'nın geliştirip uyguladığı ve doktrinde ciddi eleştirilere maruz kalan itiraz çözümü yönteminde, kanuna aykırı elde edilmiş delillerin dışlanması sanık müdafinin maharetine bırakılması yerinde değildir. Bu hususun mahkeme tarafından resen gözetilmesi, delil kurallarının ihlalinin istinaf/temyiz nedeni oluşturması daha adil bir yargılamayı sonuçlayacaktır.

⁹⁷² Ibid., s. 32-33.

⁹⁷³ Ibid., s. 33.

3.2.4. Özel Kişiler Tarafından Elde Edilen Hukuka Aykırı Delillerin Akıbeti

Hukukumuz açısından delil hukukunu düzenleyen hükümlerde kamu makamları veya özel kişiler tarafından elde edilme şeklinde bir ayırım yapılmamıştır. Örneğin CMK 217/2 yüklenen suçun, *hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille* ispat edilebileceğini, 206/2-a, *delilin kanuna aykırı elde edilmiş olması* halinde reddedileceğini düzenlemiştir. Görüldüğü üzere burada kamu makamları şeklinde bir özelleştirme yapılmamıştır. Kaldı ki, mülga 1412 sayılı CMUK'un bugünkü 217/2'i karşılayan 254/3 maddesi "*soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delilin hükme esas alınamayacağını*" belirtmesine rağmen bu kanun döneminde dahi Anayasa Mahkemesi, delil yasaklarının insan haklarını koruma amacıyla getirildiğinden bahisle, özel kişiler tarafından elde edilen hukuka aykırı delillerin de hükme esas alınamayacağını vurgulamıştır.⁹⁷⁴

Dolayısıyla hukuk devleti ilkesi çerçevesinde ve Anayasa ve CMK hükümleri ışığında, kim tarafından elde edildiğine bakılmaksızın, hukuka aykırı deliller değerlendirme dışı kalmalıdır.⁹⁷⁵ Zira amaç, Amerikan hukukunda olduğu gibi kolluğu disiplin altına almak değil, AYM' nin de belirttiği gibi, temel hak ve özgürlükleri korumaktır.⁹⁷⁶ Aksi tutum özel kişilere adeta hak ve özgürlükleri ihlal etme olanağı tanır. Bundan da ötesi, resmi sıfatları gereği bazı yöntemlerden kaçınmak zorunda olan kamu görevlilerine bu işlemleri özel kişilere yaptırmak veya kendi yaptıklarını özel kişiler yapmış gibi göstermek suretiyle, hukuku dolanma yolu bahşedilmiş olur.⁹⁷⁷

Alman hukukunda ise delil yasaklarının soruşturma ve kovuşturma organlarını muhatap aldığı görüşü hakimdir. Bununla beraber üç halde bu yasak özel kişileri de

⁹⁷⁴ AYM, T. 22.06.2001, E. 1999/2, K. SPK 2001/2, RG. 05.01.2002, Sayı: 24631 (Mükerrer): "*Kanunda yasak delil yöntemleri kovuşturma makamları için öngörülmüştür. Ancak anayasal haklara ağır bir müdahale söz konusuysa özel kişiler tarafından hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerin de delil yasakları kapsamına girmesi gerekir. Çünkü, delil yasaklarının asıl amacı temel insan hak ve özgürlüklerini korumaktır. (...) Buna aksi bir görüşü savunmak, özel kişilere bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal etme imkanı verir ki, bu bir hukuk devletinde kabul edilemez. Daha da önemlisi, bu tür delillerin hükme esas alınması son zamanlarda toplumumuzda örnekleri görülen mafya oluşumlarını teşvik eder.*"

⁹⁷⁵ Ünver-Hakeri, a.g.e., s. 630; Çınar, a.g.m., s. 41; Bıçak, a.g.e., s. 478-479; Şen, a.g.e., s. 174.

⁹⁷⁶ Akyürek, a.g.m., s. 78.

⁹⁷⁷ Ibid., s. 78; Bıçak, a.g.e., s. 478; Putzke – Scheinfeld, a.g.e., para. 381.

kapsayacaktır: Delilin ciddi şekilde insan hakkı ihlali suretiyle elde edilmiş olması⁹⁷⁸, özel yaşam alanına müdahale edilmiş olması⁹⁷⁹ ve devlet organları tarafından özel kişinin araç olarak kullanılmış olması.⁹⁸⁰

Delil yasaklarının özel kişiler için de geçerli olduğu kabul edilse de buna bazı istisnalar tanınması gerektiği ileri sürülmüştür.⁹⁸¹ Bu kapsamda özel kişinin kendisine karşı gerçekleştirilen bir hukuka aykırılık söz konusuysa ve delilin elde edilme yöntemi insan onuruna aykırılık teşkil etmiyorsa bu delil kullanılabilir.⁹⁸² Nitekim, özel kişilerin kamusal yetkileri ve soruşturma makamlarının delil elde etme vasıtalarını haiz olmamalarının bir sonucu olarak, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde, artık bu şekilde edinilen deliller hukuka aykırılık vasfı taşımayacağından kabulü gerekebilmektedir.⁹⁸³ Ancak bu takdirde zaten delil hukuka uygun hale geleceğinden hukuka aykırı delilin değerlendirilmesi yasağından değil, özel kişinin elde ettiği delilin hangi şartlarda hukuka uygun olduğundan -ve dolayısıyla değerlendirilebileceğinden- söz edilir.⁹⁸⁴ Buna örnek olarak, şantaj veya tehdide maruz kalan kişinin buna ilişkin aldığı ses kaydının delil olarak kullanılabilmesi verilebilir.⁹⁸⁵ Yargıtay da bu meyanda, “işlenen suç ile ihlal edilen hak arasında makul bir orantının bulunması” ön koşuluyla “başka surette delil elde etme olanağının bulunmaması” ölçütünü kullanmaktadır.⁹⁸⁶

AİHM’ e göre de özel kişinin gizlice kayıt yaparak elde ettiği kişinin kendini suçlayıcı beyanları, mahkumiyetin dayandığı tek ve temel delil olmadıkça delil olarak kabul edilebilirdir.⁹⁸⁷

Özel kişilerin ikili diyaloglarda öğrendikleri bilgileri soruşturma organları ile paylaşması ve bu konularda tanık olarak dinlenmelerine ise engel bir durum bulunmamaktadır.⁹⁸⁸ Burada hayatın olağan akışıyla ve ceza muhakemesinde tanıklık

⁹⁷⁸ İşkence, ilaç vererek konuşurma gibi yöntemler buraya dahil edilmiştir.

⁹⁷⁹ Konuşmaların gizlice kayda alınması ya da günlüklerin okunması bu kapsamda sayılmıştır.

⁹⁸⁰ Özbek, a.g.m., s. 925.

⁹⁸¹ Yenisey, Delil, s. 57 vd.

⁹⁸² Ibid., s. 58.

⁹⁸³ Gödekli, a.g.m., s. 1895.

⁹⁸⁴ Yıldız, İspat, s. 198.

⁹⁸⁵ Özbek, a.g.m., s. 925.

⁹⁸⁶ Gödekli, a.g.m., s. 1895; 4.CD., T. 7.5.2014, E: 2014/12152, K: 2014/15473; CGK, T. 21.5.2013, E: 2012/5-1270, K: 2013/248. www.kazanci.com/kho2/ibb

⁹⁸⁷ “Schenk v. Switzerland”, 12.07.1988, (Başvuru No. 10862/84), para. 48, <https://hudoc.echr.coe.int>

⁹⁸⁸ Aydın, a.g.e., s. 335.

kurumuyla uyumlu bir durum söz konusudur. Kaldı ki zaten gerek kamu makamları gerek özel kişiler tarafından aktif delil elde etme faaliyeti olmaksızın tesadüfen ele geçirilen deliller yasak kapsamında olmayıp kabul edilmektedir.⁹⁸⁹

3.2.5. Hukuka Aykırı Delillerin Dosyada Kalması Sorunu

Talep üzerine veya resen hukuka aykırı oldukları tespit edilen delillerin, dosyadan çıkarılıp çıkarılmayacağı tartışmalı bir meseledir. Bu tartışmaya dayanak kılınan kanun maddeleri, CMK 206/2-a⁹⁹⁰ ve 230/1-b⁹⁹¹ olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öncelikle, 206/2-a'dan yapılan çıkarıma göre, bir delilin hukuka aykırılık incelemesi, esas mahkeme tarafından ayrı ve tali bir ceza muhakemesi ile yapılmalıdır.⁹⁹² Ayrıca hukuka aykırılığı tespit edilen deliller, davanın sonu beklenmeden dosyadan çıkarılmalıdır.⁹⁹³ Doktrinde çoğunluk görüşe göre, hukuka aykırı delillerin, hakimin vicdani kanaatini etkilememesi için, iddia ve yargılama makamlarının bu delille baştan temasa geçmeleri engellenmelidir.⁹⁹⁴ Yani, hukuka aykırı kabul edilen ve değerlendirilmesi muhakkak yasak olan delillerin dosyada kalmasının bir anlamı yoktur.⁹⁹⁵

213/1-b hükmüne göre ise, dava dosyasında usulsüz delillerin bulunması halinde, bu delillerin dosyadan çıkarılması mümkün olmayıp, bunlar mahkeme tarafından ayrıca değerlendirilmek durumundadır.⁹⁹⁶ Kaldı ki hakim, 'delil yasakları davası' esnasında hukuka aykırı delillerden yeterince etkileneceği için dosyadan çıkarmamanın da bir önemi kalmayacaktır.⁹⁹⁷ Son olarak, üst derece muhakemesinin

⁹⁸⁹ Bıçak, a.g.e., s. 476-477; İtişgen, a.g.e., s. 207.

⁹⁹⁰ CMK 206 "(2) Ortaya konulması istenilen bir delil aşağıda yazılı hâllerde reddolunur: a) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse. (...) "

⁹⁹¹ CMK 230 "(1) Mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde aşağıdaki hususlar gösterilir: (...) b) Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi. (...) "

⁹⁹² Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 533; Şen, a.g.e., s. 206; Öztürk, a.g.e., s. 45.

⁹⁹³ Ersan Şen, Hukuka Aykırı Delillerin Dosyadan Çıkarılması, (Çevrimiçi) <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2233614-hukuka-aykiri-delillerin-dosyadan-cikarilmasi>, E.T.: 09.02.2019.

⁹⁹⁴ Yenisey, Delil, s. 59; Ünver, Deliller, s. 2904; Yıldız, İspat, s. 205; Şen, a.g.e., s. 209; Centel-Zafer, a.g.e., s. 733.

⁹⁹⁵ Yıldız, İspat, s. 205.

⁹⁹⁶ Öztürk, a.g.e., s. 45; Özbek, a.g.e., s. 926.

⁹⁹⁷ Centel-Zafer, a.g.e., s. 734.

yapılabilmesi amacıyla, delillerin ayıklanmaksızın dosyada bulundurulmasında isabet bulunduğu da belirtilmektedir.⁹⁹⁸

Kanımızca da hakimın dosyada kalan delilden etkilenmesi kaçınılmazsa da, madem kanunen hükmün hukuka aykırı delile dayandırılması yasaktır, hakimın vicdani kanaatini yasak delile dayandırdığı hallerde söz konusu kararın kanun yolunda geri çevrilmesi gerekir.⁹⁹⁹ Üstelik, konumuz bakımından da bir örnek vermek gerekirse, susma hakkı ihlal edilerek temin edilmiş bir ikrarın hukuka aykırı delil olduğu ve değerlendirme yasağı kapsamında kalacağı/reddedileceğı kararını verirken zaten hakim ikrarı inceleyecektir. Dolayısıyla pratikte dosyadan çıkarmanın hususen bir etkisi olmayacağı kanaatindeyiz.

⁹⁹⁸ Öztürk, a.g.e., s. 45.

⁹⁹⁹ Aynı yönde bkz. Gödekli, a.g.m., s. 1911.

SONUÇ

Susma hakkı başlıklı üç bölümden oluşan tezimizin ilk bölümünde susma hakkının kapsamlı tanımı yapılmış, diğer ilkelerle arasındaki ilişkiye ve temellendirme gerekçelerine yer verilmiş, tarihsel gelişimi ve uluslararası hukuk ile karşılaştırmalı hukuktaki yeri ortaya konmuştur. Buradan, susma hakkının kişiyi aleyhine yürütülen ceza davasına aktif olarak katkıda bulunma yükümlülüğünden koruduğu, adil yargılanma hakkının özünde yer aldığı, masumiyet karinesinin bir nevi sonucu olduğu ve ispat yükünü sanığa yüklemeyi yasaklayarak devlet ile birey arasında adil denge sağlamaya yaradığı sonuçlarına ulaşılmıştır. Ortaya çıkışı ceza muhakemesinde tahkik usulünden vazgeçilmesi ve işkencenin yasaklanmasına dayandırılrsa da modern anlamda savunma hakkının tanınmasına kadar susma hakkı pratikte bir etki doğurmamış ve bir anlam ifade etmemiştir. Nitekim günümüzde de işkence yasağı münferit olarak ve hemen hemen ülkeler arası bir fikir birliği ile kabul edilmiş olup, susma hakkı daha ziyade insan onuru ve irade özerkliğine dayandırılmaktadır.

Evrensel bir hak ve savunma hakkının bir unsuru olarak görülen susma hakkı, sübjektif bir hak olup kişinin kendi ve yakınlarını suçlamaya zorlanmasını, susmadan aleyhe çıkarım yapılmasını yasaklar. Ancak kişinin bazı soruları yanıtlayıp bazılarını yanıtlamadığı kısmi ve muhakemenin bir aşamasında konuşup diğerinde sustuğu geçici susma hallerinin vicdani kanaate etki edeceği kaçınılmazdır. Susma hakkı yalan söyleme hakkını içermemekle beraber, maddi bir suça vücut vermediği sürece yalan söylemenin muhakeme hukuku açısından bir yaptırımı yoktur.

Her ne kadar AİHM bu hakkı ceza yargılama süreciyle sınırlı ele alsada T.C. Anayasası'nın 38/5 maddesinin açık düzenlemesi karşısında susma hakkı, sadece şüpheli ve sanığa tanınan ceza muhakemesine hasredilmiş sınırlı bir hak olarak kabul edilemez. Tanıklıktan çekinme hakkı da susma hakkına içkin bir haktır. Ayrıca idari ve hukuk muhakemesinde her ne kadar kişinin susması aleyhine yorumlanabilse ve bu hukuk dalına has yaptırıma bağlanabilse de ceza soruşturması başlatabilecek

nitelikteki soruların cevapları en azından herhangi bir ceza yargılamasında kullanılmama güvencesi altında olmalıdır.

Hukukumuzda tüzel kişiler suç faili olamayacakları ve cezalandırılmayacakları için kendini suçlamaya karşı korunma hakkı olarak susma hakkının onlara tanınması en azından şimdilik gündeme gelemeyecektir. Ancak ABD gibi tüzel kişilerin bizzat ceza alabildikleri hukuk sistemlerinde bu husus tartışmalıdır. Tüzel kişilerin bu hakka dayanarak suçlarının ispatında çoğu zaman tek dayanak olan belgeleri vermeyi reddetmelerinin ceza sürecini tıkayacağı yönündeki çoğunluk görüşüne katılmaktayız.

Belge niteliğinde deliller konusu da oldukça tartışmalıdır. Öncelikle ifade edilmelidir ki, ceza muhakemesi sürecinde kişiden kendi eliyle belge teslim etmesini talep etmek susma hakkı uyarınca mümkün olmamalıdır. Nitekim AİHM' in de görüşü bu yöndedir. Usulüne uygun icra edilen arama ve elkoyma tedbirleriyle bu korumanın aşılabileceği düşünülebilirse de muhafaza altına almayı düzenleyen kanun maddesi açıkça şüpheli, sanık ve tanıklıktan çekinebilecekleri eşya teslim etmemenin yaptırımından muaf tutarak susma hakkının bu yöndeki uygulamasını perçinlemiştir. Ancak vergi hukuku kapsamında ibrazı zorunlu belgeler için herhangi bir fikir birliğine ulaşılamamış olup, konu oldukça ihtilaflıdır. AİHM, Amerikan Yüksek Mahkemesi ve Alman Federal Yargıtayı' nın içtihatları ışığında, susma hakkının vergi yükümlülüğünden kaçınma ve idari soruşturmadan muaf olma hakkı bahsetmeyeceği düşüncesindeyiz. Vergilendirme sisteminin işlerliği için ibraz etmemeye sonuç bağlanması kanaatimizce susma hakkına aykırı olmamakla beraber, söz konusu belgelerin vergi dışı herhangi bir ceza davasında kullanılmamasına dair getirilecek güvencenin tartışmaları çözüme ulaştıracak kanaatindeyiz.

Susma hakkı mutlak değildir. Ceza muhakemesi işlemlerine katlanma yükümlülüğü, kişiyi bazı hallerde kendi aleyhine delil vermeye zorlamaktadır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması bunun en temel örneğidir. Kimlik bilgileri hakkında doğruyu söyleme ve mahkemece çağırılan yer ve zamanda hazır bulunma yükümlülüğü çoğunluk görüşünce kabul edilen diğer istisnalardır. Amerikan hukukunda bu tartışmalara, susma hakkını beyan delilleriyle sınırlı tutan anlayış yön verir ve çözüm sunarken, Alman hukukunda kişinin katılımının aktif mi pasif mi olduğu yönünde bir değerlendirmeye gidilmektedir. AİHM ise 'kişinin iradesinden

bağımsız olarak var olan' delilleri susma hakkı kapsamında çıkaran bir içtihat geliştirmiştir.

Kişinin sadece pasif olarak katlanması gereken, fizik kimliğinin tespiti ve bu kapsamda yapılan parmak izi alma, teşhis işlemine tabi tutulma, keşfe katılma ve beden muayenesi bakımından da susma hakkına aykırılık söz konusu olmayacaktır. Yer gösterme olay yerinde yapılan ifade alma gibi olduğundan bu işlem bakımından ifade alma kurallarının geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz. Kimlik bilgileri bakımından ise, çoğunluk görüşünden ayrı olarak, kişinin kimliğini ifşanın suçu neredeyse ikrar anlamına geleceği istisnai haller için susma hakkının tanınması gerektiği düşüncesindeyiz. Sayılan tüm bu işlemlerin fiziksel cebir ile işleme direnen bireyin zorlanması suretiyle gerçekleştirilmesi insan onuruna aykırı olacaktır. İdari para cezası veya disiplin hapsi gibi hukuki 'zor' a başvurularak bireyin işleme katılmasının sağlanması ise, söz konusu katılma pasif katlanmadan ibaret olduğundan susma hakkına aykırılık arz etmeyecektir. Doğası gereği gizli yürütülenler de dahil kanundaki şartlarına riayet edilerek gerçekleştirilen koruma tedbirlerinin ise susma hakkını ihlal etmeyeceği kanaatindeyiz.

Kamu güvenliğinin risk altında olduğu acil hallerde susma hakkına istisna tanınmasını AİHM' in de yeni kararlarında kabul ettiği gözlemlenmektedir. Amerikan hukukunda elli yılı aşkın süredir kabul edilen bu istisnanın Türk mevzuatında yeri olmayıp, uygulanması mümkün görünmemektedir. Yaşam hakkı gibi mutlak hakların ciddi ve yakın risk altında olduğu durumlarda bu riskin giderilmesi ve kamu güvenliğinin yeniden tesis edilmesi için susma hakkı hatırlatılmaksızın ve hatta kişi konuşmaya teşvik edilerek soru sorulması kabul edilse de söz konusu beyanların daha sonra yapılacak yargılamada kullanılmayarak bu sorunun aşılacağı kanaatindeyiz.

Sosyal medya verilerine erişim noktasında kişinin yargılama makamlarına şifresini vermeye zorlanamayacağı ve şifre bilgisini paylaşmamanın susma hakkı kapsamında korunduğu düşüncesindeyiz.

Susma hakkına aykırılık, kişinin aktif katılım ile delil vermesine zorlandığı hallerde meydana gelecektir. Konuşmak da aktif davranış olduğundan bu aykırılığın başında kişinin susma hakkı hatırlatılmayarak ya da yasak sorgu yöntemlerine

başvurularak irade özgürlüğünün ortadan kaldırıldığı haller gelmektedir. Tezin üçüncü bölümünde bu haller tek tek incelenmiş ve sınırları çizilmiştir. Bazı araçlar kullanma altında, kanunda açıkça yer verilmeyen yalan makinesi, pallometri, beyin titreşim izlerinin değerlendirilmesi ve diğer yöntemler altında hipnoz ve sömürmeye de yer verilmiştir. Kanaatimizce kişinin susmasının hiçbir anlam ifade etmeği ve iradesinin etkisiz kılındığı bu uygulamaların susma hakkına aykırı olduğu açıktır.

Etkin pişmanlık, azmettireni ifşa halinde cezada indirim, uzlaştırma, dava pazarlığı gibi yasal uygulamalar, susma hakkının mutlak olmamasının sonuçları olarak değerlendirilebilir. Zira bu hallerde yargılama makamları ile iş birliği öyle teşvik edicidir ki, kişi üzerinde adeta kendini suçlayıcı delil verme yönünde baskı yaratılmaktadır. Ancak irade özgürlüğü varlığını koruduğu ve ispat yükü sanığa yüklenmiş sayılamayacağından bu hallerin susma hakkına ihlal oluşturduğu ileri sürülemeyecektir.

Susma hakkına aykırılığın sonuçlarının değerlendirilmesinde ise, mutlak kabul, mutlak ret ve nispi yaklaşımlar irdelenerek delil teorisine değinilmiş, hukuka aykırı delillerin uzak etkisi, itiraz çözümü, özel kişiler tarafından elde edilen hukuka aykırı delillerin akıbeti ve hukuka aykırı delillerin dosyada kalması sorunu üzerinde durulmuştur.

Anglosakson hukuk sistemlerinde delil yasakları soruşturma organlarını disipline etmek için var olduğundan mutlak ret yaklaşımının benimsendiği gözlenmektedir. Kıta Avrupası hukuklarında ise, delil yasaklarının amacı insan haklarını korumak olarak belirdiğinden, sanık haklarının ihlal olmadığı usule aykırılık hallerinin somut olaya göre tolere edilebileceği kabul edilmektedir. Nispi teoriler sanık haklarının ihlal derecesinin ağırlığı ve kamu zararı arasında denge kurmayı, yargılamanın genel olarak adillliğini ya da ihlal ile hüküm arasında illiyet bağının kuvvetliliğini ölçmeyi önermektedirler. Kanaatimizce, susma hakkına aykırılığın varlığında hakkın özü doğrudan ihlal edilmiş olacağından bu değerlendirmelere gerek kalmayacaktır. Susma hakkına aykırılık tespit edildikten sonra bu suretle elde edilen delilin dışlanması ya da diğer tabirle değerlendirilmesinin yasaklanması gerekecektir. Dolayısıyla aslında mesele delil hukuku tartışmasında değil, susma hakkının aykırılığının tespitinde düğümlenmektedir. Kaldı ki zaten Türk mevzuatında yer alan

pek çok hüküm, ayırt etmeksizin her hukuka aykırı delilin dışlanması öngördüğünden, Türk ceza yargısında mutlak ret görüşünün hakim olduğu -ya da en azından olması gerektiği- ileri sürülmektedir.

Hukuka aykırı delillerin uzak etkisinin değerlendirilmesinde de susma hakkı ihlal edilerek edinilen beyan dolayısıyla ulaşılan delillerin dışlanması gerektiği yönündeki ağırlık görüşüne katılmaktayız. Alman Federal Yargıtayı' nın bir uygulaması olan ve itiraz süresi geçirilen hukuka aykırı delillerin adeta kabul edilmesi sonucunu doğuran itiraz çözüm yönteminin hakkaniyete uygun olmadığı kanaatindeyiz. Özel kişiler tarafından elde edilen hukuka aykırı deliller de mutlak ret kapsamında kalacaktır. Ancak burada belirtmek gerekir ki, kanunun bilhassa belli işlemi yapmakla görevli memura yüklediği yükümlülüğünden özel kişi sorumlu tutulamaz. Örneğin, her ne kadar işkence edilmek suretiyle veya özel hayatına müdahale suretiyle bir kişiden suçlayıcı beyan edinilmesi durumunda bu kullanılamayacaksa da özel kişinin susma hakkını hatırlatmadan şüpheliden aldığı bilgiler için tanıklığına başvurulabilecektir. Susma hakkı ihlal suretiyle elde edilen delil hukuka aykırı olacak ve kullanılamayacaksa da bu delilin değerlendirilmeyeceğini tespit ederken hakim delille temasa geçtiğinden, dosyadan çıkartılmasının muhakkak gerekmediği düşüncesindeyiz.

Bu tezde susma hakkı, geniş bir perspektiften ele alınarak sistematik olarak ortaya konmaya çalışılmıştır. Her şeyden önce susmanın, suçlayıcı sorulara yanıt vermemenin ötesinde, kendini suçlamaya zorlanmamayı kapsayan bir hak olduğu sonucuna varılmıştır. Bu doğrultuda, nelerin kendini suçlama ve zorlama anlamlarına geleceği doktrindeki görüşler ve çeşitli mahkeme içtihatları çerçevesinde incelenmiştir.

Kanaatimizce susma, sadece evrensel nitelikli bir insan hakkı olmayıp, aynı zamanda günümüz ceza muhakemesi hukukunun en temel düsturları arasında yer almaktadır. İspat yükünü bireyden alıp devlete yükleyen, savunmaya ayrı bir makam tahsis eden ve savunmanın dokunulmazlığını kabul eden modern ceza muhakemesinde kişiyi kendini suçlamaya zorlamak kabul edilemez. Zira bu temellerden ayrılan bir yargılamanın adillikinden, yargılaması adil olmayan devletin de hukukiliğinden söz edilemez.

KAYNAKÇA

1. Kitap/Makale

(Yazar Belirtilmemiş), **Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a Fair Trial (criminal limb)**, Council of Europe/European Court of Human Rights, 31 December 2018.

(Yazar Belirtilmemiş), “Facebook Murder-for-Hire Victim Shot Dead”, **NBC PHILADELPHIA**, 17.08.2011, (Çevrimiçi), <http://www.nbcphiladelphia.com/news/local/127830808.html>

(Yazar Belirtilmemiş), “Organizational Papers and The Privilege Against Self-Incrimination”, **Harvard Law Review**, Vol. 99, January, 1986, s. 640-654.

(Yazar 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.

Aksoy İpekçioğlu, Pervin “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, **Marmara Üniversitesi HF Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y: 2013, C: 19, S:2, s. 1157-1174. (İpekçioğlu, Vücut)

Aksoy İpekçioğlu, Pervin, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alma", **İÜHFMD**, Y: 2012, C: 70, S: 1, s. 19-38. (İpekçioğlu, Ceza Muhakemesi)

Aksoy İpekçioğlu, Pervin, “Gözaltında Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri”, **AÜHFMD**, C. 57, S. 3, 2008, s. 51-81. (İpekçioğlu, Gözaltı)

Akyazan, Ahmet Emrah, “Miranda Hakları (Miranda V. Arizona 1966),” **TBB Dergisi**, Yıl: 2007, Sayı: 71, S. 339-354.

Akyürek, Güçlü, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, **TBB Dergisi**, S. 101, 2012, s. 61-82.

Allen, Ronald J. - Mace, Kristin, “The Self-Incrimination Clause Explained And Its Future Predicted”, **J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY**, Vol. 94, 2004, s. 243-293.

Allen, Ronald J., “Theorizing About Self Incrimination”, **Cardozo Law Review**, Vol: 30, 2008-2009, s. 729-750.

Alschuler, Albert W., “Miranda’s Fourfold Failure”, **Boston University Law Review**, Vol: 97, 2017, S. 849-891. (Alschuler, Miranda)

Alschuler, Albert, “A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent” **Michigan Law Review**, Vol: 94, 1995, s. 2625-2672. (Alschuler, Peculiar)

Altunkaş, Aysun, **Hukuka Aykırı Delil Teorisi Işığında İfade Alma Ve Sorgu**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.

Amann, Diane Marie, “A Whipsaw Cuts Both Ways: The Privilege Against Self-Incrimination In An International Context”, **UCLA Law Review**, Vol: 45, 1997-1998, s. 1201-1295.

Amar, Akhil Reed- Lettow, Renée B., “Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause”, **Michigan Law Review**, Vol. 93, 1995, s. 857-928.

Ambos, Kai, “The Right Of Non-Self-Incrimination Of Witnesses Before The ICC”, **LJIL**, Vol. 15, 2002, s. 155- 177.

Aristoteles, **Retorik**, Çev. Mehmet H. Doğan, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 1995.

Artuk, Mehmet Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Adalet Yayınları, 2015.

Ashby, Joseph R., “Declining to State A Name In Consideration Of The Fifth Amendment’s Self-Incrimination Clause and Law Enforcement Databases After Hiibel”, **Michigan Law Review**, Vol. 104, February 2006, s. 779-820.

Ashwort, Andrew, “Self-Incrimination In European Human Rights Law- A Pregnant Pragmatism?”, **Cardozo Law Review**, Vol: 30, No: 3, December 2008, s. 751-774.

Aslan, Yasin M., “Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 68, S. 2010/2, s. 233-246.

Atalay, İbrahim Orkun, “Osmanlı Ceza Yargılaması Usulu Hukuku Üzerine Bir Deneme”, **EÜFHD**, C. XI, S. 3-4-, 2007, s. 239-272.

Avcı, Mustafa, **Hukuk Tarihimizde Hapis**, Ankara, Adalet Akademisi Yayınları, 2014.

Aydın, Murat, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kendini İtham Etmeme Hakkı**, Ankara, Adalet Yayınları, 2016.

Başaran Yavaşlar, Funda, “İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları”, **Vergi Dünyası Dergisi**, Temmuz 2006, s. 131-178.

Başer, Mert - Yenidünya, Caner; “Türk Ceza ve Ceza Usul Hukuku Kapsamında Yasak Sorgu Yöntemleri, Sanığın Yasak Sorgu Yöntemlerine Karşı Bir Korunma Yolu : İşkence ve Kötü Muamele Yapmak Suçu”, **İzmir Barosu Dergisi**, S:4, Ekim 1996, s. 23-53.

Bäumerich, Maik, “Verschlüsselte Smartphones als Herausforderung für die Strafverfolgung”, **NJW**, 2017, 2718-2722.

Bayındır, Abdulaziz, “Örneklerle Osmanlı’da Ceza Yargılaması”, (Çevrimiçi), https://stratejisiite.files.wordpress.com/2015/10/rneklerle-osmanli_da-ceza-yargilamasi.pdf .

Beccaria, Cesare, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev. Sami Selçuk, 2. Baskı, Ankara, İmge Yayınevi, 2010.

Berger, Mark, “Europeanizing Self-Incrimination: The Right To Remain Silent In The European Court Of Human Rights”, **COLUMBIA J. EUR. L.**, Vol. 12, 2006, s. 339-381.(Berger, Europeanizing)

Berger, Mark, “The Right to Silence in The Hague International Criminal Courts”, **USFL Rev.**, Vol. 47, 2012, s. 1-54.(Berger, Hague)

Beulke, Werner, **Strafprozessrecht**, 12. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, 2012.

Bıçak, Vahit, “Usulsüz 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, Ekim 2010.

Bilalli-Zendeli, Arta, “Privilege Against Self-Incrimination – Guarantee For Fair Trial İn Modern Criminal Procedures (Nemo Tenetur Prodere Seipsum)” **RSP**, No.47, 2015, S. 155-164.

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, s. 807-869.

Birtek, Fatih, **AİHM, Anayasa Mahkemesi Ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil Ve İspat**, Ankara, Adalet Yayınları, 2016.

Bıyıklı, Hasan, “Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu ve Türk Ceza Hukuku Sistemi,” *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 14, Ekim 1981, s. 505-518.

Bonventre, Vincent Martin, “An Alternative to The Constitutional Privilege Against Self- Incrimination”, **Brooklyn Law Review**, Vol. 49, 1982, s. 31-77.

Bosch, Nikolaus, **Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht**, Berlin, Dunkler&Humblot, 1998.

Bouzat, Pierre; “Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanmasında Doğruluk Kuralları”; Çev. H. İsmet Bıyıklı, **Yargıtay Dergisi**, C: 3; S: 1, Ankara Ocak 1977, s. 85 – 113.

Bovino, Scott, “A Systematic Approach To Privilage Against Self-Incrimination Claims When Foreign Prosecution Is Feared”, **The University Of Chicago Law Review**, Vol: 60, No. 3/4, Summer-Autumn 1993, s. 903-932.

Buchholz, Momme, **Der nemo tenetur- Grundsatz**, Kiel, Springer, 2017.

Candan, Turgut, “Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler”, **İdari Ceza Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Seçkin, 2009, s. 246-283.

Canoğlu, Veysel Candan, “Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat”, **TBB Dergisi**, S. 18, 2018, s. 231-272.

Carman, Ernest C., “A Plea for Withdrawal of Constitutional Privilege from the Criminal”, **Minnesota Law Review**, Vo:22, 1938, s. 200-210.

Centel, Nur - Zafer, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Bası, İstanbul, Beta, Eylül 2017.

Centel, Nur, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Telekonimiasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, **GÜHFD**, Köksal Bayraktar Armağanı, Ocak-Şubat 2010/1, s. 161-192.

Chiesa, Luis E. , “Beyond Torture: The Nemo Tenetur Principle In Borderline Cases”, **Boston College Third World Law Journal**, Vol: 30, 2010, s. 35- 66.

Ciardiello, Debra, “Seeking Refuge In The Fifth Amendment: The Applicability In The Privilage Against Self-Incrimination To Individuals Who Risk Incrimination Outside The United States”, **Fordham International Law Journal**, Vol: 15, 1991, s. 722-771.

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

Çınar, Ali Rıza, “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, **TBB Dergisi**, S. 55, 2004, s. 31-64.

Cole, Lance, “The Fifth Amendment and Compelled Production of Personal Documents After United States v. Hubbell-New Protection for Private Papers?”, **AM. J. CRIM. L.**, Vol. 29, (2002), s. 123-192.

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, s. 214-234.

Çulha, Rifat - Demirağ, Fahrettin - Nuhoglu, Ayşe - Oktar, Salih - Tezcan, Durmuş, **Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı**, Ed. Feridun Yenisey, 3. Baskı, Ankara, TBB Yayınları, 2018.

Dann, Mathias - Schmidt, Kerstin, “Im Würgegriff der SEC? - Mitarbeiterbefragungen und die Selbstbelastungsfreiheit”, **NJW**, 2009, s. 1851-1855.

Dann, B. Michael, “The Fifth Amendment Privilege Against Self-Incrimination: Extorting Physical Evidence From a Suspect”, **Southern California Law Review**, Vol. 43, 1970, s. 597-630.

Demirbaş, Timur, **Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması**, 5. Baskı, Ankara, Seçkin, Nisan 2018.

Demren Dönmez, Burcu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu**, Ankara, Seçkin, 2007.

Dennis, Ian, “Instrumental Protection, Human Right Or Functional Necessity? Reassessing The Privilage Against Self-Incrimination”, **Cambrige Law Journal**, Vol: 54(2), July 1995, s. 342-376.

Dijkhorst, K van, “The Right of Silence is the Game Worth the Candle?”, **S. African L.J.**, Vol. 118, 2001, s. 26-58.

Dinçer Filiz, “Yasak Sorgu Yöntemleri”, **Manisa Barosu Dergisi**, Ekim 1995, Yıl:14, S:55, s. 4-50.

Dolinko, David, “Is There A Rationale For The Privilage Against Self-Incrimination?”, **UCLA Law Review**, Vol: 33, 1985, s. 1063-1148.

Donay, Süheyl, **Ceza Mahkemelerinde Yargılanan Vergi Suçları**, İstanbul, Beta, 2008.

Donay, Süheyl, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.

Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, Cilt: II, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onbirinci Bası, İstanbul, Beta, 1997.

Dülger, Murat Volkan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi)**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, 2014.

Dural, Mustafa – Ögüz, Tufan – Gümüş, Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019.

Durrett, H. Steven- Rosengren, Paul G., “Evidence New Limitations On The Privilige Against Self- Incrimination”, **California Law Review**, Vol. 64, No. 286, 1972, s. 554-572.

Erdem, Mustafa Ruhan, “Suçu Bildirmeme Suçu”, **TBB Dergisi**, S. 80, 2009, s. 105-120.

Erem, Faruk - Toroslu, Nevzat, **Türk Ceza Hukuku: Özel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 1994.

Erem, Faruk, “Susma Hakkı”, **Bursa Barosu Dergisi**, 1980, s. 10-11. (Erem, Susma)

Erem, Faruk, “Susma Hakkı”, **Yargıtay Dergisi**, C. 18, S. 3, Temmuz 1992, s. 296-299. (Erem, Susma Hakkı)

Erem, Faruk, **Diyalektik Açıdan Ceza Yargılaması Hukuku**, Ankara, Işın Yayınları, 1986. (Erem, Diyalektik)

Erman, Sahir, **Bankacılık Suçları, Ticari Ceza Hukuku**, C. V, İstanbul, Nazım Terzioğlu Atölyesi, 1984.

Ersin, Ali, "Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü", **CHD**, Y: 6, S:16, Ağustos 2011, s. 190-207.

Ertuğrul, Hüseyin, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 1-2, Yıl: 2008, s. 687-699.

Eser, Albin, “Türk Ve Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, Çev: Nur Centel, **Yargıtay Dergisi**, C.3, S. 16, Temmuz 1990, s. 313-338.

Evik, Ali Hakan, “Susma Hakkı”, **Güncel Hukuk Dergisi**, S. 12, İstanbul, Aralık 2004, s. 48-49.

Feyzioğlu, Metin, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, **AÜHFD**, C. 48, 1999/1-4, s. 135-163. (Feyzioğlu, Suçsuzluk)

Feyzioğlu, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara, Us-A Yayıncılık, 1996. (Feyzioğlu, Tanıklık)

Fiş Üstün, Gül, “Disiplin Soruşturmalarda Hukuka Aykırı Deliller”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 1, Haziran 2018, s. 17-35.

Fox, Dov, “The Right To Silence Protects Mental Control”, **Akron Law Review**, Vol. 42, 2009, s. 763-801.

Geyh, Charles Gardner, “The Testimonial Compotent of The Right Against Self-Incrimination”, **Cath. U. Law Review**, Vol: 36, 1986-1987, s. 611-642.

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, XIII, 2010, s. 675-708.

Gödekli, Mehmet, “Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı”, **Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi**, Sayı: 65 (4), 2016, s. 1815-1924.

Godsey, Mark A., “Rethinking the Involuntary Confession Rule: Toward a Workable Test for Identifying Compelled Self-Incrimination”, **California Law Review**, Vol. 93, 2005, s. 465-540.

Gökçen, Ahmet - Balcı, Murat - Alşahin, M. Emin - Çakır, Kerim, **Ceza Muhakemesi Hukuku -1-**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.

Göktürk, Neslihan, “Yalan Tanıklık Suçu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, 2016/1, s. 347-409.

Gölcüklü, Feyyaz, “Sanık Gerçeği Söylemeye Mecbur Mudur?”, **AÜSBFD**, C. 9, S. 4, s. 121-146.

Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000.

Granfield, Partick, “The Right to Silence: Magisterial Development”, **Theological Studies**, Vol. 27, No.3, 1966, s. 401-420.

Gray, Anthony, “The Right To Silence Using Ameican And European Law To Protect A Fundamental Right”, **New Criminal Law Review: An International And Interdisciplinary Journal**, Vol. 16, No. 4, Fall 2013, s. 527-567.

Greco, Luis - Caracas, Christian, “Internal Investigations und Selbstbelastungsfreiheit”, **NStZ**, 2015, s. 7-15.

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, s. 113-178.

Greenawalt, Kent, "Silence as a Moral and Constitutional Right", **William & Marry Law Review**, Vol: 23, 1981, s. 15-71.

Griffin, Lissa, "Is Silence Sacred? The Vulnerability of Griffin v. California in a Terrorist World", **William & Mary Bill of Rights Journal**, Vol. 15, 2007, s. 927-961.

Griswold, Erwin N., "The Fifth Amendment Today", **Marquette L. Rev.**, Vol: 39, 1955-1956, s. 191-204.

Griswold, Erwin N., "The Right to be Let Alone", **Northwestern University Law Review**, Vol: 55, 1960, s. 216-226.

Günay, Erhan, **Ceza Hükmünde Mutlak Bozma Nedeni Olarak Sanığın Savunma Hakkının Kısıtlanması**, Ankara, Seçkin, 2016.

Hartmann, Arthur – Schmidt, Rolf, **Strafprozessrecht, Grundzüge des Strafverfahrens**, 4. Auflage, Bremen, Rolf Schmidt GmbH, 2012.

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, 2008, s. 1043- 1052.

Heinrich, Christoph- Rauch, Christian- Wiehrer, Axel, "<<Nemo>> Tenetur Se Ipsum Accusare?", <http://docplayer.net/64046471-nemo-tenetur-se-ipsum-accusare-christoph-heinrich-christian-rauch-and-axel-wiehrer.html> , E.T.: 18.09.2018.

Helmholz, Richard. H. , "Origins Of The Privilege Against Self-Incrimination: The Role Of The European Ius Commune," **New York University Law Review**, Vol. 65, 1990, s. 961-990.

Herrmann, Frank R.- Speer, Brownlow M. , "Standing Mute At Arrest As Evidence Of Guilt: The "Right To Silence" Under Attack", **American Journal Of Criminal Law**, Vol: 35, L.1, Fall 2007, s. 1-23.

Hobbes, Thomas, **Leviathan**, Çev. Semih Lim, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 1993.

İçel, Kayıhan, "Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları", **Prof. Dr. Nurulah Kunter'e Armağan**, İstanbul, Beta, 1998, s. 121-127. (İçel, Sorgu)

İçel, Kayıhan, "Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'in Daima Büyük Önem Verdiği Suç Politikasının Ana İlkelerinden Hukuka Bağlı Devlet İlkesi", **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, C. 2, Ankara, 2008, s. 913-932

Inbau, Fred E., "Should We Abolish The Constitutional Privilege Against Self-Incrimination?", **The Journal Of Criminal Law And Criminology**, Vol. 89, No. 4, Summer 1999, s. 1385-1392.

İnci, Z. Özen , "Şüpheli Ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku? Şüpheli Ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü Ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 7/2, 2017, s. 119-168. (İnci, Katlanma)

İnci, Z. Özen, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis", **TBB Dergisi**, S: 85, Kasım-Aralık 2009, s. 105-136.

Ingraham, Barton L., “The Right of Silence, the Presumption of Innocence, the Burden of Proof, and a Modest Proposal: A Reply to O’Reilly”, **Journal of Criminal Law and Criminology**, Vol: 86, 1996, s.559-595.

İtişgen, Rezzan, **Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi)**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.

Jackson, John, “Re-Conceptualizing The Right Of Silence As An Effective Fair Trial Standard”, **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 58, October 2009, s. 835-861.

Jackson, John, “The Right of Silence: Judicial Responses to Parliamentary Encroachment”, **The Modern Law Review**, Vol. 57, March 1994, s. 270-280.

Kağıtçıoğlu, Mutlu, “Kurgudan Gerçekliğe Uzanan Bir Tartışma Alanı: Susma Hakkının İdare Hukukunda Yeri Var Mıdır?”, **TBB Dergisi**, 2018 (134), s. 115-152.

Kan Aydın, Çağrı, “Adil Yargılamanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı”, **TBB Dergisi**, Yıl: 2010(91), s. 146-180.

Karakehya, Hakan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi Bakımından Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2008.

Kasiske, Peter, “Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess”, **JuS**, Heft 1, 2014, s. 15-20.

Kaymaz, Seydi, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Ankara, Seçkin, 2009. (Kaymaz, İletişim)

Kaymaz, Seydi; **Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller**, Ankara, Seçkin, Eylül 1997.

Kelly, H. Ansgar, “The Right to Remain Silent: Before and After Joan of Arc”, **Speculum**, Vol. 68, 1993, s. 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, s. 247-286.

Key, Volker, **Deutsches Strafverfahrensrecht**, Band 1, Stuttgart, Kohlhammer, 2006.

Kılıç, Ümmügülsüm, **Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi**, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi S.B.E., İstanbul, 2010.

Kindhäuser, Urs, **Strafprozessrecht**, 3. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2013.

Koca, Mahmut, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı”, **Erzincan Üniversitesi HFD**, C. 4, S. 1-2, 2000, s. 105-146.

Koca, Mahmut, **Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1998. (Koca, Hazırlık)

Kocaoğlu, Serhat Sinan, “Susma Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2011/1, s. 29-58.

Kocasakal, Ümit, **Türk Ceza Kanununda Suçu Bildirmeme Suçları**, Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.

Kölbel, Ralf, **Selbstbelastungsfreiheiten- Der nemo-tenetur-Satz im materiellen Strafrecht**, Berlin, Duncker&Humblot, 2006.

Kramer, Bernhard, **Grundbegriffe Des Strafverfahrensrechts**, 7. Auflage, Stuttgart, Kohlhammer, 2009.

Kunter, Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Bası, Kazancı Matbaacılık Sanayi, İstanbul, 1981.

Ladewig, Hans Meyer, “Adil Yargılanma Hakkı I”, Çev. Özlem Yenerer Çakmut, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Kunter’e Armağan**, Ankara, Seçkin, 2004, s. 245-264. (Ladewig, I).

Ladewig, Hans Meyer, “Adil Yargılanma Hakkı II”, Çev. Hakan Hakeri, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Kunter’e Armağan**, Ankara, Seçkin, 2004, s. 87-98. (Ladewig, II).

Langbein, John H., “The Historical Origins Of The Privilege Against Self-Incrimination At Common Law”, **MICH. L. REV.**, Vol. 92, 1994, s. 1047-1085.

Langbein, John H., “Torture and Plea Bargaining”, **The University of Chicago Law Review**, Vol. 46, No. 1978, s. 3-22.

Leitmeier, Lorenz, “‘Nemo Tenetur’- Ein Nachteiliges Verfassungsrecht?”, **Juristische Rundschau**, Vol. 9, 2014, S. 372-377.

Levy, Leonard W., “The Right Against Self-Incrimination: History And Judicial History”, **Political Science Quarterly**, Vol. 84, No. 1, 1969, s. 1-29. (Levy, History)

Levy, Leonard W., **Origins of The Fifth Amendment: The Right Against Self-Incrimination**, New York, Oxford University Press, 1968. (Levy, Origins)

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>.

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, s. 1690-1739.

MacCulloch, Angus, “The Privilege against Self-Incrimination in Competition Investigations: Theoretical Foundations and Practical Implications”, **Legal Studies**, Vol. 26, No. 2, 2006, s. 211-237.

Macnair, Mark, “The Early Development of the Privilege Against Self Incrimination”, **Oxford J. Legal Stud.**, Vol. 10, 1990, s. 66-84.

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, s. 425-466.

Mark, Gregory A., “The Personification of the Business Corporation on American Law”, **U. CHI. Law Review**, Vol. 54, 1987, s. 1444-1455.

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, s. 49-72.

McBarnet, Doreen, “The Royal Commission and the Judges’ Rules”, **British Journal on Law & Society**, Vol. 8, Number: 1, Summer 1981, s. 109-117.

Memiş, Pınar, **Adil Yargılanmanın Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003.

Meraklı, Serkan, “İfade Alma- Sorgu Kuralları Ve Bu Kurallara Aykırılık Halinde Elde Edilen Beyanların Hukuki Değeri”, **Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan**, C. 1, İstanbul, 2014, s. 1549-1632.

Meyer-Gossner, Lutz, **Strafprozessordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze, und ergänzende Bestimmungen**, München, C.H. Beck, 2012.

Mole, Naula - Harby, Catharina, **Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz**, İnsan Hakları Kitapçıkları No.3, (Strasbourg, 2001), Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Eylül 2005.

Moreland, Roy, “Historical Background and Implications of the Privilege Against Self-Incrimination”, **Kentucky Law Journal**, Vol: 44, 1955-1956, s. 267-276.

Morgan, E.M., “The Privilege Against Self-Incrimination”, **MINN. L. REV.**, Vol. 34, 1949, s. 1-46.

Morrison, Caren Myers, “Passwords, Profiles, and the Privilege against Self-Incrimination: Facebook and the Fifth Amendment”, **Ark. L. Rev.**, Vol. 65, 2012,s. 133-162.

Mosbacher, Andreas, “Aktuelles Strafprozessrecht”, **JuS**, 2018, s. 767-772.

Mosk, Richard M. - Ginsburg, Tom, “Evidentiary Privileges in International Arbitration”, **International and Comparative Quarterly**, Vol. 50, 2001, s. 345-385.

Müller, Rudolph, “Neue Ermittlungsmethoden und das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung”, **EuGRZ**, Vol. 28, 2002, s. 546-559.

Neumann, Kelly, “A Comparative Study Of The Rule Against Self-Incrimination in Common and Civil Law Countries, (Çevrimiçi) <https://student.nesl.edu/userfiles/file/wcmemos/2003/kneumann.pdf>

Nowak, Manfred, **U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary**, 2. Ed., Kehl am Rein, Engel, 2005.

O’Brien, David M., “The Fifth Amendment: Fox Hunters, Old Women, Hermits and the Burger Court”, **Notre Dame Law Review**, Vol: 54, 1978-1979, s. 26-72.

O’Sullivan, Helen, **The Right To Silence At Trial A Critique And A Call For A New Approach**, Doktora Tezi, Griffith University, August, 2007.

Önder, Ayhan, “Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku’nda Şahitlikten Çekinme Hakkı”, **İÜHFİM**, C. 29, S4, 1963, s. 876-932.

Önder, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II-III, İstanbul, Beta, 1992.

Özbek, Veli Özer - Doğan, Koray - Bacaksız, Pınar - Tepe, İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, Seçkin, Ekim 2016.

Özbek, Veli Özer - Kanbur, Mehmet Nihat - Doğan, Koray- Bacaksız, Pınar - Tepe, İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2013.

Özbek, Veli Özer, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları”, **Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku**, Cilt: 3, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 18, İstanbul, 2010.

Özdemir, Didar, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Susma Hakkı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017/2, s. 149-189.

Özen, Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.

Özgenç, İzzet - Şahin, Cumhur, “İşkence Suçu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S.1- 2, Haziran-Aralık 2000, s. 180-200.

Özgenç, İzzet , “Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü Ve Bunun Hukuki Sonuçları”, **Marmara Üniversite Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 1-3, 1995, s. 129-142.

Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2016.

Öztürk, Bahri - Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan - Gezer, Özge Sırma - Kırıt, Yasemin F. Saygılar - Özaydın, Özdem - Akcan, Esra Alan - Tütüncü, Efser Erden, **Nazari Ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, 10. Baskı, Ankara, Seçkin, Eylül 2016.

Öztürk, Bahri, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, Ankara, AÜSBH İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995.

Pardo, Michael, “Self- Incrimination And The Epistemology Of Testimony”, **CARDOZO L. REV.**, Vol: 30, 2008, s.1023-1046.

Parlar, Ali - Hatipoğlu, Muzaffer - Yüksel, Erol Güngör, **Deliler, Çapraz Sorgu ve İspat**, Ankara, Seçkin, 2008.

Penney, Steven, “Theories of Confession Admissibility: A Historical View”, **American Journal of Criminal Law**, Vol: 25, 1998, s. 309-384.

Pieck, Manfred, “The Accused’s Privilege Against Self-Incrimination in the Civil Law”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 11, No. 4, Autumn 1962, s. 585- 601. (Pieck, Accused)

Pieck, Manfred, “Witness Privilege Against Self-Incrimination In The Civil Law”, **Villanova Law Review**, Vol. 5, 1960, s. 375-406. (Pieck, Witness)

Porter, William, “The Constitutional Privilege Against Self-Incrimination-Abolition, Immunity Or Status Quo”, **American University Law Review**, Vol. 4, December 1954, s. 1-16.

Profit, Michael V., “Refusing To Be One’s Own Witness: How The Privilege Against Self-Incrimination Differs In China, France, And The United States”, **Elon Law Review**, Vol: 8, 24 February 2016, s. 155-182.

Putzke, Holm – Scheinfeld, Jörg, **Strafprozessrecht**, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2012.

Ramaga, Sally, “The Privilege Against Self-Incrimination”, (Çevrimiçi) <http://www.indymedia.org.uk/en/2005/09/323584.html>.

Ratner, Leonard G., “Consequences of Exercizing the Privilege against Self-Incrimination”, **The University of Chicago Law Review**, Vol. 24, No. 3, Spring 1957, s. 471-511.

Redmayne, Mike, “English Warnings”, **Cardozo Law Review**, Vol: 30, 2008, s. 1047-1088. (Redmayne, Warnings)

Redmayne, Mike, “Rethinking The Privilege Against Self-Incrimination”, **OXFORD J. LEGAL STUD.**, Vol: 27, No.2, 2007, s. 209-232. (Redmayne, Privilege)

Rogall, Klaus, **Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst. Ein Beitrag zur Geltung des Satzes 'Nemo tenetur se ipsum prodere' im Strafverfahren**, Berlin, Dunker&Humblot, 1977.

Rösinger, Luna, **Die Freiheit des Beschuldigten von Zwang zur Selbstbelastung**, Studien und Beiträge zum Strafrecht, Band 23, Thübingen, Mohr&Siebeck, 2019.

Roxin, Calus - Schünemann, Bernd, **Strafverfahrensrecht**, 27. Auflage, München, C.H. Beck, 2012.

Roxin, Claus, “İspat Hukukunun Esasları”, Çev. Yener Ünver, **İTÜ Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 8, 2005/2, s. 265-289.

Roxin, Claus, “Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg”, **NStZ** 1995, s. 465-469.

Roxin, Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, I, München, C.H. Beck, 2006.

Rüping, Hinrich, “Zur Mitwirkungspflicht des Beschuldigten und Angeklagten”, **Juristische Rundschau**, 1974, S. 135-140.

Rushin, Stephen, “Rethinking Miranda: The Post-Arrest Right to Silence”, **California Law Review**, Vol. 99, 2011, s. 151-178.

Şahin, Cumhur, **Ceza Muhakamesi Hukuku -I-**, 8. Bası, Ankara, Seçkin, Eylül 2017.

Şahin, Cumhur, **Ceza Muhakamesi Hukuku -II-**, 7. Bası, Ankara, Seçkin, Şubat 2018. (Şahin, II)

Şahin, Cumhur, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994. (Şahin, Sanığın Sorgusu)

Şahin, Ergün, “Ceza Yargılamasının Tarihçesi”, **TAAD**, S. 18, Temmuz 2014, s. 349-385.

Schroeder, Friedrich-Christian - Yenisey, Feridun - Peukert, Wolfgang, **Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi**, İstanbul, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayınları, 1999.

Schulhofer, Stephen J., “Some Kind Words For The Privilege Against Self-Incrimination”, **Valparaiso University Law Review**, Vol. 26, 1991, s. 311-336.

Schuster, Frank Peter, “İnsan Hakları Ve İnsan Onuru Kavramlarının Alman Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemlerine Etkisi”, Çev. Ayşe Özge Atalay, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 135-136, 2015, s. 175-194.

Seet, Matthew, “Suspected Terrorists and The Privilege Against Self-Incrimination”, **Cambridge Law Journal**, Vol. 74, 2015, s. 208-213.

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, s. 430-510.

Şen, Ersan, “Ceza Yargılaması Süreci”, **TBB Dergisi**, S. 97, Aralık 2011, s. 269-300.

Şen, Ersan, “Hukuka Aykırı Delillerin Dosyadan Çıkarılması”, (Çevrimiçi), <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2233614-hukuka-aykiri-delillerin-dosyadan-cikarilmasi>.

Şen, Ersan, **Türk Ceza Yargılaması Hukuku’nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu**, İstanbul, Beta, 1998.

Şenol, Cem, **Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı**, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2015.

Şenyüz, Doğan, “Susma Hakkı Karşısında Vergi Usul Kanunu’ndaki Defter Ve Belgeleri Gizleme (Kaçakçılık) Suçu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 1, 2013 (Basım Yılı: 2014), s.29-40.

Siemaszko, Corky, “Philadelphia Mom Eley London [sic] Allegedly Tried to Hire a Hit Man over Facebook to Kill Baby's Father”, **N.Y. DAILY NEWS**, 14.06.2011, (Çevrimiçi), http://articles.nydailynews.com/2011-06-14/news/2967823_1_facebookprofile-weapons-charge-philadelphia-mom

Skinnder, 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, The International Centre For Criminal Law Reform And Criminal Justice Policy, 25-16 October 2001.

Skinnder, Eileen, **The Art Of Confessions: A Comparative Look At The Law Of Confessions – Canada, England, The United States And Australia**, The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, December 2005.

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, s. 29-47.

Sofronoff, Paul, "Derivative Use Immunity And The Investigation of Corporate Wrongdoing", **Queensland University of Technology Law Journal**, Vol: 10, 1994, s. 122-136.

Sokullu-Akıncı, Füsun, **Polis: Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi: Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları**, İstanbul, Bilgiç Matbaası, 1990.

Sonsteng, John O.- Moyland, Charles E., "The Privilege Against Compelled Self-Incrimination", **William Mitchell Law Review**, Vol: 16, 1990, s. 249-308.

Soyaslan, Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.

St. Johnston, T.E., "Judges' Rules and Police Interrogation in England Today", **Journal of Criminal Law and Crimilogy**, Vol: 57, 1966, s. 84-92.

Stalinski, Dirk, **Aussagefreiheit und Geständnisbonus**, , Heinrich-Heine-Universität, Doktora Tezi, Düsseldorf, Juli 2000.

Stuntz, William J., "Self-Incrimination and Excuse", **Columbia Law Review**, Vol. 88, 1988, s. 1227-1296.

Tellenbach, Silvia, "Fair Trial Guarantees in Criminal proceedings Under Islamic, Afghan Constitutional and International Law", **ZaöVR**, Vol. 64, 2004, s. 929-941.

Terry, Henry T., "Constitutional Provisions Against Forcing Self-Incrimination", **Yale Law Journal**, Vol:15, 1906, s. 127-130.

Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan - Önok, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2015.

Thaman, Stephen C., "Miranda in Comparative Law", **ST. LOUIS U. L.J.**, Vol. 45, 2001, s. 581, 596. (Thaman, Miranda)

Thaman, Stephen C., "Plea-Bargaining, Negotiating Confession and Consensual Resolution of Criminal Cases", **Electronic J. Comp. L.**, Vol. 11, December 2007, s. 1-54. (Thaman, Plea Bargaining)

Thaman, Stephen C., "Taking The Right To Remain Silent Seriously: Miranda v. Arizona In Comparartive Perspective", (Çevrimiçi), www.kcla.net/download.red?fid=98

Theophilopoulus, Constantine, "The Corporation and the Privilege against Self-Incrimination", **S. Afr. Mercantile Law Journal**, Vol. 16, 2004, s. 17-30.

Thienel, Tobias, "The Admissibility of Evidence Obtained by Torture Under International Law", **The European Journal of International Law**, Vol. 17, No. 2, 2006, s. 349-368.

Thompson, Sandra Guerra, "Evading Miranda: How Seibert And Patane Failed To Save Miranda", **Valparasio University Law Review**, Vol. 40, No.3, 2006, s. 645-684.

Topping, Alexandra, "Fugitive Caught After Updating His Status on Facebook", **THE GUARDIAN**, 14.10.2009, (Çevrimiçi), <http://www.guardian.co.uk/technology/2009/oct/14/mexico-fugitive-facebook-arrest>

Toprak, Ufuk, Alman Hukukunda Soruşturma Aşamasında Usule Aykırı Elde Edilen Deliller ve İtiraz Çözümü, **Terazi Hukuk Dergisi**, Nisan 2011, s. 31-37. (Toprak, İtiraz)

Toprak, Ufuk, Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiye Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt: 1, Yıl: 2, Sayı: 7, 20 Ekim 2011, s. 257-286. (Toprak, Şüphelinin)

Tosun, Öztekin, **Ceza Ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti**, İstanbul, Yenilik Basımevi, 1976.

Trainor, Scott A., “A Comparative Analysis Of Corporation’s Right Against Self-Incrimination”, **Fordham International Law Journal**, Vol: 18, 1995, s. 2139-2186.

Üçok, Coşkun, “Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler”, III, **AÜHFD**, C. IV, S. 1-4, Ankara, 1947, s. 48-73.

Ünver, Yener – Hakeri, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Baskı, 1. Cilt, Ankara, Adalet Yayınları, 2016.

Ünver, Yener - Hakeri, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.

Ünver, Yener, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, **CHD**, S. 2, Aralık 2006, s. 103-207. (Ünver, İspat)

Ünver, Yener, “Deliller ve Değerlendirilmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, S. 32, Ağustos 2005, s. 2885-2913. (Ünver, Deliller)

Ünver, Yener, **Adliye Karşı Suçlar (TCK m. 267-298)**, Ankara, Seçkin, 2010. (Ünver, Adliye)

Üstün, Ümit Süleyman, “Susma Hakkı Çerçevesinde Defter, Kayıt Ve Belgeleri Gizleme Suçu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 3, 2011, s. 363-390.

Üzülmez, İlhan, “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi Ve Sonuçları”, **TBB Dergisi**, S. 58, Mayıs/Haziran 2005, s. 41-72.

Üzülmez, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, (Çevrimiçi), <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/108.doc>.

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, s. 47-54.

Volk, Heidi M., “Automobiles-Refusals of Test, Admissibility: North Dakota’s Privilege Against Self-Incrimination as Applied to a Refusal to Submit to a Blood Alcohol Test”, **North Dakota Law Review**, Vol: 71, 1995, s. 820-840.

Volkman-Schluck, Thomas, “Continental European Procedures; True or Illusive Model?”, **American Journal of Criminal Law**, Vol: 9, March 1981, s. 1-32.

Vouin, Robert, "The Privilege under Foreign Law, France," **Journal of Criminal Law and Criminology**, Vol. 51, Summer 1960, s. 169-171.

Walker, Jeffrey K., "A Comparative Discussion of the Privilege Against Self-Incrimination", **N.Y.L. SCH. J. INT'L & COMP. L.**, Vol. 14, 1993, s. 1-38.

Webb, Dan K. - Molo, Steven F. – Hurst, James F., "Understanding and Avoiding Corporate and Executive Criminal Liability", **Business Law**, Vol. 49, 1994, s. 617-668.

Weber, Thobias "Das Selbstbelastungsverbot zugunsten juristischer Personen", **Sui Generis**, 2017, s. 42-56.

Weiner, Wayne Alan: "The Due Process Right to the Immunization of Defence Witness", **Boston Law Review**, Vol. 22, Issue 2, No. 2, s. 299-333.

Westen, Peter - Mandell, Steward, "To Talk, To Balk, or to Lie: The Emerging Fifth Amendment Doctrine of the 'Preferred Response'", **American Criminal Law Review**, Vol: 19, 1981, s. 321, s. 521-555.

White, Welsh S., "False Confessions and the Constitution: Safeguards Against Untrustworthy Confessions", **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Vol. 32, 1997, s. 105-158.

Wigmore, John H., "Nemo Tenetur Seipsum Prodere", *Harvard Law Review*, Vol. 5, May 1891, s. 71-88.

Wilson, Margaret, "Aspects Of Privilege: Self-Incrimination", **Bar Association of Queensland Conference 2006**, Sanctuary Cove, 4 March 2006, s. 1-27.

Wolfram, Harold W., "John Lilbourne: Democracy's Pillar of Fire", *Syracuse Law Review*, Vol. 3, 1952, s. 213-258.

Wright, Joanna, "Mirandizing Terrorists? An Empirical Analysis Of The Public Safety Exception", **COLUMBIA L. REV.**, Vol. 111, 2011, s. 1296-1331.

Yaltı, Billur, **Vergi Yükümlüsünün Hakları**, İstanbul, Beta, Eylül 2006.

Yapar, Mehmet Emin, Amerika Birleşik Devletleri Federal Ceza Hukukunda Plea Bargaining (İddia Pazarlığı) Kavramı Ve Uygulaması, Doktora Tezi, (Üni Birim), Konya 2012.

Yarsuvat, Duygun, "Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu," **Prof.Dr. Sahir Erman'a Armağan**, İstanbul, 1999, s. 889-918.

Yasin, Melikşah, **İdarî Yargılama Usulünde İspat**, İstanbul, On İki Levha, 2015.

Yenisey, Feridun - Nuhoglu, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Seçkin, Eylül 2018.

Yenisey, Feridun, "Bilimsel Yöntemlerle Elde Edilen Delillerin Hukuka Aykırılığı Sorunu", **Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 1996. (Yenisey, Bilimsel)

Yenisey, Feridun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Elde Edilmiş) Delil", **CHD**, S. 4, Ağustos, 2007, s. 5-60. (Yenisey, Delil)

Yenisey, Feridun, “İfade Alma”, **Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri- II**, EGM Yayın Katalog No: 444, Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayın No: 43, Ankara, EGM, 2008. (Yenisey, MUYEP)

Yenisey, Feridun, **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri**, Mart– Haziran 1995, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995. (Yenisey, İfade)

Yıldırım, Ali, “Sanığın Susma Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 45, S. 5-6, Aralık, 1988, s. 682-701.

Yıldız, Ali Kemal "Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif ve Yer Gösterme", **İÜHFM**, C: LXV, S: 1, 2007, s. 127-174.

Yıldız, Ali Kemal, **Ceza Muhakemesinde İspat Ve Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul. 2002. (Yıldız, İspat)

Yüksel, Mehmet, “Mahremiyet Hakkı ve Sosyo Tarihsel Gelişimi”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 58-1, 2003, s. 181-213.

Zafer, Hamide, “Savunma Hakkı Ve Sınırları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 19, Sayı: 2, Özel Sayı: Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 2013, s. 507-540.

2. İnternet Kaynakları

<https://billofrightsintstitute.org/founding-documents/bill-of-rights/>

<https://definitions.uslegal.com/u/uniform-law/>

<https://definitions.uslegal.com/u/uniform-rules-of-evidence-act/>

<https://dejure.org/>

<https://caselaw.findlaw.com/>

<https://hudoc.echr.coe.int>

<http://info.publicintelligence.net/Facebook2010.pdf>

<https://supreme.justia.com/>

<https://www.gesetze-im-internet.de>

<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Magna2017-2.pdf>

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents>

<https://www.loc.gov>

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cb0b20ca2f804.72334587

www.kazanci.com

www.mevzuat.gov.tr/



ÖZGEÇMİŞ

Nuran Haydar, 02/11/1993'te İzmir'de doğmuştur. 2012 yılında İstanbul Erkek Lisesi'nden, 2017 yılında Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. 2018 yılında avukatlık stajını tamamlamıştır.

Yükseköğrenimi süresince “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Yarışması”, “Philip Jessup Uluslararası Farazi Dava Yarışması”, “Çapraz Sorgu Yarışması” ve “INADR Uluslararası Arabuluculuk Yarışması” na katılmış, 2019 yılında Yeditepe Üniversitesi tarafından düzenlenen makale yarışmasında “Düşman Ceza Hukuku ve Uygulamaları” çalışması ile ikincilik ödülüne hak kazanmıştır. Yazarın ayrıca yayınlanmış mevzuat çevirileri bulunmaktadır.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Galatasaray Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı : Nuran HAYDAR
Tez Başlığı : Susma Hakkı
Savunma Tarihi : 20/05/2019
Danışmanı : Doç. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı

İmza

1. Doç. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL
2. Doç. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ
3. Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Sinan ALTUNÇ



Enstitü Müdürü
Prof. Dr. Yaman ÖZTEK

