

SUSMA HAKKI*

Dr. iur. Serhat Sinan KOCAOĞLU**

ÖZ

Susma hakkı hem şüphelinin ve hem de sanığın en önemli haklarının başında gelmektedir. Bu önemli kavramın evrimi ve modern kullanımı Kıta Avrupası ve Common Law hukuk sistemlerinde pek çok tartışmalara yol açmıştır. İşin ilginç yanı bu kavramın yaratıcısı olan Birleşik Krallık (İngiltere), şu anda bu hakkın özünü ortadan kaldırmaya çalışmasıdır. Susma Hakkı ve anayasal hakların kullanımı ile ilgili en son önemli üzücü yorum Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin içtihat değişikliği ile gelmiştir. Elinizdeki bu analiz Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde susma hakkının kullanımına uluslararası insan hakları sözleşmeleri, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri gibi yabancı devletlerin ulusal hukuklarının öğretilerinin ve içtihat hukuklarının perspektifinden araştırma yapmayı amaçlamaktadır. Kendi coğrafi sınırları içerisinde ceza yargılaması yapma yetkisinin kullanan en özgürlükçü devletlerin bile en küçük fırsatta, insan hakları kavramlarını birey aleyhine sınırlandırmaya çalışmasını birey-devlet çelişkisi bağlamında Leviathan'ın her zaman kontrol altında tutulması gerektiğini bizlere ispatlayan en önemli vasıtalarından birisidir.

ANAHTAR KELİMELER: *Susma Hakkı, Magna Carta Libertatum, Haklar Bildirgesi, Habeas Corpusum Savunma, Müdafî, Savcı, Hakim, Common Law, Polis ve Ceza Delilleri Yasası, Ağır Dolandırıcılık Bürosu, ABD Anayasi 6. Değişiklik, ABD Anayasi 7. Değişiklik, ABD Anayasi 14. Değişiklik, Miranda Hakları, Berghuis v. Thompkins, Ceza Muhakemesi Kanunu, Kontrol Formu, Oyun Teorisi, Tanık, İşkence.*

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Ankara Barosu Dergisi Editörü; Ankara Bar Review (ABR) Kurul Başkanı; LL. M. (Brussels), LL. D. (Ankara).

RIGHT TO SILENCE

ABSTRACT:

Right to silence is one of the most important rights of the suspect as well as the defendant. The evolution and modern use of this important criminal justice concept has led debates in not only the Inquisitorial (Civil Law/Continental Europe) but also the Adversarial (Common Law/Anglo-Saxon & Anglo-American) systems. However the real irony lies in the new fact that the creator of the right to silence is now the one who wants to abolish the very essence of this concept, i.e. United Kingdom. Another shocking development is that the Supreme Court of the United States changing his opinion about the invoking of this constitutional right in its latest decisions. This analysis aims at researching the Turkish theoretical and practical understanding of the right to silence from the perspective of international conventions, English and American legislations as well as court decisions. The acts of UK & USA prove that even the most libertarian states, have the tendency of limiting the human rights & liberties at the disadvantage of the individual at the slightest opportunity caught during the exercising of their criminal jurisdiction within their geographical borders whereby proving us that the Leviathan must at all times be hold under control.

KEY WORDS: *Right to Silence, Magna Carta Libertatum, Petition of Rights, Habeas Corpus Act, Bill of Rights, Defense, Counsel for the Defense, Prosecutor, Judge, Common Law, Police & Criminal Evidence Act, Serious Fraud Office, VI. Amendment to US Constitution, VII. Amendment to US Constitution, XIV. Amendment to US Constitution, Miranda Rights, Berghuis v. Thompkins, Turkish Criminal Procedural Code, Check Sheet, Game Theory, Witness, Torture.*

GENEL OLARAK

Genel olarak “susma”¹, kişinin konuşmaması veya konuşmaktan çekindiği hali ifade eden bir durumdur.² Ceza muhakemesi açısından “susma” ise temel bir hakka işaret eden bir kavramdır. Bu hak hakkında bir suç şüphesi bulunan kişinin, bu suç ile ilgili olarak sessiz kalma tercihinin devletin soruşturma veya kovuşturma makamlarını işgal edilen kişiler tarafından saygı duyulmasını ve bu hakkın ihlal edilmemesini güvence altına alır.³

Bu yüzden denilebilir ki şüpheli ya da sanığın hiçbir zorlamaya maruz kalmadan dilediğinde sessiz kalabilmesi, ceza muhakemesinde kişinin özgür iradesini koruyan usul güvencelerin en başta gelenidir.⁴ Zira, susmasına izin verilmeyerek çeşitli biçimlerde zorla ifadesi alınabilen ya da sorgusu yapılabilen şüpheli veya sanık konumundaki bir kişinin zaten her türlü temel hak ve hürriyetinin tehlike altına gireceği açıktır.

1 Susma/Sükut: [lat.]tacere; [ing.],silence; [alm.] schweigen; [fr.] silence).

2 Black’s Law Dictionary, Sixth Edition [Centennial Edition: 1881-1991], Editor: BLACK Henry Campbell, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, USA, 1990, s. 1382.

3 Ibid.

4 AYDIN Çağrı K., “Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 23, Sayı: 91, Kasım-Aralık 2010, Ankara, s. 147-158.

Bu çerçevede önce Kıta Avrupası hukuk sistemine ve müteakiben de ülkemize Anglo-Sakson hukuk sisteminden geçmiş, kendini itham etmeme ayrıcalığı/kendi aleyhine tanıklık etmeme muafiyeti olarak da bilinen susma hakkı, “hiçbir şüpheli ve sanık konuşmaya veya kendini suç altına sokmaya zorlanamaz”⁵ ilkesinden neşet etmiş bir hak ve evrensel hukuk ilkesidir.⁶

I. SUSMA HAKKI VE İFADE HÜRRİYETİ

İfade hürriyetinin klasik tanımı “kişinin kendisini, evreni ve evrende kendini açıklaması, yani duygularını, düşünce, inanç ve kanaatini ortaya koyması, kısaca bunların dil ile ifadesi”⁷ olarak kabul görmektedir. Bu çerçevede belirtmeliyiz ki kişinin kendisini, evreni, düşünce, inanç ve kanaatini açıklaması mutlaka bir “**etkin/aktif**” bir söz ya da davranışla olması gerekmez. Kişi, ifade hürriyetini “**eylemsiz/pasif**” bir şekilde de kullanabilir. Bu yüzden, ifade hürriyeti aktif ve pasif boyutları ile uluslararası sözleşmeler ve ulusal hukuklar tarafından koruma altına alınmıştır.

5 [Lat.] nemo tenetur se ipsum accusare. AİHS’de açıkça düzenlenmemiş olan susma hakkı, öğretilerde çeşitli görüşler tarafından, suçsuzluk karinesi (AİHS m. 6, f. 2) veya sanığa tanınan kolaylıklar (AİHS m. 6, f. 3, b. b) arasına dâhil edilmekteyse de sözleşmenin işkence, insanlık dışı ve haysiyet kırıcı muameleler yasağını düzenleyen 3. maddesi dolaylı bir biçimde susma hakkını düzenlemekte, yani bir kimseye kendi iradesine aykırı bir şekilde zor kullanarak açıklama yaptırmayı yasaklamaktadır (DONAY Süheyl, “İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku”, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2955, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 647, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 142, 143). “Konuşmak istemeyen yahut sorgusu esnasında yalan söyleyen sanığı cezalandırmak lazım geldiği fikri, sanığa gerçeğe uygun beyanda bulunma mecburiyetini yükleyen ‘engizisyon’(inquisitorial) sistemin son izlerindedir” (GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “Sanığın Sorgusu ve Sevk Tarzı”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, Akıncı Matbaa, Haziran 1955, s. 107).

6 GRAY Stephen, “Criminal Laws: Northern Territory”, Federation Press, Sydney, 2004, s. 53; American Bar Association Section of Antitrust Law, “The Right Against Self-Incrimination in Civil Litigation”, Publisher: American Bar Association, Chicago, Illinois, 2001, s. 2; ZAFER Hamide, “Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu”, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 280; ÖZTÜRK Bahri-ERDEM Mustafa R.- ÖZGE Sırma-SAYGILAR Yasemin F., “Ceza Muhakemesi Hukuku-Temel Bilgiler”, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Yenilenmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 118; ŞAHİN Cumhur, “Ceza Muhakemesi Hukuku-I”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 139; KOCA Mahmut, “Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1998, s. 187; DEMİRBAŞ Timur, “Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesi Alınması ve Müdafilik”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, İstanbul, Ağustos 2005, s. 2878. Tosun, “Kıta Avrupasında susma hakkı şeklinde de ifade edilen sanığın cevap verme yükümü olmaması prensibi, Anglo-Sakson hukukunda bazen bir kenara bırakılmakta ve suçluluğunu kabul ettikten sonra yalan söyleyen sanık yalancı şahadetten cezalandırılmaktadır. Zannımızca, muhakeme sırasında işkence uygulanmasına tarihinde bile rastlanmayan İngiltere ile muhakeme esnasında işkenceyi bir ara hukukileştiren Kıta Avrupası arasındaki bu fark yüzündendir ki, Kıta Avrupasında sanığın cevap verme mecburiyetinin olmadığı şeklinde bir prensibin gerçekleştirilmesine çalışılmıştır. Buna karşılık, tarihi gerçekler İngiltere’de böyle bir prensibin korunmasından faydalanmak fikrini kabule götürmemiş olsa gerekir” şeklindeki tespiti ile iki büyük hukuk çevresi arasındaki susma hakkının tarihsel evrimi bağlamında aradaki farkı ortaya koymuştur” (TOSUN Öztekin, “Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım”, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1608-Hukuk Fakültesi Yayınları No: 353, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll.Şti, İstanbul, 1971, s. 179, 180).

7 HAFIZOĞULLARI Zeki, “Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”. Bu makalenin elektronik formattaki hali için bkz. www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/ifade%20hurriyeti.doc (Erişim Tarihi: 06. 10. 2010).

Anayasa'nın ikinci maddesi Türkiye Cumhuriyeti'ni insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olarak tanımlamıştır. Anayasa'ya göre herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir (Any. m. 25, f. 1). Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz (Any. m. 25, f. 2). Ayrıca herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar (Any. m. 26).

Küresel çerçevede İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi (İHEB), Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS m. 19); bölgesel ölçekte ise Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 8, f. 2, b. g), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS m. 9 ve 10), gibi pek çok uluslararası sözleşme “**ifade hürriyeti**”ni sözleşmecî devletlere karşı koruma altına almaktadır.

İşte özetle şüpheli ve sanığa, ifade alma veya sorgu süreçlerinde iddia veya yargılama makamlarına cevap vermeme özgürlüğünü tanıyan susma hakkı, aslında ceza muhakemesi alanında bireyin ifade hürriyetinin edilgen boyutunun ceza muhakemesi alanında yansıma bulmuş halidir. Bu yüzden de susma hakkı, ceza muhakemesinin şüpheli veya sanığa tanıdığı en temel haklardan birisidir. Bu hakkın yerinde ve zamanında kullanılması, şüphelinin veya sanığın iddia ya da yargılama makamları önünde objektif bir şekilde kullanılabilmesini garanti altına alır. Şüpheli veya sanığın ifade hürriyetini negatif bağlamda kullanabilmesi susma hakkı ile koruma altına alınır.

Bunlara ek olarak da zaten iç hukukumuzda da hiç kimse, kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz (Any. m. 38, f. 5; CMK, m. 48; Alm CMK m. 55, f. 1). Susma hakkının ayrıca anayasal dayanağı olan bu hüküm, şüpheli veya sanığın ifade özgürlüğü ile de yukarıda açıkladığımız üzere bizzatı ilişkilidir. İfade hürriyetinin olumsuz boyutu olarak nitelendirilebileceğimiz susma hakkı, şüpheli veya sanığın kendi aleyhine bir beyanda bulunmaya ya da bir delil göstermeye mecbur edilemeyerek onun muhakemenin yürüyüşüne aktif olarak katılma yükümlülüğünün olmadığı kabulüdür.⁸ Zira şüpheli ya da sanık üzerine atılı suç hakkında savunma özgürlüğü içerisinde istediği şekilde ifade hürriyetinin olumlu boyut içerisinde kendisini aktif olarak savunabileceği gibi, ifade hürriyetinin olumsuz boyutu olan pasif bir savunma metodunu seçerek susmayı yani kendi mahkûmiyetine yardımcı olmamayı da benimseyebilir.⁹

II. SUSMA HAKKI VE COMMON LAW

A. İngiliz Common-Law Sisteminde Genel Olarak Susma Hakkı

Giriş kısmında bahsedildiği gibi, *common law* susma hakkının kaynağıdır. Zira, sanığa susma hakkı ilk defa İngiliz Özgürlükçülüğünün “köşe taşı” olarak nitelendirilen **Magna Carta Libertatum**'da (Büyük Özgürlük Fermanı) verilmişti.¹⁰ Aynı zamanda sanığı itiraf

8 ESER Albin, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, Çeviren: CEN-TEL Nur, Yargıtay Dergisi, Sayı: 16, s. 319; INGRAM Jefferson, “Criminal Procedure-Theory and Practice”, 1st Edition, Pearson Prentice Hall, New Jersey, 2005, s. 214.

9 Ibid.; Koca: s. 109.

10 KOCAOĞLU Ali Mehmet-KOCAOĞLU Serhat Sinan, “İnsan Hak ve Özgürlüklerinin Uluslararası Korunması”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sayı: 3, Yaz 2007, s. 108; Koca: s. 63.

veya ikrara zorlamak için işkence yapılması İngiltere’de kabul edilmemişti.¹¹ İngiltere’de Magna Carta’yı takip eden 1628 *Petition of Rights*, 1679 *Habeas Corpus Act*, 1689 *Bill of Rights* ve nihayet 1701 *Act of Settlement* gibi belgelerin hepsi Kıta Avrupası’nın aksine bireyi devlete/kurumlara karşı korumak amacını taşımışlardır.¹²

İngiltere’de XVII. Yüzyıldan itibaren gelişme gösteren susma hakkı, 1912 tarihli polis, ifade alma ve şüpheli beyanları ile itiraflarının mahkemede delil değerini koruması için “**King’s Bench**” hakimleri tarafından çıkarılmış hukuken bağlayıcı olmayan, ancak daha çok bir yol gösterici ilkeler manzumesi olan “**Judges’ Rules**” ile İngiliz ceza muhakemesi sistemine uygulama anlamında girmiştir.¹³ Burada amaç, gözaltı esnasında İngiliz polisinin şüphelinin rızası hilafında ifade almasını engellemektir.¹⁴ Çünkü, hukuken şüphelinin ancak rızası ile verdiği beyan ya da ikrarlar (itirafnameler) geçerlidir.¹⁵

Bu yüzden, 1930 ve 1960 yıllarında yine bu ekseninde değişiklik gören “**Judges’ Rules**”, şüphelinin rızasını tespit için “**gönüllük ölçütü**” (*the criterion of volunteriness*) adı verilen bir ilkeyi düzenlemektedir.¹⁶ Buna göre şüphelinin kendini suçlayıcı beyanlarının geçerliliğinin temel ölçütü, “beyanların ya da ikrarın yetkili kimse tarafından zorbalık, kendisine zarar verileceği korkusu veya menfaat elde etme ümidi ile değil, gönüllü olması (rızaya dayanması)”dır.¹⁷ Kıta Avrupası hukukçularının bir kanun normu değil de, daha çok bir tavsiye kararı ya da en iyi uygulama rehberi olarak algılayabileceği “**Judges’ Rules**”, İngiliz hakimlerin, her ne kadar uymak mecburiyetinde olmasalar da, istikrarlı uygulamaları ile *anglo-sakson ceza muhakemesi* sisteminde delillerin değerlendirilmesinde çok önemli bir yer edinmiştir.¹⁸ 1978 yılında “**Judges’ Rules**” ilkelerini destekleyici mahiyette çıkarılmış olan “**Home Office Administrative Directions**” da “aynen gibi polisin usul kurallarına uymasını sağlamaya çalışan bir usul kuralları manzumesi idi.¹⁹ Bunun devamında “**Police and Criminal Evidence Act of 1984**” de susma hakkı dahil olmak üzere çeşitli şüpheli haklarına dair düzenlemeler içermekteydi.²⁰

Tarihsel olarak susma hakkının başladığı ülke olan İngiltere, daha sonraları bu hakkın düzenleme ve uygulama alanını çeşitli sapma ve istisnalarla son derece daraltmıştır. Örneğin bazı susma hallerinin gerektiğinde şüpheli aleyhine yorumlanabileceği ve bunlardan da bir takım sonuçlar çıkarılabileceğine dair 1994 yılında yapılan düzenleme, bu istisnalara önemli bir örnektir (*Criminal Justice & Public Order Act*, m. 34).²¹ Düzenlenen

11 Ibid.

12 Ibid.

13 PATTENDEN Rosemary, “English Criminal Appeals, 1844-1944: Appeals Against Conviction and Sentence in England and Wales”, Oxford Monographs on Criminal Law & Justice, Clarendon Press, Oxford, 1996, s. 79.

14 MCBARNET Doreen, “The Royal Commission and the Judges’ Rules”, British Journal on Law & Society, Volume: 8, Number: 1, Summer 1981, s. 109.

15 Ibid.

16 Ibid.

17 GUDJONSSON Gisli H., “The Psychology of Interrogations and Confessions: A Handbook”, John Wiley & Sons Ltd. West Sussex, United Kingdom, 2003, s. 249.

18 CARLEN Pat, “Radical Issues in Criminology”, Barnes & Noble, New Jersey, 1980, s. 49.

19 Gudjonsson: s. 249.

20 Ibid.

21 Criminal Justice and Public Order Act of 1994’ün elektronik formattaki hali için bkz. <http://www.>

bu durumlarda mahkeme jürisi çıkarımların sınırlarını belirleyebilmek için yönlendirir.²²

Bahsi geçen bu düzenlemelerin asıl maksadının suç ithamı altındaki kişilerin susma hakkının kullanabilme ihtimallerini yok etmek olduğu aşikardır. Yoksa susma hakkının beşiği olarak kendisini dünyaya sunan İngiltere gibi bir ülkenin, aleni bir şekilde susma hakkını kaldırarak dünya kamuoyunun eleştiri oklarına hedef olmak yerine, dolaylı yünden aynı sonuca ulaştıracak bir düzenleme yapması yani mahkemelere susma hakkının kullanılmasından anlam çıkartabilme yetkisini tanıması başka ne anlama gelebilir ki? Halbuki bahsi geçen düzenlemeden önce var olan “**Police & Criminal Evidence Act**”²³, İngiliz ceza muhakemesi sisteminde susma hakkını en detaylı şekilde uygulanabilmesine izin veriyordu. Haliyle hiçbir soruşturma yada kovuşturma organı kullanılmış olan susma hakkından hiçbir sonuç çıkartamıyordu.

İngiltere’de susma hakkının bir diğer istisnası da “**Serious Fraud Office**” yani Ağır Dolandırıcılık Bürosu’nun yaptığı soruşturmalara sağlanmıştı.²⁴ Ceza Adaleti için Kraliyet Komisyonu’nun, büronun yaptığı soruşturmaların şüpheliler üzerindeki etkisi için yaptığı araştırmada şüphelilerin yaklaşık % 20’sinin çok ağır anksiyete bozukluğu, % 7’sinin ciddi depresyon geliştirdiğini ve hatta bazılarında kapalı dar yerlere karşı klastrofobi oluştuğunu, dört ayrı davada ise intihar eden şüphelilerin olduğu rapor edilmiştir.²⁵ Ağır Dolandırıcılık Bürosu’nun soruşturmalarına maruz kalan şüphelilerin bankacılık sektörü, borsa gibi yerlerde yönetici pozisyonlarında çalışan yüksek eğitilmiş, zeki ve ekonomik durumu çok yüksek profilli kişiler oldukları göz önüne alındığında susma hakkının olmadığı soruşturmaların daha düşük sosyo-ekonomik seviyeden veya masum kişilerin akıl, ruh ve beden sağlığında çok daha büyük olumsuz etkiler yapabileceği açıktır.²⁶

B. Amerikan Common-Law Sisteminde Genel Olarak Susma Hakkı

Susma hakkı, tarihsel evrim süreci içerisinde, devletin ceza yargılaması tehdidi altındaki kişilere müdafiden faydalanma hakkını ve oradan da adil yargılanma hakkını kazandıran siyasal gelişmeleri ortaya çıkartan mantık silsilesinin ilk halkasıdır. Bu yüzden de ceza muhakemesi hukuku açısından çok önemlidir. Bu noktada zaten *common law* kaynaklı bir kavram olan susma hakkına ve yarattığı etkilere Amerikan hukukunun Anayasal değişikliklerinin evrimi penceresinden genel bir bakışın konuyu daha iyi açıklayacağı düşüncesindeyiz.

Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hukuk sisteminde, susma hakkını düzenleyerek kişinin kendisini itham etmeye veya suçlandırmaya zorlanamayacağını güvence V. Değişiklik

legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents (Erişim Tarihi: 07. 09. 2010).

22 Specimen Directive of the Judicial Studies Board-Crown Court Bench Book, June 2007, m. 39–42. Bu direktifin elektronik formattaki hali için bkz.

http://www.jsboard.co.uk/criminal_law/cbb/index.htm (Erişim Tarihi: 07. 09. 2010)

23 Police & Criminal Evidence Act of 1984’ün elektronik formattaki hali için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/1> (Erişim Tarihi: 09. 09. 2010).

24 RAMAGE Sally, “Fraud and the Serious Fraud Office: Fraud Law: Book Two”, iUniverse, Lincoln, Nebraska, 2005, s. 61-63.

25 Ibid.

26 Ibid. Ayrıca “Ağır Dolandırıcılık Bürosu” ve susma hakkı ile ilgili derinlemesine bir analiz için bkz. SULLIVAN G. R, “The Particularity of Serious Fraud”, “Criminal Justice & Human Rights: Reshaping the Criminal Justice System, Fraud and the Criminal Law, Freedom of Expression”, Editor: Peter Birks, Volume I, Oxford University Press, 1995, s. 99-109.

ile başlamıştır (*Hiç kimse [...] herhangi bir ceza davasında kendi aleyhine tanıklık yapmaya zorlanamaz*).²⁷ Müteakiben müdafiden yararlanma hakkını düzenleyen VII. Değişiklik ile devam eden (*Bütün ceza yargulamalarında [...] sanık savunması için müdafî yardımından yararlanabilecektir*)²⁸ ve nihayetinde adil yargılanma hakkını düzenleyen XIV. Değişiklikle (*Eyaletler hiç kimseyi hayat, hürriyet, mülkiyet ve hukukun düzgün işlemesinden mahrum bırakamaz*)²⁹ şeklinde devam eden Amerikan *common law* ceza muhakemesi sistemindeki şüpheli ve sanık haklarının temeli bu mantık silsilesinin sonucudur.

Amerikan Yüksek Mahkemesi de benzer bir yorumla müdafî yardımından yararlanma hakkının şüphelinin V. Değişiklik çerçevesinde düzenlenmiş susma hakkını koruyucu bir tedbir olduğunu ileri sürerek “bütün sorgulama süreci boyunca sessizlik veya konuşma arasında şüphelinin tercih yapmasının hiçbir kurala bağlı kılınmadığını” şeklinde tespitte bulunmuştur.³⁰

Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1 Haziran 2010 tarihli *Berghuis v. Thompkins* kararında şüphelilerin “Susma” (V. Anayasal Değişiklik) ve “Müdafiden Yararlanma” (VI. Anayasal Değişiklik) haklarının varlığını tasdik etmiş; ancak eğer şüpheli bu hakların kullanımından feragat etmiş ise ve de ifade alma işlemi başladıysa, “**polis tarafından alınan ifadenin durdurulması hakkı**”nın ancak V. ve VI. Anayasal Değişikliklerden kaynaklanan hakların kullanılması şüpheli tarafından açıkça talep edilmesinin gerekli olduğuna karar vermiştir.³¹

“10 Ocak 2010 yılında Southfield, Michigan’ın dışındaki bir alışveriş merkezinde meydana gelen bir cinayet davası ile ilgilidir.[...]. Olay yerinden kaçmış olan şüpheli Thompkins, bir yıl sonra Ohio’da yakalanmış ve gözaltına alınmıştır.

Southfield Emniyeti’nden iki polis memuru Thompkins’in ifadesini almak maksadı ile Ohio’ya gönderilmişti. İfade alma işlemi öğleden sonra 1:30 civarında başladı ve takriben üç saat sürdü. Thompkins’in ifadesi, 8x10 ayak ebatlarındaki bir odada ve üzerinde yazı yazılabilen okul masasına benzer bir sandalyede alındı (App.144a–145a). İfade alımın başlangıcında görevli polislerde birisi olan Dedektif Helgert, Thompkins’e üzerinde Miranda Uyarı’nın yer aldığı bir form verdi. ‘**Anayasal Hakların ve Beyanların Bulunduğu İhtar**’ başlıklı bu formda:

‘1. Sessiz kalma hakkınız vardır; 2. Söyleyeceğiniz her şey mahkemede aleyhinize kullanılabilir; 3. Herhangi bir soruya cevap vermeden önce bir müdafî ile konuşma hakkınız vardır ve soruları cevaplarken müdafî yanınızda bulunabilir; 4. Eğer bir avukat tutamıyorsanız ve dilerseniz, size bir müdafî tayin edilecektir; 5. İfade esnasında herhangi bir anda, soruların öncesinde veya sonrasında susma hakkınızı ve müdafiden yararlanma hakkını kullanabilirsiniz’ yazmaktaydı.

Helgert, Thompkins’in beşinci uyarıyı yüksek sesle okumasını istedi. Thompkins, bu talebe uydu (App. 8a). Helgert, daha sonra bunun Thompkins’in okumasının olduğunu anlayabilmek için olduğunu söyledi ve Thompkins’in İngilizce anladığını belirtti (*Id. at 9a*).

Helgert daha sonra diğer dört Miranda uyarısını yüksek sesle okudu ve Thompkins’in haklarını

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

28 “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to have the assistance of counsel for his defence”.

29 “Nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law”.

30 “[...] to choose between silence and speech remains unfettered throughout the interrogation process [...]” (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 [1966]; ayrıca bkz. id. para. 469).

31 *Berghuis v. Thompkins*, 547 F. 3d 572. Kararın özet metni için bkz. <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1470.pdf> (Erişim Tarihi: 17. 04. 2011).

anladığına dair formu imzalamasını istedi (*App. 8a-9a*). Thompkins ise bu formu imzalamayı reddetti.[...].

Müteakiben, görevli memurlar ifade almaya başladı. İfade alma süreci boyunca, hiçbir zaman, Thompkins susma hakkını, polisle konuşmak istemediğini ya da müdafî yardımından faydalanmak istediğini söylemedi (*Id., at 10a*).

Thompkins üç saat süren ifade boyunca büyük ölçüde sessiz kaldı (*Id., at 19a*). Ama “evet”, “hayır” veya “bilmiyorum” gibi birkaç kere sınırlı sayıda sözlü cevap verdi. Bazen başını salladı (*Id., at 23a*). Thompkins, bunlara ek olarak, polis tarafından kendisine ikra edilen nane şekerini istemediğini, oturduğu sandalyenin sert olduğunu söyledi (*Id., at 152a*),

İfade alınmaya başladıktan 2 saat 45 dakika sonra, Helgert Thompkins’e **‘Tanrı’ya inanıyor musun?’** (*Id., at 11a, 153a*). Thompkins, Helgert ile göz teması kurarak ‘Evet’ dedi, ve gözleri yaş ile doldu (*Id., at 11a*). Helgert’in **‘Tanrı’ya dua/ibadet ediyor musun?’** şeklindeki sorusuna ise, Thompkins yine ‘Evet’ cevabını verdi (*Id., at 11a, 153a*).

Helgert’in **‘Peki, Tanrı’ya o çocuğu vurduğundan dolayı seni affetmesi için dua ediyor musun?’** şeklinde sormuş olduğu soruya da Thompkins **‘Evet’** dedi (*Id. 153a*). ve başka taraf bakmaya başladı (*Ibid*).

Thompkins, yazılı bir itirafta bulunmayı reddetti ve 15 dakika kadar sonra ifade alma işlemi sona erdi (*Id., at 11a*). Thompkins, birinci derecede cinayet, öldürme kastı ile saldırı ve bir kısım ateşli silahlar ile ilgili suçlar ile itham edildi. Ancak, Thompkins ifadesinde yapmış olduğu beyanları basırmak için, polisin ifade alma sürecini kesmesi için V. Anayasal Değişiklikten kaynaklanan haklarını kullanmak istediğini, (bkz. *Miranda*, 384 U. S., at 474’e atfen *Michigan v. Mosley*, 423 U. S. 96, 103 [1975]), susma hakkından feragat etmediğini, kendini suçlayıcı beyanlarının rızaya dayanmadığını ileri sürdü. Mahkeme, bu talebi reddetti”³²

Berghuis v. Thompkins, kararı Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin 19. Yüzyıldan beridir vermiş olduğu özgürlükçü felsefe temelli kararları ile açıkça çelişmektedir. Zira görüldüğü üzere şüpheli Thompkins ifade alma süreci boyunca ne müdafiden yararlanmak istediğini (ya da istemediğini), ne susma hakkını kullanmak istediğini (veya istemediğini), ne de polise ifade vermek istediğini (yahut da istemediğini) beyan etmemiştir. Sadece görevli polis Dedektif Helgert’in **“Tanrıya o çocuğu vurduğundan dolayı dua ediyor musun?”** şeklindeki sorusuna, **“Evet”** şeklinde cevap vermiştir.

Yüksek Mahkeme üyeleri tarafından da beşe karşı dört oy ile alınan bu tartışmalı karar, *Miranda*, susma ve müdafiden yararlanma başta olmak üzere, bütün şüpheli ve sanık haklarını kısıtlayıcı mahiyettedir. Çünkü, Yüksel Mahkeme *Berghuis v. Thompkins* ile artık ABD Anayasası’ndan kaynaklanan haklarını kullanacağını sarih bir biçimde beyan edilmemesinin, şüphelilerin *Miranda*, susma, müdafiden yararlanma gibi anayasal haklarının kullanımından feragat etmiş olduğu şeklinde yorumlamıştır. Polis tarafından ifadesi alınma psikolojisi içerisindeki bir şüphelinin ihmali bir eylem ile anayasal haklarını kullanacağını hatırlatmayı unutmaması, ya da o an için haklarını kullanmanın önemini kavrayamaması vb. durumlarda şüphelinin susma, müdafiden yararlanma gibi önemi tartışma götürmeyecek haklarını kullanmaktan vazgeçmiş sayılacak olması Yüksek Mahkeme’nin istikrar kazanmış uygulamaları ile bağdaşmamaktadır.³³

32 Ibid. s. 3, 4.

33 Amerikan sisteminde “Miranda”, “Susma” ve “Müdafiden Yararlanma” hakları ve Yüksek Mahkeme’nin

Zira, Yüksek Mahkeme *Berghuis v. Thompkins* kararının yukarıda atıf yaptığımız paragraflarından anlaşılacağı gibi şüphelinin sarih bir şekilde susma hakkını ya da müdafiden yararlanmak gibi anayasal haklarını kullanmak istediğini yetkililere açıklamadığı bir durumda, bu hakların korumasından faydalanamayacağını öngörmüştür. Bu karardan sonra, örneğin, polis tarafından sorulara karşı sessiz kalmış da olsa, şüphelinin susma hakkını kullanmak istemediği kabul edilmektedir. Böylece polise, ifade almayı kesmede günlerce ifade alabilme, ya da atıf yapmış olduğumuz Dedektif Hergert ile Şüpheli Thompkins'in ifade tutanaklarındaki gibi kişinin dini duyguları, ya da başka zaafı istismar edilerek şüpheliden beyan alınabilmesi yolu açılmıştır. Bıçak sırtı yani, sadece bir oy fazlası ile alınan bu karardan, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin en kısa zamanda dönerek ve pek çok hukukçuya ilham kaynağı olmuş olan eski özgürlükçü yorumuna dayanan kararlar vermesini dilemekteyiz.³⁴

Bu bağlamda ek olarak belirtmeliyiz ki Kuzey Amerika Kıtası'nın *common-law* ile yönetilen bir diğer ülkesi olan Kanada da, susma hakkını koruma altına almış bir başka ülkedir. Kanada Anayasası'na eklenmiş olan "*Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı*" (*Canadian Charter of Rights & Freedoms*), susma hakkını "Suç ithamı altında olan herkes [...], bu suçla ilgili olarak yapılan muhakeme işlemlerinde aleyhine tanıklık yapmaya zorlanamaz"³⁵ biçiminde düzenleyerek, koruma altına almıştır.

Ayrıca Amerikan İnsan Hakları Bildirgesi'nde de "Adil Yargılanma Hakkı" başlığı altında susma hakkı düzenlenmiştir (m. 8, f. 2, b. g).³⁶

III. TÜRK CEZA MUHAKEMESİ SİSTEMİ VE SUSMA HAKKI

A. GENEL OLARAK SUSMA HAKKININ NİTELİĞİ

İnsanın salt bir muhakeme objesi olmadığı, aynı zamanda da süjesi ve tarafı olduğu akıldan çıkarılmamalıdır.³⁷ Şüpheli ve sanığın susma hakkını kullanması, suçu kabul ettiği anlamına gelmez ve susma hakkının kullanılması şüpheli ve sanığın aleyhine "delil karinesi" veya "suçluluk karinesi" olarak kullanılamaz.³⁸ Çünkü susmanın sanık aleyhine delil olarak değerlendirilmesi adil yargılanma ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olur.³⁹

bu konudaki özgürlükçü kararları ile ilgili geniş açıklamalar için bkz. KOCALOĞLU S. Sinan, "Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde Silahların Eşitliği İlkesini Gerçekleştirebilmek İçin Bir Reform Önerisi (Amerika Birleşik Devletleri Ceza Muhakemesi Sistemine Savunma ve Müdafî Perspektifinden Mukayeseli Bir Bakış)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 23, Sayı: 92, Yıl: 23, Ocak/Subat 2011, sf. 238-286. Bu makale, yukarıdaki atfa referans ile aynı başlık altında "Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 2010/4, s. 209-249" de de yayımlanmıştır.

34 Bu kararlar için bkz. Ibid.

35 Section 7, Article 11(c). Ayrıca 29 Mart 1982 yılında kabul edilmiş ve Kraliçe II. Elizabeth tarafından 17 Nisan 1982 imzalanmış "Kanada Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi"nin tam metni için bkz. <http://www.charterofrights.ca/language.php> (Erişim Tarihi: 09. 09. 2010).

36 "Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi" (American Convention on Human Rights), 22 Kasım 1969 yılında San Josi'de (Costa Rica) "Inter-American Specialized Conference on Human Rights" da imzalanmıştır.

37 Demirbaş: s. 2878.

38 TURHAN Faruk, "Ceza Muhakemesi Hukuku", Asil Yayın Dağıtım Ltd.Şti, Ankara, 2006, s. 106; ŞAHİNKAYA Yalçın, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi", Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 163.

39 Koca: s. 203.

Bu bağlamda susma hakkının kullanılması “**zımni itiraf**” sayılması gerçeğe uymaz, zira başkasını ele vermemek için çeşitli sebeplerle susan şüpheli ve sanıklara rastlanmıştır.⁴⁰ Şüpheli ve sanığın kendisini savunma yollarından birisi de susması olduğu için susma hakkı bir kural olarak kabul edilmelidir.⁴¹

B. SUSMA ÇEŞİTLERİ

Muhakeme süreci boyunca şüpheli veya sanığın susması değişik şekillerde tezahür edebilir.⁴² Susma, öğretilde “**tam susma**” olarak nitelendirilen şüpheli veya sanığın bütün muhakeme süreci boyunca bütün suçlama için susması durumunun dışında; “**kısmi susma**” yani aynı ifade veya sorgu esnasında şüpheli veya sanığın belirli sorulara cevap vermekten kaçınması örneğinin adam öldürme suçunda kişinin öldürdüğünü kabul etmesi ancak kendisini suçu işlemeye sevk eden düşünceleri ortaya koymaması gibi bazen sustuğu ve bazen de konuştuğu durumlar veya “**geçici susma**” yani kollukta susup aynı muhakemenin sorgusunda konuşmak örneğinde olduğu gibi muhakemenin değişik evrelerinde itham konusunda susma veya konuşması şeklinde de olabilir.⁴³

Susma hakkının kullanılmasında tartışmalı olan kısmi ve geçici susma durumları ile ilgili olarak Alman Öğretisinde sanığın susmasından olumsuz netice çıkarılabileceği şeklinde de bir görüş vardır.⁴⁴ Ancak hâkim görüşün ittifakı, tam susma gibi geçici ve kısmi susmadan da sanık aleyhine sonuç çıkartılamayacağı ve susmanın ceza miktarının tayininde de aleyhe etki yapamayacağı üzerinedir.⁴⁵

Şüpheli veya sanığa bir susma hakkı tanındığına ve susmanın da bu hakkın kullanımı anlamına geleceği için, susmanın şüpheli veya sanığın suçluluğuna dair bir karine olarak değerlendirilmesi yani bir hakkın kullanılmasından onu aleyhine sonuç doğuracak bir

40 EREM Faruk, “Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku”, Işın Yayıncılık, Altıncı Baskı, Ankara 1986, s.159.

41 YENİSEY Feridun, “Hazırlık Soruşturması ve Polis”, Beta Basın Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1987, s. 57.

42 Bir ABD Yüksek Mahkemesi Kararı’na göre, yakalanmış veya gözaltına alınmış kişi herhangi bir şekilde veya anda artık ifade vermek istemediğini gösterirse, polis ifade alma işlemini derhal bırakmalı ve şüphelinin fikrini değiştirmeye çalışmak anlamına gelebilecek her türlü davranıştan tamamı ile kaçınmalıdır. Aksi durum Miranda v. Arizona davasında yorumlanmış olan ABD Anayasası’nın 5. ve 14. Değişikliklerinin ihlali olacaktır (Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477 [1981]). Ülkemizde de susma hakkını kullanmak isteyen şüpheliye karşı kolluk görevlileri, şüphelinin bu konudaki fikrini değiştirmesini sağlayabilecek her türlü davranıştan kesinlikle kaçınmalıdır.

43 Şahin: s. 140;

ŞAHİN Cumhur, “Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması”, Yetkin Yayınları, Ankara, 1994, s. 87, 109-111. Bu noktada altını çizmemiz gereken bir husus şudur: “Sanığın istinaf duruşmasında susma hakkını kullanmış olması, ilk derece yargılamasındaki ifadesinin delillerin ortaya konulması esnasında okunmak suretiyle istinaf mahkemesinde delil olarak kabulüne engel değildir” (SARIGÜL Ali Tanju, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf”, Bilge Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Ocak 2009, s. 111).

44 Şahinkaya: s. 163. Susma hakkının beşiği olan İngiliz Hukuk Sisteminin Kuzey İrlanda’da 1988 yılından beridir susma hakkını kaldırdığı, mahkemenin sessizliğinden sanığın aleyhine çıkarımlarda bulunabildiği belirtilmektedir (SLAPPER Gary-KELLY David, “The English Legal System”, Cavendish Publishing Limited, Fifth Edition, London, United Kingdom, 2001, s. 395). 1988 tarihli Kuzey İrlanda Ceza Delili Buyruğu (Northern Ireland Criminal Evidence Order [1988]) ile yakalanan şahsın elbisesinde, üzerinde veya ayakta bısında şahsı yakalayan kolluğun şüpheli bulduğu ve ifadesini aldığı “eşya, madde ya da belirti”ler hakkında, şüphelinin cevap verememesi durumunda da şüphelinin aleyhine çıkarımlarda bulunulabilir (id.).

45 Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 110-113.

hükme varmak kabil değildir.⁴⁶ Ayrıca, bu durum hâkime sanığın bir tür niyetini okuma gibi bir yükümlülük dayatacağından dolayı hükmün dayanağı vicdani kanaatin objektif olarak oluşması açısından mahzurludur. Sanığın susma hakkını kullandığı durumlar, onun aleyhine olumsuz netice çıkarmak için kullanılmamalıdır. Aksi durumda susma hakkı sanık için blok olarak kullanılan ya susacaksın ya da konuşacaksın şeklinde uygulanan ve ifade özgürlüğü ile de çatışacak bir hale gelmiş olur.

Ayrıca bu yaklaşım, ceza muhakemesinin özü olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ilkesi ile de çatışır. Çünkü, şüpheli veya sanığın rahatça ve istediğinde susma ve istediğinde konuşma hakkını kullanması sağlandığında bu kişilerin psikolojik olarak olayı aydınlatmaları yolu kapanmamış olur. Aksi durumda, arada susma hakkının kullanılmasından aleyhine sonuç çıkarılacağını düşünecek olan şüpheli veya sanık, olayı aydınlatmak bir takım açıklamalar yapacağı zamanlarda konuşmayarak susma yolunu seçecektir. Hâlbuki ceza muhakemesinde bazen yargı makamı için şüpheli veya sanıktan alınacak ve olayı aydınlatabilecek en ufak bilgi kırıntısı bile maddi gerçeğin ortaya çıkmasını sağlayabilir.

Uygulamada ülkemizde maalef ki, kısmi susma yani şüpheli veya sanığın ancak belli sorulara cevap verip belli sorularda susma hakkını kullandığı durumlarda, hâkimler şüpheli veya sanığın susma hakkını kullandıktan sonra yaptığı müteakip açıklamaların doğru olmadığını düşünmekte, bu beyanlarla ilgili değerlendirmelerini bu önyargılı zihni kurguya dayandırmakta ve bu sübjektif değerlendirmelerin neticesinde şüpheli veya sanık hakkında olumsuz yönde takdir yetkisini kullanmaktadırlar. Ülkemizde hâkimlerin sahip oldukları bu zihni kurgu doğru olmadığı gibi, kanun koyucunun susma hakkını vazetmesinin amacına da tamamen terstir. Kısmi susma hakkının kullanıldığı durumları müteakiben şüpheli veya sanığın özgür iradesiyle yaptığı beyanları, yargılama makamını işgal eden hâkimlerimizin hiçbir önyargıya sahip olmadan, tarafsız ve objektif bir şekilde değerlendirmelidirler. Çünkü, ancak bu şekilde yapılacak bir değerlendirme ile kullanılacak takdir yetkisi kanunun amacına uygun olacak ve adil yargılanmayı gerçekleştirecektir.

Hâkim tarafında yapılan sorgunun veya kollukta ve savcılıkta alınan ifadenin şüpheli veya sanık için bir “savunma aracı” ve bir “hak” olmasından dolayı susma hakkının kullandırılmayıp şüphelinin veya sanığın zorla konuşturulmaya çalışılması savunma hakkının özünün yok edilmesi anlamını taşır.⁴⁷ Savcı ve kolluk görevlileri, şüphelinin ifadesini

46 Şahin: s. 140; Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 112.

47 KUNTER Nurullah, “Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku”, 7. Bası, Kazancı Matbaacılık Sanayi, İstanbul, 1981, s. 359. Bununla birlikte yapılmış güncel olmayan bir bilimsel araştırmaya göre kolluk görevlilerinin (polis) %28 oranındaki bir önemli müdafinin susma hakkını kullanmayı teşvik etmesini şüpheli veya sanığın işlediği zannedilen suçun araştırılmasını sekteye uğratacağı kanaatindedir (KARAOĞLU Fatih, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Avukatın Gözaltı Birimine Gelmesi ve Hukuksal Yardım Hakkı: Türkiye-İngiltere Örnekleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, Sayı: 3, Yıl: 2003, Ankara, s. 185). Maalef ki ülkemizde şüphelinin müdafî yardımından yararlanma hakkına ve dolayısıyla susma hakkına yanlış bakışı bırakınız kolluğu, savcı ve hakimlerimize bile sirayet etmiş olduğu uygulamada her gün rastlanılan gerçeklerdendir. Bununla birlikte İngiltere’de yapılmış çeşitli araştırmalar müdafî yardımından yararlanarak hukuki danışma almanın; toplamda şüphelilerin itirafta bulunan (ikrar eden) şüpheli sayısının yüzde 50 oranından biraz daha fazla olduğunu göstermektedir (GUDJONSSON Gisli H., “The Psychology of Interrogations & Confessions: A Handbook”, John Wiley & Sons, United Kingdom, 2003, s. 150). Yani müdafî yardımından da yararlanılsa şüphelilerin yarısından fazlasının susma hakkını kullanmamaktadır.

almadan önce şüphelilere cevap vermek isteyip istemediklerini sormalıdır ve şüpheliye asla sanki cevap vermek zorunda imiş duygusu altında muamele yapmamalıdır.⁴⁸

C. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE SUSMA HAKKI

Uluslararası ve bölgesel ölçekteki insan hakları sözleşmelerinde susma hakkı, genellikle ayrı bir hak olarak ve özel olarak zikredilmemiş de doktrin ve uygulama tarafından yapılan yorumlarda adil yargılanma hakkı altında ifadesini bulmuştur (BM İHEB m. 10; BM MSHS m. 14, f. 3, b. g; AİHS m. 6, f. 1). AİHM önüne gelen davalarda susma hakkını adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası olarak nitelemiş ve AİHS'nin güvence altına aldığı haklardan birisi olarak ele almıştır.⁴⁹

IV. İÇ HUKUKUMUZDA SUSMA HAKKI

A. İÇ HUKUKUMUZDAKİ SUSMA HAKKININ NİTELİĞİ

Susma hakkı her ne kadar edilgen/pasif bir hak niteliğinde olsa da, sanığın kişilik hakkının bir ifade biçimidir.⁵⁰ Bu yüzden doğrudan sanığın ifade hürriyetinden kaynaklandığı için en az sanığın etkin/aktif olarak ceza muhakemesine katılma hakkı kadar ehemmiyetli bir haktır.⁵¹ Bu nedenler ile ifade alınma veya sorguya çekilme esnasında kişiye yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylemek zorunluluğu iç hukukumuzda açık bir şekilde düzenlenmiştir (CMK m. 90, f. 4; m. 147, f. 1, b. e; m. 191, f. 3, b. c).

“Aydınlatma yükümlülüğü” olarak da tanımlayabileceğimiz bu düzenlemelere aykırı bir şekilde şüpheli veya sanığa susma hakkı hatırlatılmadan yapılacak soruşturma veya kovuşturmadan elde edilecek beyanlara delil yasakları teşkil eder ve mutlak bozma nedeni oluşturur (CMK m. 289, f. 1, b. h ve b. i). Zira şüpheli veya sanıktan susma hakkı hatırlatılmayarak alınmış ifade veya yapılmış sorgu savunma hakkının esaslı bir şekilde sınırlandırılmasına sebebiyet verecek hukuka kesin aykırılık nedenlerindedir.⁵²

48 Yenisey: Hazırlık Soruşturması ve Polis, s. 57.

49 Funke v. France–10828/84 [1993] ECHR 7, 25 February 1993, para. 44; John Murray v. The United Kingdom–18731/91 [1996] ECHR 3, 8 February 1996, para. 45. Anılan kararların tam metinleri için bkz. <http://www.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 12.03.2009).

50 Zafer: Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, s. 280.

51 Ibid.

52 “Duruşmaya; sanığın kimliğinin saptanması, iddianame okunduktan sonra 1135. maddeye göre sorguya çekilmesi ile başlanması, emredici usul kuralıdır. Sanık yüklenen suçtan dolayı CMU'nun 3842 sayılı Yasa ile değişik 1135. maddesi uyarınca sorguya çekilmeli, bu madde ile tanınan savunmaya ilişkin bulunan bütün hakları hatırlatılmalıdır. Aksi takdirde savunma hakkı kısıtlanmış olur” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 1995/7-165, Karar: 1995/302, Tarih: 24. 10. 1995 [Corpus İçtihat ve Veri Bankası]). Bahsi geçen kararda Yerel Mahkeme'nin, susma hakkı da dahil olmak üzere savunmaya dair haklarının sanığa hatırlatılmaması ile ilgili olarak vermiş olduğu “Sanığa duruşma gününün tebliğ edildiği, ilk celseye sanığın gelmediği, müdafinin hazır bulunduğu, 19/10/1993 günlü oturumda sanık ile müdafinin hazır buldukları, CYUY'nın 135.maddesine uygun biçimde kimliğinin saptandığı, yüklenen suçun anlatıldığı, sanığın daha önceden hazırladığı yazılı savunmasını sunduğu bir gazetenin sorumlu müdürü olan sanığın yasal haklarını da bildiği, bu nedenle duruşmaya müdafii ile birlikte gelen ve önceden hazırladığı savunmayı sunan sanığa ayrıca ‘Avukat tutma hakkın ve susma hakkın vardır’ demek bir şekil koşulu değildir. Davanın mahiyeti, dosya içeriğine göre sanığa hatırlatılmayan hiçbir hakkı yoktur. Kaldı ki, benzer hususlar 7. Ceza Dairesinin 12/09/1994 gün ve 5900/8347 ve 10.Ceza Dairesinin 19/04/1994 gün ve 1504/5699 sayılı kararlarında bozma nedeni yapılmamıştır” şeklindeki yanlış kararı Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından

Batı ülkelerinde bireyin işlememiş olabileceği bir suçtan sorgulanarak damgalanmalarını engelleyerek **“lekelenmeme hakkı”**nın korunması ve ihbar edilmiş olayla ilgili genel bilgiler toplamak için kabul edilmiş bir müessese olan “bilgi alma”(YGAİAY m. 4) ya da uygulamadaki adlandırılmasıyla **“mülakat”**, **“ön bilgi edinme”** veya **“önsorgu”** müesseseleri ülkemiz pratiğinde müdafii katıldığı ifade ve sorgudan kaçabilmek için kullanılmaktaydı.⁵³ Böylece kolluk tarafından ilgili kişinin müdafii yardımından faydalanması engellenmekte;⁵⁴ haliyle de ilgilinin icap ederse susma hakkını kullanabilmesi hakkını tanıyan kanuni düzenlemeler dolanılabilmekteydi.

Yakalanan kişi bakımından tehlikeli olan bu durumun önlenilmesi için CMK'nın m. 90. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince sanığa kanuni haklarının artık yakalandığı anda **“derhal”** bildirilmesi gerekliliği, bu yanlış ve haksız uygulamayı engelleyici mahiyettedir.⁵⁵ Böylece şüpheli veya sanığın ifade ve sorgudan itibaren değil suç haberinin yetkili organlarca alınmasından başlayarak, muhakeme sürecinin sonuna kadar müdafii yardımından yararlanabilmesinin önü yasa ile açılmıştır.⁵⁶ Bu noktada belirtmeliyiz ki müdafii yardımından yararlanabilme ile susma hakkı arasında çok sıkı bir ilişki vardır. Çünkü, bizce, susma hakkının kullanıp, kullanılmaması gerektiğini; eğer kullanılacaksa hangi ölçekte kullanılacağına hassasiyetle karar verebilmek ancak müdafii mesleki sağduyusu ile yerine getirilebilecek profesyonel bir beceri gerektirmektedir.

hakkı bir şekilde bozulmuştur (id.).

53 Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 85, 86. Maalesef ki, uygulamada durum öğretinin olmasını umduğu gibi değildir. Bahsi geçen ve farklı isimler altında uygulamaya çalışılan bu hukuka aykırı yöntem, hala gerek Emniyet Genel Müdürlüğü'nde ve gerekse de Jandarma Genel Komutanlığı'na bağlı bazı kendilerini diğer kolluk birimlerinden “ayrıcıklı” ve de “hukukun üstünde” (!) hisseden bir takım kamu görevlilerince uygulanmaya çalışılmaktadır (özellikle organize suçla mücadele ve terörle mücadele şubeleri). Böylelikle şüphelinin müdafiden yararlanma hakkı dolanılabilmektedir. Üzülerek belirtmeliyiz ki, adı geçen şubelerde şüpheli ile yapılan ve sohbet görüntüsü altındaki bu faaliyetler müdafii hazır bulunmadan yapılmakta; bu esnada şüpheliden elde edilen bilgiler not alınmakta ve bunlar fezleke haline getirilerek ilgili savcılıklara yollanmaktadır. Bu noktada asıl teessüf verici olan aslında birer hukuk adamı olan bir kısım savcılarının bu yanlışlığa prim vermesi, kolluk tarafından bu hukuk dışı faaliyetler ile fezleke haline getirilmiş bilgileri çoğu kez “kopyala-yapıştır” yöntemi ile hazırlayacakları iddianamelerinin bir parçası haline getirmeleridir. Halbuki “bilgi alma”, doktrinde belirtilmiş olduğu gibi, bir suçun tespiti veya aydınlatılmasına yönelik olarak, henüz suç işleme şüphesi altında bulunmayan kişi veya tanık veya mağdurun dinlenmesini ve tutanağa geçirilmesi işlemidir (YGAİAY m. 4). Bu müessese, kolluk tarafından yürütülen ve herhangi bir şekilde tabi olmayan bir ön bilgi edinmeye yönelik başlangıç şüphesinden önceki bir aşamayla ilgili olan araştırma faaliyetidir (id.). Bir suçun işlenip işlenmediği ile ilgili olarak yeterli başlangıç şüphesinin var olup olmadığının tespitini ve doğrulanmasını kolaylaştırır (id.). Şüphelinin tanımlanmasını ve belirlenmesini sağlar (id.).

Alman hukukunda “Informativische Befragung” denilen bu ön bilgi edinme faaliyeti, esasen koğuşurma organının suçla ilgisi olan ve olmayan kişileri ayırarak suçu araştırmaya başlayabilmesi için bir yön belirleme faaliyetidir (Koca: s. 21, 22). Böylelikle kişilerin işlemedikleri bir suçtan dolayı ifadelerinin alınarak toplumda damgalanmalarının önüne geçerek, kişinin şüpheli konumuna düşürülmeden ihbar edilen olayla ilgili bilgi toplanması gerçekleştirilir (id.).

54 Ibid.

55 Ibid.; Öztürk/Erdem/Sırma/Saygılar: s. 218; MAHMUTOĞLU Fatih Selami-DURŞUN Selman, “Müdafii Yasaklılık Halleri”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 101.

56 ÜNVER Yener-HAKERİ Hakan, “Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku”, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şen Matbaa, Ankara, 2006, s. 256. Eğer sanık susma hakkı konusunda bilgilendirilmemiş ve kendisi aleyhinde delil toplattırılmışsa o delil hukuka aykırıdır (ÜNVER Yener-HAKERİ Hakan, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 20).

Özellikle, suçta konu olayın yeni ihbar veya şikâyet edildiği anlarda kollukta ifadesi alınan kişiler olayın sıcaklığının psikolojisi ile çok yanlış, suçla alakasız veya kendini suçlandırıcı davranışlarda bulunabilmektedirler. Bu çerçevede, şüpheli için özellikle neticesi itibarıyla büyük sonuçlara sebebiyet verebilecek ağır ceza mahkemelik suçlarda ilk andan başlayarak konunun savcılık araştırmaları ile açıklığa kavuşacağı ana kadar, müdafî ile istişare ederek, geçici mahiyette susma hakkının kullanılmasının şüpheliyi böylesi olumsuz davranışlardan koruyacağı kanaatindeyiz.⁵⁷

B. SUSMA HAKKI VE İŞKENCE

Genel kapsamda kendisini ve yakınlarını ithama zorlamama ilkesi, daha özel kapsamda ise **susma hakkı**, insan haysiyetinin korunması ilkesi ile işkence ve gayr-i insani muamele yasaklarıyla derinden bağlantılıdır.⁵⁸ Çünkü, tarihsel evrim süreci içerisinde sorulara cevap vermeyen sanıklardan **“ikrar”**⁵⁹ elde etmek için kullanılan en etkili yöntem **“işkence”** olmuştur.⁶⁰

İşte sanığın bizatihi delil kaynağı olarak kabul edildiği ve işkence gibi yöntemler ile

57 Soruşturma evresinin ilk aşamasında yapılacak bir hatanın bütün ceza yargılamasını etkileyeceğini tespit eden örnek bir Amerikan Yüksek Mahkemesi kararı şu şekildedir: “İfade verme esnasında ilk başta meydana gelen hata bütün davayı etkileyebilir. Yapılabilecek uygun savunmalar hemen oracıkta ileri sürülmezse telafi edilemeyecek bir biçimde kaybolabilir, hâlbuki müdafî yardımından yararlanan bir şüphelinin stratejik amaçlar ile bir hakkın kullanımından feragat etmesi halinde ise böylesi bir kayıp söz konusu olmayacaktır” (Hamilton v. Alabama, 368 U.S. 52, 54 [1961]). Anılan bu kararın metodolojisi ile paralel bir şekilde düşünüyoruz. Ülkemizde de müdafî yardımından faydalanan bir şüphelinin, müdafî ile istişare ederek kısa durum analizi yaptıktan sonra, stratejik amaçlarla ifade hürriyetinden belli bir süre feragat ederek susma hakkını kullanmasının, özellikle ağır cezalı suçlarda elzem olduğu kanaatindeyiz.

58 Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 75.

59 İkrar sanığın üzerine atılı suçu bütünüyle veya kısmen kendisinin işlediğini açıklamasıdır (ÇOLAK Haluk, “Ceza Yargılaması Hukukunda Çapraz Sorgu-Cross Examination”, Bilge Yayınevi, 2. Bası, Ankara, 2007, s. 36). Modern ceza muhakemesinde ikrarın içeriğinin dahi, her türlü şüpheden uzak bir şekilde, ispat edilmesi gereklidir (ÜNVER Yener, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 2, Ankara, Aralık 2006, s. 108). “Sanık ikrar etse dahi, ikrar dâhil tüm delillerin CMK’da delillerin irad ve ikame edilmesi usulünü gösteren hükümler çerçevesinde ortaya konulup tartışılmaları ve tam bir vicdani kanaat için görgü tanıklarının duruşmada dinlenilmeleri ve tüm delillerin bu surette mahkemece değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü ikrar da esasında şüpheli veya sanığın savunmasından veya savunma erkinden kaynaklanan bir iddiadır ve ispata muhtaç olduğu gibi, bu ikrar delilinin güvenilirliği kadar, hukuka uygun olup olmadığı ve sağlamlığı denetiminin de ayrıca yapılması gereklidir” (id. s. 119). Bu konuda Yargıtay’ın vermiş olduğu bir karar şöyledir: “Sanığın baskıya dayalı olduğunu belirterek kabul etmediği kolluk ifadesi dışında, isnat olunan suçu işlediğine ilişkin kuşku sınırlarını aşan yeterli kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden sanığın beraatı yerine yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması, bozmayı gerektirir. Soyut ikrara dayalı mahkûmiyet hükmü kurulamaz” (Yargıtay 10. Ceza Dairesi, Esas: 2005/1716, Karar: 2006/19, Tarih: 23. 01. 2006). [Kazancı Bilişim-İçtihat ve Bilgi Bankası]

60 TOROSLU Nevzat-FEYZİOĞLU Metin, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara, 2006, s. 134; YURTCAN Erdener, “CMK Avukatının ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı”, Beta Yayınları, 5. Bası, İstanbul, 2007, s. 30; DÖNMEZ Burcu Denmen, “Ceza Muhakemesinde Çapraz Sorgu”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 52; Kunter: s. 357. “Sorgunun dürüstlüğü ilkesi”ni ihlal eden yöntemler ve sorguda gayri meşru usuller ile sanıktan ikrar elde etme yöntemleri ile ilgili olarak bkz. Gölcüklü: Sanığın Sorgusu ve Sevk Tarzı, s. 108 vd. İkrar, “yalın bir suçluluk itirafı, ithamı kabul ediş şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, olayın gerçek cereyan şeklinin, suçluluk için önemli sayılabilecek vakıaların sanık tarafından açıklanması olarak da ortaya çıkabilir” (ŞAHİN Cumhur, “İkrar ve Savunma Hakkı”, Ceza Hukuku Reformu, Umud Vakfı Yayınları, Beta Basım A.Ş., Birinci Bası, İstanbul, 2001, s. 131).

konuşma mecburiyetinde bırakıldığı tahkik sistemi olarak da bilinen Engizisyon Dönermine (Tahkik Sistemi) ve uygulamalarına tepki olarak gelişen susma hakkı, sanığın ifade ya da sorguda olayla ilgili olarak hiçbir açıklamada bulunma zorunluluğunun olmaması ile ilgili evrensel kabul görmüş olan bir ilkedir.⁶¹ Böylelikle, kişi kendisini zor durumda bırakacak ve belki de ceza almasını sağlayacak itham gibi bir mükellefiyetten kurtarmış olur.

Susma hakkı ve işkence, adeta birbirinin anti-tezi konumunda olan ilgili iki kavramdır. Susma hakkının konusu, özgür irade ile ifadenin verilmesini veya verilmemesini koruyan pasif bir faaliyet iken; işkencenin konusu özgür iradeyi yok etmeyi amaçlayan aktif faaliyetlerdir. Bu yüzden susma hakkı hem ceza hukuku ve hem de ceza usul hukuku bağlamında işkenceye karşı normatif olarak koruma altına alınmıştır. Çünkü, şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılması ile kanuna aykırı bir yarar vaat edilmesi kanun koyucu tarafından yasaklanmıştır (CMK m. 148, f. 1 ve 2). Ayrıca yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez (CMK m. 148, f. 3).

Usul hukukundaki düzenlemeye ek olarak, şüpheli veya sanığa karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisinin cezalandırılması da öngörülerek, maddi ceza hukuku çerçevesinde işkence suç haline getirilmiş ve böylelikle susma hakkı güvence altına alınmıştır (TCK m. 94) .

C. SUSMA HAKKI VE KOLLUK

Ülkemizde insanımızın bilinçaltının derinlerine yerleşmiş olan **“sükût ikrardan gelir”** atasözü, uygulamada şüpheli veya sanığa illa konuşması gerektiği gibi bir yanlış mantığı da kişiye dayatmaktadır.⁶² Şüpheli veya sanık, eğer susarsam suçu kabul etmiş olurum

61 Kunter: s. 357. “Inquisitio (engizisyon) yargıcın re’sen tetkik etmesi demektir” (SEVİĞ Vasfi Raşit, “X uncu Asırdan Günümüze Kadar Ceza Muhakemeleri Usulü ve Gelişmesi”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 3, 1956, s. 323). Savunma hakkı ancak kişinin kendisini veya yakınlarını suçlamaya zorlanmadığı zaman bir anlam ifade eder (Koca: s. 54). Çünkü sanığı konuşturmak için yapılacak zorlama veya işkence, savunma hakkını yok eder (id.). Bu itibarla savunma hakkının tarihçesi, işkencenin bittiği yerden başlar (id.). Bu yaklaşımdan yola çıkarak, savunma hakkının tarihinin esasen insan haysiyetinin zorlama ve işkenceye karşı korunmasını amaç edinmiş olan susma hakkının tarihi ile aynı olduğunu ileri sürmek bizzat yanlış bir yorum olmasa gerekir.

62 Bu hususu eleştiren bir çeşitli içtihatlar kararı şu şekildedir: “Keza, sanığın savunmasının aksinin kanıtlanması ondan beklenemez. Kaldı ki, CMUK.nun 135. maddesi uyarınca susma hakkı bulunmaktadır. Susma hakkını kullanan sanığın sükût ikrardan gelir deyişine dayanarak suçunu kabul ettiği söylenemeyeceği gibi savunmasını kanıtlaması da beklenemez. Sanığa yüklenen suçun sübuta erdiği kuşkuyla yer vermeksizin ortaya çıkarılmalıdır (19. 04. 1993 tarihli 6-81/110). [...] Medeni Usul Hukukundan farklı olarak Ceza Muhakemesi Hukukunda ispat yükü (kulfeti) sorunu yoktur. Gerçekten sanığa susma hakkı tanıyan bir hukuk düzeninde, ispat yükünden söz edilmesi olanaksızdır” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 2004/4-220, Karar: 2005/32, Tarih: 22. 03. 2005 [Corpus İctihat ve Veri Bankası]). Bu kararı krş “CMUK’un 135. maddesine göre susma hakkı da bulunan sanığın savunmasının inkara yönelik olduğundan bahisle yasal olmayan gerekçeyle sanık lehine TCK’nun 59. maddesinin uygulanmayacağına karar verilmesi, bozmayı gerektirmiş, sanık vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan hükmün bu sebepten dolayı istem gibi BOZULMASINA 28.9.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi” (Yargıtay 2. Ceza Dairesi Kararı, Esas: 2003/10506, Karar: 2004/16209, Tarih: 28. 09. 2004 (Corpus İctihat ve Veri Bankası). Ayrıca paralel bir karar için bkz. “CMUK’un 135. maddesine göre susma hakkı bulunan sanığın ‘atılı suçlamayı kabul etmediği’

mantığıyla susma hakkını yerinde ve zamanında kullanmamakta ve olayın sıcaklığı ile kendisini yanlış yere suç altına sokacak beyanlarda bulunabilmektedirler. Böylesi, yanlış anlayışlar susma hakkının kullanılmaması ile neticelenmektedir. Bu durumu engellemek için yakalanan şahsa içinde susma hakkının da bulunduğu kanuni haklarının derhal bildirilmesi düzenlenmiştir (CMK m. 90, f. 4).

Susma hakkına ilişkin bu bildirim yükümlülüğünün mutlaka ifadeyi alan veya sorguyu gerçekleştiren tarafından yerine getirilmek zorunluluğu vardır.⁶³ Üçüncü kişi bu işle ilgili görevlendirilemez. Ayrıca şüpheli veya sanığın susma hakkını biliyor olması susma hakkını bildirecek görevliye bildirme görevini yerine getirmemesini asla haklı kılmaz.⁶⁴ Hatta şüpheli veya sanık yanında müdafî ile ifadeye veya sorguya gelse ve müdafî tarafından susma hakkı konusunda aydınlatılmış olsa bile, susma hakkını bildirecek görevli ya da organ, bu konuda gerekli bilgilendirmeyi yapmakla yükümlüdür.⁶⁵

Kanaatimizce, kanuni hakların sadece bildirilmesi yakalananın kanuni haklarını o an için anlaması için yeterli değildir. Yakalanan şahıs kollukta zaten o an doğru düşünebilme yeteneğini engelleyecek çeşitli hem içsel ve hem de dışsal nedenlerden kaynaklanan bir manevi baskı altındadır. Bu şahsa kanuni haklarının içerikleri anlatılmadan, kişinin anlayacağı biçimde açıklama yapılmadan sadece haklarının satırbaşları ile bildirilmesi, kanunun amaçladığı yararı sağlamayacaktır.

Zaten ülkemizde kolluk uygulamalarında da susma hakkı ve diğer kanuni haklar şüpheliye şifahen çoğu zaman hiç bildirilmemektedir. Şüphelinin olay hakkında bilgisinin kayda geçirildiği “**Şüpheli İfade Tutanağı**” adı verilen matbu bir belgenin ifade verenin bilgileri kısmının hemen altında oldukça küçük puntolarla yazılmış olarak ve üstünkörü bir şekilde kanuni haklardan bazıları sadece hatırlatılmaktadır. Adeta yasak savar bir şekilde ve ifadeyi alan kolluk görevlisi memuru yasal sorumluluktan kurtarmayı amaçlayan böylesi bir uygulama ile kanunun amacına ulaşamayacağı açıktır. Bu uygulamanın düzeltilmesi ve şüpheliye haklarının şifahen anlatılarak ve açıklanarak susma ve diğer kanuni hakların kişi tarafından anlaşılacak bir biçimde bildirilmesinin ve hakların anlaşıldığının karşı sorularla teyit edilmesinin gerektiği kanaatindeyiz.

Bizce, CMK’ da 90. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan “**yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir**” cümlecığı, “*yakalanan kişiye kanuni haklarını kişinin anlayacağı teferruatlı bir biçimde açıklayarak bildirir (kişi tarafından anlaşıldığından emin olacak şekilde)*” şekline değiştirilmeli ve hatta bu hakların neler olduğunu bildiren bir belge kendisinde kalmak üzere verilmelidir. Elbette ki, uygulamada da bu husus hassasiyetle takip edilmelidir. Ancak, böylece şüpheli kanuni haklarını tam olarak bilebilecek ve olayın sıcaklığıyla kendisini suçlandırmaya sebep olabilecek bir yanlışla girmeyecektir. Zaten, bireyin haklarını bilinçli olarak kullanabilmesi ve bunları bilmesi gerektiği için,

gerekçesi ile TCK’ nun 59. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi, BOZMAYI gerektirmiş sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı istem gibi BOZULMASINA, 29. 04. 2004 gününde oybirliğiyle karar verildi” (Yargıtay 2. Ceza Dairesi Kararı, Esas: 2003/26420, Karar: 2004/16400, Tarih: 29. 04. 2004 (Corpus İçtihat ve Veri Bankası).

63 Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 123; Koca: s. 185.

64 Ibid.

65 Ibid.

suç şüphesi altındaki bireye haklarını öğretmek bir hukuk devletinin temel vazifesidir.⁶⁶ Dolayısı ile hakları öğretilen şüpheli veya sanık, şüphe sebeplerini bertaraf etme ve lehine delilleri ortaya koyabileceği kendisi için en uygun savunma metodunu seçebilecektir.⁶⁷

Aksi halde, TCK m. 4'deki "ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz" hükmü ve adil yargılanma hakkı uygulamaya geçirilemez. Bu durum, sorumluluğu başkasına yüklemek olur. Halbuki, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir (Any. m. 2). Anayasa'ya göre devletin temel amaç ve görevlerinin başında kişinin temel hak ve özgürlüklerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlayan engelleri kaldırmak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak yükümlülükleri bulunmaktadır (Any. m. 5). Peki uygulamada devlet kimdir? Yasama, yürütme ve yargı erklerini kullanan makamları işgal eden kişilerdir. Egemenlik kayıtsız ve şartsız milletindir. Türk Milleti egemenliğini Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organları eli ile kullanır (Any. m. 6). İşte burada devlet bu yetkiyi kullanan kişi veya organlardır.

Yoksa, ceza kanunun amacı olan, kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, toplum barışını korumak ve suç işlenmesini önlemek mümkün olmaz (TCK m. 1). Öte yandan, suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmetmek mümkün olmaz. Sonuçta, "adalet mülkün temeli" olamaz. Adalet güven sarsılır. Bundan da en çok korumaya çalışılan devlet düzeni, huzur ve istikrar bozulur. Böylece, temel hak ve özgürlüklerin güvence altında olmadığı inancı yaygınlaşır. Suçlu topluma kazandırılmaz.

Bu açıklamalarımız ışığında, soruşturma evresinde kolluk veya savcılıkta şüpheliye haklarının öğretilmesi ile ilgili olarak ABD uygulamasından ülkemize uyumlaştırarak ithal etmemiz gerektiğini düşündüğümüz pratik bir çözüm yolu vardır. ABD'de gözaltına alınan şüpheliye, ifade vermeye başlamadan önce yapılması gereken ve susma, müdafiden yararlanma gibi haklarını bildiren "Miranda Uyarısı"⁶⁸ nın tebliğ yöntemi, ceza muhakemesi faaliyetlerinde kolluk tarafından aynen uygulanmalıdır.

Miranda Uyarısı, ABD'de polis memurları tarafından şüpheliye genellikle basılmış bir kâğıttan veya bir karttan okunmaktadır.⁶⁹ Ancak sadece sözlü olan bu uygulamanın hemen

66 Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 122; ESER: s. 321.

67 Ibid. Bu noktada Ünver ve Hakeri'nin "Bir kimsenin yanlış olarak tanık sıfatıyla ifadesi alınır, saha sonra o kimsenin şüpheli sıfatıyla ifadesinin alınmasından önceki beyanlarına atıf yapmak hukuka uygun değildir; önceki ifadeleri hukuka aykırılık nedeniyle değerlendirilemez ifadeler olduğu için, daha sonra şüpheli kimse sıfatıyla ifadesi alınırken haklarının öğretilmesinin nitelikli biçimde yapılması ve önceki ifadesindeki haksızlığın kendisine söylenmesi gereklidir" şeklinde yapmış oldukları tespiti katılmamak mümkün değildir (Ünver/Hakeri: Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 72).

68 "Miranda uyarısı"; Hollywood filmlerinde ve televizyon dizilerinde polis memurlarının ve avukatların tekrar ettikleri bir klişe olan "Şüpheliye haklarını okuyun!" (Read him his rights!) cümlecğini takiben, şüphelinin "sessiz kalmaya hakkının olması, söyleyeceği her şeyin aleyhine delil olarak kullanılabilmesi, seçilmiş veya atanmış bir müdafinin huzurunda bulunma hakkının var olması/has a right to remain silent, that any statement he does may be used as evidence against him, and that he has a right to the presence of an attorney, either retained or appointed" uyarısıdır (DAUGHTREY Clinton M, "You Only Get What You Pay For? The Current Status of Malpractice Immunity For Indigent Defense Counsel", The Journal of the Legal Profession, 23 J. Legal Prof. 293 1999, s. 293). Bu uyarı hukuki temelini Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436 [1966]) davasında vermiş olduğu karardan almaktadır (id.). Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. supra note 33.

69 Ingram: s. 218.

ardından, polis birimleri gözaltındaki şahsa yazılı bir şekilde anılan uyarıyı tekrarlamaktadırlar.⁷⁰ Bu yazılı uyarı, kolluk tarafından bildirilmesi zorunlu olan hakların şüpheliye bildirip bildirilmediğini, eğer bildirilmişse şüphelinin bu hakları anlayıp anlamadığını, susma hakkını kullanmak isteyip istemediğini, müdafii yardımından yararlanmak isteyip istemediğini, bahsi geçen haklarını kullanmak veya feragat etmek isteyip istemediğinin üzerinde yazılı olduğu bir “**kontrol formu**”nun (*check sheet*) şüpheli tarafından imzalanması ile gerçekleşmektedir.⁷¹ Ülkemizde de bu uygulamaya benzer bir şekilde CMK’ da bildirim öngörülmüş her şüpheli hakkının yanına konulmuş olan kutucuğun içerisinde şüpheli tarafından okunup anlaşıldığını belirtecek şekilde paraflanması müteakip, bütün listenin şüpheli ve eğer varsa müdafii tarafından imzalanması ile sağlanması uygun olur. Soruşturma evresinde kolluk ve savcılıkta “**şüpheli ifade tutanağı**”nın matbu ve küçük harfler ile yazılmış, baştan savma hak bildirimini yerine, böylesi somut ve öğretici bir uygulamaya gidilmesi zannımızca şüphelinin haklarını öğrenmesi açısından hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucu olacaktır. Ayrıca, bu uygulamanın Anayasamızın 17. maddesinde öngörülen kişinin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını uygulamaya geçirilmesinin bir delili olacağı inancındayız.

D. SUSMA HAKKI ve ŞÜPHELİNİN HAKLARINI ÖĞRENME HAKKI

Susma hakkının önemi nedeniyle, “**Şüphelinin Haklarını Öğrenme Hakkı**” olarak da adlandırılan bu ilke gereğince, Alman Ceza Mahkemesi Kanunu’nda (StPAG) değişiklik yapılmış ve Alman polisine şüpheliye haklarını öğretmek zorunluluğu vardır.⁷² Ayrıca, mehzar kanunda da susma hakkının şüpheliye hukukun kendisine suçlamalara isterse cevap verme veya bu konuda hiçbir beyanda bulunmama hakkını verdiğinin açıklanması gerektiği şeklinde düzenlemiştir (Alm CMK, m. 136, f. 1).

Alman hukukunda şüphelinin haklarının öğretilmesi yükümlülüğün anlamı, özellikle Alman CMK 163a maddesinin Alm. CMK’nın 136. maddesine yollanmasıyla, şüpheliye yalnızca soruşturma organlarının herhangi biri tarafından ilk kez ifadesi alınırken haklarının öğretilmesi değil, soruşturmanın bütün evrelerinde kolluk, savcı veya hâkim karşısına ilk çıkışında hakların ilgili makamlarca her defasında yeniden öğretilmesi biçiminde

70 Ibid.

71 Ibid.

72 Yenisey: Hazırlık Soruşturması ve Polis, s. 47, 59. Polisin hazırlık soruşturması, mecburi niteliğe sahip olmadığından dolayı kolluğun şüpheliyi haklar konusunda aydınlatma yükümü Fransa’da tanınmamıştır (Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 89-91). Hollanda, İtalya ve Danimarka’da ise kolluğun şüpheliyi sadece susma hakkı ile sınırlı bir aydınlatma yükümü vardır (id.). Polisin şüpheliyi hakları konusunda aydınlatma yükümünün en geniş olarak düzenlendiği ülkeler ise ABD, İngiltere, Avusturya ve Almanya’dır (id.). Şüpheli veya sanığı hakları konusunda aydınlatmak bir hukuk devletinin temel görevidir (Koca: 121). Çünkü, daha ceza muhakemesi sisteminin tetiklendiği ilk andan itibaren devlet, bir yandan kendi yetkilerinin sınırlarını şüpheliye bildirmekte ve öte yandan da şüphelinin süreç boyunca ne gibi haklara sahip olacağını açıklamaktadır (id.). Varlığından haberdar olunmayan hak hiçbir değer ifade etmeyeceği için, hangi haklara sahip olduğunu bilmeyen şüpheli veya sanık, kendisini savunma özgürlüğü ilkesi çerçevesinde serbestçe savunma olanağına sahip olamaz (id.). Alman Yargıtay’ı 1992 tarihli bir içtihadında sanığın polis tarafından ifadesi alınırken haklarının öğretilmemesini mühim bir temel hak ihlali olarak kabul etmiştir (id. s. 282). Mahkeme, Alman CMK (StPO)’da delil değerlendirme ile ilgili kesin bir kural olmadığı tespitinden yola çıkarak her kural ve somut olay için, ayrı ayrı kararlaştırılmak zorunluluğunun altını çizmiş ve hakları öğretilmemiş şüpheliye ait ifadeyi, delil değerlendirme yasağının içerisinde kabul etmiştir (id.).

uygulanmaktadır.⁷³ Hatta, yeni deliller eklendiği için iddianın konusunun değişebilmesi ihtimaliyle aynı soruşturma organı şüphelinin ifadesini veya sorgusunu yapacak olursa, şüpheliye hakları tekrar öğretecektir.⁷⁴ Anılan düzenleme ile ilgili olarak, Alman Federal Yüksek Mahkeme'sinin sanığın haklarının öğretilmesinin zorunlu ve kaçınılmaz olduğu, hâkim veya mahkemenin bu konuda herhangi bir takdir yetkisi olmadığı, bu düzenlemeye aykırılığın kararı hukuka aykırı hale getireceği ve kanun yolu merci tarafından bu hususun dikkate alınmasını öngörmüştür.⁷⁵

Görüldüğü üzere suçla ilgili olarak hakkında makul derecede şüpheler var olan bir kişinin şüpheli hakkında tanık ifadesine başvurulduğunda, tanık kendisini veya yakınlarını herhangi bir cezai soruşturma riskine karşı korunmak için sorulan sorulara cevap vermeyebilir (Alm CMK m. 55, f. 1). Tanık da cevap vermeyi reddetme hakkı yani susma hakkı konusunda bilgilendirilmelidir (Alm CMK m. 55, f. 2).

Hukuk sistemimizde de mehas kanunla benzer şekilde, tanığın kendisi veya yakınları aleyhine tanıklıktan çekinebileceğini ve tanığın cevap vermekten kaçınabileceğini önceden bildirilmesi hususları düzenlenmiştir (CMK m. 48). Böylece, sanık bir taraftan susarak ve diğer taraftan konuşarak kendi suçunun ispatlanması hususunda ceza muhakemesi organları ile işbirliği yapıp yapmamakta serbest kalmış olur.⁷⁶

E. SUSMA HAKKI ve MÜDAFİ

Şüpheliyi koruyucu bir zırh olan susma hakkının yanında, bireyin zorla ifade alınmaya karşı korunmasına ek olarak, müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifadesi de hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz (CMK m. 148, f. 4).⁷⁷

Teorik olarak, bu hüküm, şüphelinin müdafisiz olarak ifade vermemesini güvence altına almak istemektedir. Böylelikle, müdafî şüpheliye teknik savunma desteği vermenin yanı sıra şüpheli kollukta tek başına kalmanın yarattığı korkudan da arındırılacaktır. Ancak, uygulamada bu madde meslekte yeni ve haliyle de tecrübesiz müdafilerin şüpheli ifade

73 Eser: s. 322.

74 Ibid.

75 Ünver/Hakeri: Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 191.

76 Öztürk/Erdem/Özbek: s.149.

77 CMK'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası, 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 okunabileceğinin öngören CMK'nın 213. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde müdafî ile birlikteyken şüphelinin kolluk tarafından alınan ifadesine kovuşturmada delil değeri atfetmektedir (FEYZİOĞLU Metin, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 19, Sayı: 62, Ocak/Şubat, Ankara, 2006, s. 34). Halbuki, mülga CMUK m. 247 kollukta alınan ifadelere hiçbir şekilde delil değeri tanımadığı için, CMK'nın bu düzenlemeler ile ikrara özel bir önem verdiği belirtilmektedir (id.).

Bu konuda öğretilerdeki bir diğer görüş de şu şekildedir: "CMK'ya göre eğer bir şüpheli (sanık değil) kimsenin kollukta alınan ifadesi sırasında yanında avukat yoksa o ifadenin daha sonradan delil olarak kullanılabilmesi için ancak içeriğinin sanık tarafından doğrulanması gerekir (CMK m. 148, f. 4). Bu hukuka aykırıdır. Öncelikle zorunlu müdafiliğe her halükarda geçmek lazımdır. Kişi avukat istemiyorum diyor. İfadesini alıyorsunuz. Sonra bu delili kullanmayın diyor. Bu kabul edilemez (CMK m. 148, f. 1: Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz) ve delillerin toplanmasının mecburiliği ilkesine aykırıdır" (Ünver/Hakeri: Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 211, dn. 416).

tutanağına koydukları imzaları ile kolluğun yaptığı hukuka aykırı işlemleri adeta meşru-laştırma mercii haline getirdiği de görülmektedir.

Müdafî hazır bulunmaksızın savcının şüpheliden alacağı ifadenin ise, hükme esas alınabilmesi için mahkeme huzurunda bu ifadeyi doğrulaması mecburiyeti şeklindeki bir düzenlemenin de gerekli olduğu düşüncesindeyiz. Ayrıca maddede şüpheliye yer verilmesi uygun görülmemektedir. Çünkü duruşmada kollukta verdiği ifadeyi kanunun deyişi ile “doğrulayan” kişinin sıfatı zaten şüpheli değil sanıktır.⁷⁸ Bu maddenin getirdiği delil yasağına aykırı bir şekilde kollukça müdafî hazır bulunmaksızın alınmış ve daha sonra mahkeme huzurunda sanık tarafından doğrulanmayan ifade üzerine hüküm kurulursa, bu hüküm kanuna aykırı bir delile dayandığından dolayı istinaf veya temyiz incelemesinde mutlak bozma sebebidir.⁷⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da öğretide “**mutlak delil yasağı**” olarak da adlandırılan bu baskın görüşü paylaşmaktadır.⁸⁰ Zira, yasak usuller ile elde edilen delile dayanılarak hüküm kurulamaz. Rıza ile verilmiş olsa da, yasak usullerle verilen ifadeler, kanunen delil sayılmamıştır (CMK m. 148, f. 3; m. 289, f. 1, b. h ve b. i).

Bu düzenleme ile, devlet ajanlarının çeşitli yasak yollarla şüpheli veya sanığı kendini suçlandırma riski altına sokmasını normatif olarak engellenmeye çalışılmıştır. Fakat belirtilmelidir ki susma hakkı kişiye kimliğini bildirmeme ve kimliği hakkında resmi mercilere yalan söyleme hakkını vermez. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür (CMK m. 147, f. 1, b. a). Susma hakkı sadece isnat olunan suç ve olaya ilişkin olarak tanınmış olduğundan dolayı, şüpheli veya sanığın kimliğine dair bilgiler konusunda geniş anlamda bir savunma veya dar anlamda susma hakkından bahsedilemez.⁸¹

Bizim de katıldığımız aksi görüş ise, her ne kadar şüpheli veya sanığın yükümlülüğü kimliğine ilişkin bilgileri doğru vermek olsa da kimliğe ilişkin bilgilerin verilmesinin gerçekte esasa ilişkin açıklama yapmak anlamına gelebilecek hallerde ve kendini suçlamak anlamına geldiği olaylarda istisna tanınması gereklidir.⁸² Zira böylesi durumlarda kolluk veya savcılık diğer araçlar ile kimlik tespit yapmak imkân ve kabiliyetine sahiptirler.⁸³

78 Toroslu/FeYZioğlu: s. 190.

79 Öztürk/Erdem/Sırma/Saygılar: s. 308, 316. Maalesef ki “[...]”Sanık hakkında birçok dava olup, kendisi bulunmamaktadır. İddianame tebliğ olunmuş vekili ile duruşmaya gelip savunmasını yapmıştır. Savunma hakkı kısıtlanmamış, sadece susma hakkı hatırlatılmamıştır. Bu husus da sonuca etkili değildir. CMUY.nın 135.maddesi savunmanın kısıtlanmamasını amaçlamaktadır. Bu amaç yerine getirilmiştir “[...]” şeklinde evrensel hukuk ve ceza muhakemesi normlarının tam zıddı şekilde karar verebilen hakimlerimiz mevcuttur. Bahsi geçen yerel mahkeme kararı ve bu husustaki Ceza Genel Kurulu kararı için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 1995/7-349, Karar: 1995/379, Tarih: 19. 12. 1995 (Corpus İçtihat ve Veri Bankası).

80 Öğretinin mutlak delil yasağı olarak kabul ettiği durumlar ile ilgili görüşe atıfta bulunan bir karar için bkz. (Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 2007/7-147, Karar: 2010/159, Tarih: 26. 06. 2007 [Corpus İçtihat ve Veri Bankası]).

81 Zafer: Faile Yardım Suçu ve Müdafîin Bu Suçtan Sorumluluğu, s. 281; Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 118. Bir görüşe göre “kimlik” ibaresi davet edilen, getirilen ya da yakalanan kişinin gerçekten kendisine karşı ceza muhakemesi süreci başlatılan kişi olup olmadığının belirlenmesi ile sınırlandırılarak, şüpheli veya sanığın kimliği hakkında doğru cevap verme zorunluluğu, kişinin hüviyetini gösteren belgede mevcut bilgilerin çerçevesinde kalınarak, bunun haricindeki bilgiler susma kapsamının içerisinde olduğu kabul edilmelidir (Koca: s. 174, 175).

82 Demirbaş: s. 2873.

83 Ibid.

Bu bağlamda, şüphelinin ve sanığın kimliği hakkında beyanda bulunması ve bu beyanın doğru olması kendisine yüklenilmiş bir ödevdir.⁸⁴ Şüpheli ve sanığa yüklenen bu ödevin amacı, ceza muhakemesi sisteminde hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan kişi ile savcı veya yargıç önüne gelenin aynı kişi olup olmadığının tespitidir.⁸⁵ Eğer aleyhinde ceza kovuşturması yürütülen şüpheli veya sanık ile huzurda kimliği saptanan kişi aynı kişi değil ise, huzura alınanın gerçek şüpheli veya sanıktan farklı kişi olduğu ortaya çıktığında artık bu şahsa karşı esasa ilişkin ifade alma işlemine başlanılamayacaktır.⁸⁶ Ancak şüphelinin kimliğine ilişkin hiçbir bilgi vermemesi ya da yanlış bilgi vermesi hallerinde, o şahsın ferdan aleyhinde ceza kovuşturması yürütülen kişi olduğunun belirlenmesi halinde esasa ilişkin ifade almaya başlanabilecektir.⁸⁷

Bu çerçevede kamu görevlisine görevle bağlantılı olarak sorulması halinde kimliği veya adresiyle ilgili bilgi vermekten kaçınma veya gerçeğe aykırı beyanda bulunma, bir kabahat olarak düzenlenmiş ve gerekirse bu kişinin gözaltına alınabileceği ve tutuklanabileceği öngörülmüştür (Kabahatler Kanunu m. 40, f. 1 ve f. 2). Kişinin kimliğinin belirlenmesi durumunda, bu nedenle gözaltına alınma veya tutuklanma haline derhal son verilir (Kabahatler Kanunu m. 40, f. 3).⁸⁸

Kunter'e göre şüpheli veya sanığın kimliği ile ilgili bilgiler dâhil olmak üzere her türlü soruya yalan cevap vermesi, söylenen yalan üçüncü kişileri etkilemedikçe suç sayılmamalıdır.⁸⁹ Şüpheli veya sanığın gerçeği söyleme mecburiyeti olmaması ve yalan söylemesinin bir yaptırıma bağlanmamış olması şüpheli/sanığa yalan söyleme hakkı vermemelidir.⁹⁰ Sırf yalan söyleme herhangi bir suçta vücut vermese de söylenen yalan beyanlar üçüncü kişileri etkiliyor ve iftira (TCK m. 267) gibi başka bir suç tipinin unsurlarını oluşturuyorsa şüpheli/sanığa bu konuda herhangi bir ayrıcalık tanınmayacağı açıktır.⁹¹

Ayrıca, Türk Ceza Kanunu resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan fiilini de

84 YURTCAN Erdener, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat", II. Cilt, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1988, s. 29; KUNTER Nurullah- YENİSEY Feridun-NUHOĞLU Ayşe, "Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku", Onaltıncı Baskı, Beta Basım A.Ş. (Yayın No: 1858, Hukuk Dizisi: 847), İstanbul, Ocak 2008, s. 500-501. CMK'da iddianamede bulunması gereken hususlardan birisi olarak düzenlenmiş olan "şüphelinin kimliği" tabirinin (CMK m. 170, f. 1, b. a), her türlü tereddüdü ortadan kaldırmak açısından "şüphelinin kimliği veya fert olarak bilinmesi" şeklinde değiştirilmelidir (Demirbaş: s. 2883).

85 Yurtcan: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat I, s. 644.

86 Demirbaş: s. 2875, 2876.

87 Ibid.

88 Anılan hüküm ile kişinin sırf konuşmuyor diye süreye ilişkin bir kısıtlama olmadan tutuklanabilmesi öğretide eleştirilmektedir (Ünver/Hakeri: Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 21).

89 Kunter: s.362. Aksi görüşte olan Erem şöyle demektedir: "Dava ciddi bir ameliyedir. 'Yalan'ın, 'Hile'nin yargıç huzurunda olunca bir çeşit muafiyetten faydalanması mantıksızdır. Bundan 'müdafaa hakkı'nın zarar göreceği düşünülemez. Zira yalan, hile, tasni 'savunma aracı' olamaz" (EREM Faruk, "Meslek Kuralları (Şerh)", TBB Yayınları, Sevinç Matbaası, İkinci Bası, Ankara 1973, s. 21). Erem, sanığın yalan söyleyebilmesi ile ilgili durumu da: "Diğer taraftan sanığa adeta 'yalan söylemek hakkı' (!) da tanınmıştır, zira sanığın yalanının cezalandırılmamıştır" cümlesi ile özetlemiştir (Erem: Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, s. 160). Ayrıca bkz. Gölcüklü: Sanığın Sorgusu ve Sevk Tarzı, s. 107 vd.; GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "Sanık Gerçeği Söylemeye Mecbur mudur?", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 4, 1954, s. 121 vd.

90 Şahin: s. 141, 142; Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 114-116.

91 Ibid.

bir suç olarak düzenlemiştir (TCK m. 206).⁹² Ancak, kişi işlediği suç nedeniyle kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla, başkasına ait kimliği veya kimlik bilgilerini kullanırsa iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılır (TCK m. 268).⁹³

Bazı durumlarda, şüpheli veya sanığın etkin pişmanlık hükümleri gibi bir takım yasal indirimlerden faydalanmasının önü susma hakkının kullanılması ile tıkanabilir.⁹⁴ Susma hakkının kullanımında uzlaşmaya tabi suçlar bağlamında da sanığın suçunu başlangıçta “ikrar” etmesi ön koşul olarak düzenlenilmiş olduğu unutulmamalıdır (CMK m. 253).⁹⁵ Ancak Yargıtay’ın sırf susma hakkı kullandığı için sanığın takdiri indirimden yararlanmamasını bozma sebebi saydığı kararları da mevcuttur.⁹⁶

Bunlara ek olarak susma hakkının kullanılması aleyhe delillerin çürütülebileceği ortamlarda kullanılmasının olayı aydınlatma imkânının kaybolmasına neden olabilir.⁹⁷ Çünkü susma veya kendini savunmaktan vazgeçme “**iki yanı da kesen bir kılıç**” olduğu için şüpheli ve sanığa birlikte pek çok dezavantajlarda getirebilir.⁹⁸ Bu nedenle, susma hakkı nerede ve ne zaman kullanılacağına çok doğru bir şekilde değerlendirilerek kullanılmalıdır. Bu hakkın her zaman müdafiyeye danışılarak kullanılmasının hakkın amacını doğru olarak gerçekleştireceği kanaatindeyiz.⁹⁹

92 Resmî belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır (TCK m. 206).

93 Zafer: Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, s. 282-283; Şahinkaya: s. 166; Ünver/Hakeri: Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 351; Erem: Meslek Kuralları [Şerh], s. 19.

94 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu: s. 836.

95 Ibid.

96 “[...] Susma hakkı bulunan sanığın, suçu inkar etmesinin, savunma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, suçunu inkar ettiği gerekçesi ile hakkında takdiri indirim nedeninin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi isabetsizliğinden bozulmuştur [...]” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 2010/8-41, Karar: 2010/59, Tarih: 23. 03. 2010, [Corpus İçtihat ve Veri Bankası]). “[...] Susma hakkı bulunan sanıkların suçlarını ikrar etmediklerine ilişkin yasal olmayan gerekçe ile TCY.nın 59. maddesinin uygulanmaması [...]” gibi benzer mahiyetteki karar incelemeler krş. Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 2001/4-277, Karar: 2001/280, Tarih: 04. 12. 2001 (id.); Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 2002/4-36, Karar: 2002/159, Tarih: 05. 02. 2002 (id.). Bu konuda paralel ceza dairesi kararları için bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesi Kararı, Esas: 2004/7551, Karar: 2005/1952, Tarih: 23. 03. 2005 [Corpus İçtihat ve Veri Bankası]; (Yargıtay 3. Ceza Dairesi Kararı, Esas: 2004/13031, Karar: 2005/3056, Tarih: 18. 04. 2005 [Corpus İçtihat ve Veri Bankası]).

97 Yurtcan: CMK Avukatının ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı, s. 30.

98 Şahin: s. 139; Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 124; Şahin: İkrar ve Savunma Hakkı, s. 138.

99 Şüpheli veya sanığa, müdafinin susma hakkının kullanılmasını “telkin” edip edemeyeceği hususunda Erem suz tespiti yapmaktadır: “Sanığın ‘susma hakkı’ vardır. Bu hakkını kullanmasını telkin etmeğe avukat yetkili midir? Susmanın sanık aleyhine sonuç verdiği bir davada avukatın zor duruma düşmesi mümkündür. Alman Yargıtay’ı bir kararında avukatın böyle bir telkinde bulunabileceğine, diğer bir kararında bunu bazı koşullarla ve istisnai olarak yapabileceğine, karar vermiştir” (Erem: Meslek Kuralları [Şerh], s. 33, 34). Bu konuda öğretilde susma hakkı konusunda aydınlatmayı yapan görevlinin aynı zamanda susma hakkının sakıncalarını da bildirebileceği şeklinde bir görüş de ileri sürülmüştür (Koca: s. 186). Bu konuda Amerikan hukukunun yaptığı yorumun ülkemiz hukuk için de ilham verici olacağını düşünüyoruz. Amerikan Yüksek Mahkemesi, ünlü Miranda kararında, “müdafinin şüpheliye polise konuşmamasını tavsiye edebileceğine [...] veya dilerse müdafinin polislin ifade alma işlemi esnasında şüpheli ile birlikte hazır olabileceğine” hükmettikten sonra “anılan bu hususları gerçekleştirerek müdafinin sadece kendisine öğretilmiş bulunan doğru mesleki

Gerektiği durumlarda her ne kadar şüphelinin susma hakkını kullanmaktan vazgeçtiği hususunda kesin bir ispat aranmasa da iddia makamının her olay için ayrı bir şekilde sıkı ispat kurallarına bağlı olmadan makul bir açıklama ile şüphelinin bu hakkı anlamış olduğunu ve varlığını anladığı bu hakkı kullanmaktan kendi özgür iradesi ile vazgeçtiğini ortaya koyması (*proponderence of evidence*) lazımdır.¹⁰⁰

Şüpheliye gerek yakalamada, gerek tutuklama, gerekse şüpheli ile ilgili olarak yapılan ilk usul hukuku işlemi esnasında, öncelikle ve ivedilikle hakları savcı veya kolluk görevlileri tarafından muhakkak öğretilmelidir.¹⁰¹ Bu öğretme hatırlatma ve hatta açıklama şeklinde yapılmalıdır. Şüpheli veya sanık, susma hakkını kullanırsa bu durum mutlaka tutanağa geçirilmelidir.¹⁰²

Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir (CMK m. 217, f. 2). Bu hükmün genel mantığından dolayı, hâkim delilleri takdir ederken şüpheli ya da sanığa hakları bildirilmeksizin alınan ifade ya da bu ifadeye dayanarak elde edilen ve sanığın suçluluğunu ortaya koyan deliller, hukuka aykırı şekilde elde edilmiş sayılacak ve delil değerlendirme yasağının kapsamında değerlendirilecek yani kullanılmayacaktır.¹⁰³ Yargıtay'ın bu konuda istikrarlı uygulamaları vardır.¹⁰⁴

muhakemeyi uygulamış olacağını belirtmiştir” (“An attorney may advise his client not to talk to police [...] or he may wish to be present with his client during any police questioning. In doing so an attorney is merely exercising the good professional judgment he has been taught” (Miranda v. Arizona (384 U.S. 436 [1966], s. 480). Kararda açıkça görüldüğü üzere Amerikan Yüksek Mahkemesi, müdafinin savunmasını üstlendiği kişiye konuşmamasını yani susma hakkını kullanmasını tavsiye etmesini kendisine öğretilen mesleki bilgilerin doğru olarak uygulanması olarak bile değil, bizatihi doğru mesleki bilgilerin uygulanması olarak görmektedir. Yani Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne göre Amerikan hukuk sisteminde müdafinin şüpheliye konuşmamasını tavsiye etmesi zaten var olan bir olgudur ve bu bilgi doğru mesleki muhakeme olarak da öğretilmektedir. Doğru bir şekilde öğretilen ve zaten var olan bir olgunun uygulanması ise, zaten ilk andan itibaren doğrudur ve haliyle müdafinin şüpheliye susma hakkını kullanmayı tavsiye etmesinde herhangi bir hukuka aykırılık yoktur.

Hukuk sistemimizde ise müdafinin şüpheli veya sanığa susma hakkının kullanıp kullanmamasını telkin yahut tavsiye etmesini yasaklayan herhangi bir normatif düzenleme yoktur. Hal böyle iken, bizce, her durumun özelliğini kendi içerisinde değerlendirdikten sonra, eğer lazım geliyorsa, müdafinin şüpheli veya sanığa müdafinin susma hakkı kullanmasını açıklayarak tavsiye etmesi, savunma görevinin gereğince icrası için çok önemli bir faaliyettir.

100 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu: s. 838.

101 Yenisey: Hazırlık Soruşturması ve Polis, s. 59.

102 Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 1995/6-238, Karar: 1995/305; Tarih: 24. 10. 1995 [Kazancı Bilişim-İçtihat ve Bilgi Bankası]. Ayrıca bkz. Erem: Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, s. 159.

103 Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 223, 224.

104 “[...] sanığa yargılamanın hiçbir aşamasında CMUK'nun 3842 sayılı Yasa ile değişik 135. maddesinde (CMK m. 147) yer alan hakları hatırlanmamıştır. Bu durumda, sanık yüklenen suçtan dolayı CMUK'nun 3842 sayılı Yasa ile değişik 135. maddesi (CMK m. 147) uyarınca sorguya çekilmeli, bu madde ile tanınan savunmaya ilişkin bulunan hakları hatırlatılmalı, bu husus tutanağa geçirilmeli, sonra karar verilmelidir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 1995/6-238, Karar: 1995/305; Tarih: 24. 10. 1995) [Kazancı Bilişim-İçtihat ve Bilgi Bankası].

“Duruşma, sanığın kimliğinin saptanması, iddianame okunduktan sonra CMUK'nun 135. maddesine (CMK m. 147) göre sorguya çekilmesi ile başlar. Usulüne uygun sorgu sırasında, sanığın hangi haklarını kullanacağı ve hangi delilleri sunacağı, savunmasında neler getireceği önceden bilinemeyeceğinden, esasa girilmeksizin hükmün öncelikle ve sair yönleri incelenmeksizin CMUK. 135'e (CMK m. 147) uygun olmaması nedeniyle bozulmasına karar verilmelidir” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 1995/6-163, Karar: 1996/66;

V. SONUÇ

Latinlerin “**Audi, tace, vide; Si vis vivere in pace**”¹⁰⁵ yani “**Barış içerisinde yaşamak istiyorsan, duy, gör ve sus**”, ya da Anadolu’da kullanılan benzer anlamlı “**Söz gümüş ise, Sükut altındır**” özdeyişleri “**ketumiyet**” yani “**sır tutma**” veya “**ağzı sıkılık**” kabiliyetinin bir erdem olarak öneminin altını çizmek için kullanılan iki farklı kültürün ilerideki kuşaklara bıraktıkları hazine değerindeki nasihatlerdir.

Genel olarak inancımız, insanlığın manevi açıdan gelişmesi, toplumsal yardımlaşmanın ve bilgi paylaşımının artmasına bağlıdır. Herkesin, duyup, gördüğü ama gerekli olduğu ortamlarda dahi bilgisini paylaşmadığı yani konuşmadığı ortamların doğal sonucu olarak, insanları birbirlerine güvenmediği ve adeta paranoyak bir ruh halatine girmiş bireylerden oluşmuş bir yığın ortaya çıkar. Bu yığına da sosyolojik anlamda sağlıklı bir “toplum” adını vermek gerçeğe pek uygun düşmez. Bu yüzden yukarıdaki “sessiz kalma” ile ilgili özdeyişlere bakış açımız her zaman için değil, sadece gerekli hallerde ve “**oyun teorisi**”¹⁰⁶ neticesinde uygulanacak belirli durumlar ile sınırlıdır.

“Susma” kavramına yukarıdaki genel yaklaşımımız, ceza muhakemesi sistemi içerisinde de elbette geçerlidir. Zira ceza yargılamasının amacı olan maddi gerçeğe, ancak ve ancak, süjelerin konuşması, dava konusu cezai uyumsuzluk ile ilgili kendilerinde var olan bilgileri paylaşması, iddia ve savunma açısından karanlığa ışık tutacak beyanlarda bulunması, bunu sağlayacak deliller ikame etmesi ile ulaşılabileceği kesin kanaatindeyiz.

Dolayısıyla ve çoğunlukla, şüpheli ve sanık açısından susmamak ve konuşmak, hem tüm ceza yargılamasının hedefini gerçekleştirmesi amacına ve hem de bu kişilerin kendilerini temize çıkarmak veya hak ettiklerinden fazla yahut da az ceza almamalarına yönelik bir mantıki gerekliliktir.

Ancak, şüpheli ya da sanık açısından bu genel kuralın aksine davranmasını gerektirecek ortamlar doğabilir. Fiziksel ya da ruhi olarak uğramış olduğu zarardan dolayı vereceği ifade ile maddi gerçeğin ortaya çıkmasını zorlaştıracak, veya soruşturma makamlarına olayı içinde bulunulan sağlık yahut da başka sebeplerden dolayı ihmalen ya da icraen olduğundan farklı bir şekilde aktaracak şüphelilerin, kendilerini toplama süreçleri esnasında susma haklarını kullanmalarının oldukça uygun bir davranış olacağı düşüncesindeyiz.

Yine örgüt suçları gibi, çok sanıklı ve halk deyişi ile adeta “at izi ile, it izinin birbirine karıştığı” yani doğru ile yanlış arasındaki farkı ayırt etmenin çok zor olduğu hacimli soruşturma dosyalarında, susma hakkının durumun gerekliliğine göre kullanılmasının, savunmayı kendini sonradan iddia ve yargılama makamları karşısında zor durumlara düşmesinin önleyici bir rol oynayabileceği inkar edilemez.

Tarih: 26. 03. 1996) [Kazancı Bilişim-İçtihat ve Bilgi Bankası].

105 [ing.]“Hear, see, be silent, if you wish to live (in peace)”

106 Wikipedia’da uygulamalı matematiğin, sosyal bilimler alanında uygulanması olan ve bireyin, başarısının diğerlerinin seçimlerine dayalı olduğu seçimler yapmasını gerektirdiği bir takım stratejik durumların matematiksel olarak davranış biçimlerini yakalamaya çalışan dalı olarak tanımlanan “Oyun Kuramı” (Oyun Teorisi) ile ([http://tr.wikipedia.org/wiki/Oyun_kuram%C4%B1]-Erişim Tarihi: 02. 04. 2011) ilgili bilgi için bkz. BAIRD Douglas G.-GERTNER Robert H.-PICKER Randal C., “Game Theory & The Law”, First Harvard University Press, Paperback Edition, Sixth Printing, 2003. Ayrıca krş. WEBB James N., “Game Theory: Decisions, Interaction & Evolution”, Springer-Verlag London Limited, 2007; FUDENBERG Drew-TIROLE Jean, “Game Theory”, Massacchussets InSTITUTE of Technology, 1991; MYERSON Roger B., “Game Thory: Analysis of Conflict”, First Harvard University Press, Paperback Edition, 1997.

Elbette ki şüphelinin veya sanığın susma hakkının kullanıp kullanmayacağına karar vermesi; eğer kullanacak ise, hangi tip susma hakkının [kısmi, tam, geçici] kullanılacağına karar vermesi için “tecrübeli” bir müdafinin yardımından yararlanması şarttır (susma türleri için bkz. Bölüm III/C). Ameliyatta doğru noktaya kullanılacak neşterin hayat kurtarıcı rol oynaması gibi doğru zamanda ve uygun ölçekte kullanılacak susma hakkının haksız tutuklamalara ve mahkumiyetleri engelleyici rol oynayacağı; ayrıca susma hakkının maddi gerçeğim ortaya çıkmasını engelleyici bir rolünün bulunmadığını bilimsel olarak ortaya koyan Amerikalı ve İsraili birer ekonomist ve hukukçu bilim adamları olan Prof. Dr. Daniel J. SEIDMANN ve Prof. Dr. iur. Alex Stein’in şaheser “analiz”¹⁰⁷ inde ortaya konulduğu gibi “**muhakkak**”tır.

Amerikan Anayasası’nın Beşinci Değişikliği’nin tanıdığı olduğu susma hakkının ve Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin susma hakkına dair 1966 yılında yapmış olduğu *Miranda v. Arizona* davasındaki mükemmel yorumunun yine Yüksek Mahkemesi tarafından *Dickerson v. United States* kararı ile tehlikeye düşürüldüğü düşüncesinde olan Prof. Dr. SEIDMANN ve Prof. Dr. iur. STEIN oyun teorisi temelinde yapmış oldukları bilimsel analizler ile Amerikan Yüksel Mahkemesi’nin susma hakkını kısıtlayıcı kararlarının yanlışlığını ortaya koymuşlardır. Zaten bu yüzden de anılan makalelerinin Amerika’nın en prestijli hukuk dergilerinden birisi olan “**Harvard Law Review**” da başlığını da Amerikan Yüksek Mahkemesi’ne mesaj verecek şekilde oldukça manidar bir biçimde “**Susma Hakkı Masumlara Yardım Ediyor: Beşinci Anayasal Değişikliğin Getirdiği Ayrıcalıkların Oyun Teorisine Göre Analizi**” koyarak susma hakkının şüpheli ve sanık hakları açısından önemini ortaya koymuşlardır.

Anılan iki akademisyen Amerikan ve İngiliz sistemlerinde son zamanlarda ortaya çıkan susma hakkını sınırlandırıcı hukuki yaklaşımların hedeflenen ikrar oranlarını arttırıcı ve mahkumiyet oranlarını arttırma amacının tam aksi bir netice doğurduğunu şu şekilde ortaya koymuşlardır:

“Susma hakkı, mahkumiyetin her türlü şüpheden uzak bir şekilde ortaya konularak ispat edilmesinin gerekli olduğu hukuk sistemlerinde işe yarar. ‘**Suçlu şüpheliler**’ (*guilty suspects*), mahkeme sorgusunda ya da polis in ifade alma sürecinde söyledikleri yalanların çürütülebilir olmasından dolayı; susma hakkını kullanma yöntemini tercih etmektedirler. Halbuki, sessiz kalma yani susma hakkı kullanımının, ‘**suçlu bir sanığa**’ (*guilty defendant*) makul şüphe temeline dayanan bir beraat kazandırabilme ihtimali mevcuttur.

Bizim savımız, *Miranda*’nın geçersiz kılınmasının, itiraf oranlarını önemi bir ölçüde etkilemeden, hem suçlu ve hem de masum sanıklar arasında mahkumiyet oranını arttıracakını göstermektedir. *Miranda* savunucuları, susma hakkının, itiraf etmeyi etkilemediğini ileri sürerlerken; *Miranda* eleştirmenleri, bu hakkın suçlu şüphelilerin ikrarda bulunma güdüsünü azalttığı için mahkumiyet oranlarını azalttığı düşüncesindedirler.

Bu yüzden, bizim ortaya koyduğumuz yaklaşım, deneysel bulgular ile *Miranda*’nın mahkumiyet oranlarını azalttığı ve susma hakkını aşındıran son dönem İngiliz yasal düzenlemelerinin, kişileri temize çıkartıcı beyanların sayısını arttırırken, ikrar oranlarının önemli ölçüde değişmediğini

107 Oyun teorisinin, susma hakkının kullanılabilceği durumlara karar verilebilmesi için kullanılması hakkında derinlemesine bir araştırma için bkz. SEIDMANN Daniel J. – STEIN Alex, “The Right to Silence Helps The Innocent: A Game-Theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege”, 114 Harv. L. Rev. 430, December, 2000, s. 430-510.

benzersiz bir biçimde açıklamaktadır.”¹⁰⁸

Ülkemiz açısından ise maddi gerçeğin ortaya genel olarak susma hakkını kullanmak isteyen şüphelinin kolluktan derhal savcılığa sevk edilmesi gerekirken, uygulamada, maalesef ki karakolda kolluk görevlileri tarafından kasten veya ihmalen bekletilerek konuşmak istemeyen şüpheliye adeta psikolojik baskı yapılmaktadır. Hatta bu baskı müdafî huzurunda bile sürdürülmeye çalışılmaktadır. Bu durumun gereğinin yerine getirildiğini, yani susma hakkını kullanmak isteyen şüphelinin bekletilmeden kolluktan savcılığa sevk edilmesi faaliyetini müdafî takip ve kontrol etmelidir. Kolluğun bu hukuk dışı tutumuna asla izin vermemelidir.

Zira, susma hakkının şüpheli veya sanık bakımından ifade ettiği anlam bırakınız kolluğu, bazı hakim ve savcılarımız tarafından da kavranamamıştır. Susma hakkını kullanmak istiyorum diyen şüphelinin bu beyanını ifade tutanağına geçirmek istemeyen, ya da geçirse de ifade alma işlemine sanki şüpheli tarafından susma hakkı kullanımına başvurulmamış gibi şüpheliye sorular sormaya devam edilmektedir. Buradaki amaç, elbetteki şüpheliyi bezdirerek konuşturmak ve şüpheliden kendisini itham edici beyanlarda bulunmasını sağlamaktır. Halbuki birer hukuk adamı olduklarını asla unutmaması gereken savcılar ve hakimler susma hakkını ihlal edici bu davranışları ile bizatihi görev yaparken bağlı oldukları, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde somutlaşmış evrensel hukuk ilkelerini ihlal etmektedirler (bkz. Bölüm I, Bölüm III/C) ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili düzenlemelerini ihlal etmektedirler (bkz. Bölüm III). Bunun yanında gözden asla kaçırılmaması gereken husus, bu şekilde alınan ifade ve sorgulamalardan elde edilen bilgilerin, kanunsuz yollarla elde edilmiş sayılacağı ve bu yüzden de delil niteliğini de taşımayacağı; bu bilgilerin hükümde kullanılamayacağıdır.

Zira, cumhuriyet savcısını ve askeri savcının görevi sadece şüphelinin aleyhine değil; lehine hususların da ileri sürülmesini sağlamak, şüphelinin ifade hürriyetini korumak, şüphelinin veya sanığın lehine delilleri toplamak; kısacası şüpheli ve sanığın lehine de olacak şekilde objektif bir biçimde davranmaktır (bkz. CMK m. 147, f. 1, b. f; m. 160, f. 2; m. 170, f. 5; m. 260, f. 3; m. 265; m. 266, f. 1 vb. maddeler). Halbuki bir kısım savcılarımız, kanunun kendilerine yüklediği bu ödevi görmezden gelmekte ve tamamı ile şüpheli aleyhinde çalışmakta; hile, tehdit, korkutma gibi yöntemler ile ifade almaya çalışmaktadırlar.

Evrensel Hukuk'un ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun gerekliliklerini bu derece göz ardı eden iddia makamını işgal eden böylesi yanlış davranışlar sergileyen kişilerin, bu hukuka aykırılıkları kullanarak elde ettikleri bilgilerin ceza yargılamasında bir geçerliliği olmayacağı hakikati bir yana, bu kişilerin kamu gücünü suiistimal ettiklerini de hatırlatmak isteriz. Bu yüzden de kolluk veya savcılık tarafından, maddi gerçeği ortaya çıkaracak yöntemlerin, hukuk sistemi ile çatışmayan uygulamalar olması ve bu uygulamaların kontrol edilmesi çok önemlidir.

Zira insanların hürriyetleri, kamu gücünü suiistimal eden savcı, polis ya da jandarma sıfatı taşıyan tüm görevlilerin ayrıcalıklı davranma sevdalarından veya “**hikmet-i hükümet**” mantığı ile hareket ederek kendilerini hukukun değil de keyfilikğin uzantısıymış gibi hissetmelerinden çok daha fazla önemlidir. Çünkü, adalete olan güvenin sarsılmaması,

108 Seidmann/Stein: s. 503.

bir suçlunun ceza almadan serbest kalmasından ya da hak ettiği kadar az ceza almasından, yani aslında ceza yargılamasına dair her şeyden çok daha önemlidir.

İşte tam bu nedenle, müdafinin varlığı önem kazanmaktadır. Çünkü, bizce, müdafinin, ceza muhakemesinde savcı ve kolluğun hukuka aykırı davranışlarını engelleyici bir denge unsurudur. Çünkü, müdafinin sadece ceza yargılamasının üç ayağından birisi değil, halkın ve hakkın dilidir. Müdafinin, aslında, toplum vicdanının ceza yargılamasına yansımalarıdır. Bundan dolayı da, susma hakkının veya diğer şüpheli ya da sanık haklarının kullanımında müdafinin göstereceği çabanın sanık veya şüpheli bakımından olduğu kadar, ceza muhakemesinin amacının sağlanması ve soruşturmanın uzamasını önleme bakımından da önemi asla inkar edilemez. Demokrasinin ve hukuk devleti ilkelerinin ihlalini de önleyerek çağdaş ve evrensel insan haklarının gelişmesine de yardımcı olur. Verilecek kararların vicdanla, adaletle, merhametle ve hatta infafla verilmesini sağlayarak ülkede yargıya olan güveni de güçlendirir.

Elbette, bu şekilde ceza muhakemesinde iddia makamı karşısında denge sağlayacak müdafinin nitelik sorununun çözülmesi gereklidir.¹⁰⁹ Çünkü, ancak nitelikli ve tecrübeli bir müdafinin, şüpheli ve sanığın kolluk ya da savcı tarafından hukuka aykırı şekilde ifade alınmasının ya da susma hakkının ihlal edilmemesinin veya susma hakkının doğru yerde ve zamanda kullanılmasının güvencesi olacaktır.

Ayrıca, bizce, İçişleri Bakanlığı ve Adalet Bakanlığı ortak projeler ile kolluk görevlilerine bu konuda yoğun meslek içi eğitimler vermelidir. Disiplin ve cezai sorumluluklarla sonuçlanabilecek kolluk görevlilerinin bu şekildeki hukuk aykırı davranışları sıkı kontroller ile denetlenmeli ve düzeltilmelidir. Aksi takdirde susma hakkının kanunen tanınmış olması pek bir anlam ifade etmeyecektir. Çünkü, şüpheli, susma hakkını kullandığında yine ilgili kolluk biriminde veya karakolda gereksiz yere bekletilerek kanun ihlal edilmekte ve şüpheli manevi tazyik altında bırakılmaktadır. Zira, örneğin hayatında karakola hiç işi düşmemiş bir şüpheli için karakolda geçirilecek bir saniye fazla vakit dahi, eşyanın tabiatı gereği, şüpheliye ızdırap verici olacaktır. Dolayısıyla, soruşturma evresinde kollukta susma hakkını kullanan şüpheli, kolluk tarafından bu hususun ifade tutanağına geçirilmesi ile şüphelinin derhal savcılığa sevkini ile sonuçlanmalıdır. Böylelikle, kollukta sessiz kalan şüphelinin soruşturma işlemleri savcılık tarafından takip edilmelidir.

Şüphelinin savcılıkta da susma hakkını kullanıp kullanmayacağı ise kendi inisiyatifinde olan bir konudur. Müdafinin şüpheliye bu konuda karar verirken bir savunma stratejisi içerisinde tavsiyelerde bulunarak yardımcı olması, yukarıda açıklandığı üzere, savunma mesleğinin bizatihi gereklerindedir. Eğer şüpheli savcılıkta da susma hakkını kullanmaya karar verirse, savcılık da bu hususu ifade tutanağına geçirdikten sonra, şüpheliden ifade alma yönünde herhangi bir zorlama yapmadan yani şüpheliyi artık soruşturma evresinin dışında tutarak ceza yargılaması sisteminin kendisine yüklediği görevi yerine getirmelidir. Yine burada gözden kaçırılmaması gereken husus, susma hakkı kullanan şüphelinin susmasından şüpheli aleyhine ne soruşturma ve ne de kovuşturma makamlarının herhangi bir anlam çıkarmalarının yasak olmasıdır. Aksi takdirde, susmasından şüpheli aleyhine eğer yorum yapılabilecek olsaydı, CMK'da susma hakkının öngörülmesinin bir anlamı

109 Müdafinin nitelik sorunu ve bununla ilgili çözüm önerileri için bkz. KOCAOĞLU S. Sinan, "Müdafinin", Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.

kalmazdı.

Belirtmeliyiz ki, susma hakkı başta olmak üzere pek çok şüpheli ve sanık hakkının anavatanı olan İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nin bu hakları kısıtlayıcı mahiyet-teki yasak düzenlemeleri ya da yargı kararları, ülkemiz hukuk sistemi için ithal edilmesi gereken bir örnek olarak ele alınmamalıdır. Zira, gelişmekte olan bir ülke olarak kabul edilen Türkiye'nin, gelişmiş ülkelerin yanlış örneklerini örnek alması değil, bilakis bu örneklerden dersler çıkararak, yasaların yanlış uygulamasından daha fazla kaçınması gerekir.

AİHM kararları da dahil olmak üzere, yabancı ülke hukuk sistemlerinin yasal düzenlemeleri ile yargısal ve ilmi içtihatları, ülkemiz için sadece ulaşmamız gereken asgari bir standart göstergesidir. Susma hakkı başta olmak üzere savunma hakkının içerisine giren bütün konular ve diğer insan hakları meselelerinde mukayeseli hukukun çizeceği bu sınır, bizim “tavan”ımız değil, ancak “taban”ımız olmalıdır. Çünkü atalarımızın dediği gibi “Su-i misal, misal teşkil etmez!”.

Bu nedenle, uygulamada ülkemizde görülmüş olduğu gibi, çoğu zaman sindirilmiş, korkutulmuş, üzerinde oto sansür uygulanan bir müdafilik sisteminden kurtulacak düzenlemeler yapılmalıdır. Savcı, müdafî eşitliği duruşma salonunda da sağlanmalıdır. Son yıllarda Türkiye’de verilmekte olan hukuk, özgürlük, demokrasi ve temel insan haklarının ihlal edilmesine engel olma mücadelesi, sözde değil özde uygulamalar ile hayata geçirilmelidir.

Bir yanda hukuk kurallarını uygulamayan, evrensel ve çağdaş yargılama ilkelerini, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile, AİHS ve AİHM kararlarına uymayanlar, yasaları keyfince ve tarafsızlık ilkelerine aykırı biçimde uygulamaktan kaçınmayanlar; öte yanda demokrasi, hukuk devleti ve hukuka saygı isteyen vatandaşlar ve savunmanların mücadelesi sürmektedir.

Demokrasi, özgürlük, hukuk ve adalet mücadelesinin kazanılması, her şeyden önce adil yargılanma hakkına riayet etmeyen, taraflı, kamu vicdanında kabul görmeyen, keyfi, hukuk dışı, hissi kararlar vermekten vazgeçmek ile olur.

Susma hakkı gibi savunmanın özgür faaliyetlerini engelleyerek, toplumda korku yaratmanın gelecekte oluşturacağı “baskı” kadar hiçbir şey tehlikeli olamaz. Sonuçta, adalet “küçük sineklerin takılıp kaldığı, eşek arılarının ise delip geçtiği bir örümcek ağı” olmamalıdır.

KAYNAKÇA

American Bar Association Section of Antitrust Law, "The Right Against Self-Incrimination in Civil Litigation", Publisher: American Bar Association, Chicago, Illinois, 2001.

AYDIN Çağrı K., "Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 23, Sayı: 91, Kasım-Aralık 2010, Ankara, s. 146-180.

Black's Law Dictionary, Sixth Edition [Centennial Edition: 1881-1991], Editor: BLACK Henry Campbell, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, USA, 1990.

BAIRD Douglas G.-GERTNER Robert H.-PICKER Randal C., "Game Theory & The Law", First Harvard University Press, Paperback Edition, Sixth Printing, 2003.

CARLEN Pat, "Radical Issues in Criminology", Barnes & Noble, New Jersey, 1980, s. 49.

Criminal Justice and Public Order Act of 1994'ün elektronik formattaki hali için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents> (Erişim Tarihi: 07. 09. 2010).

ÇOLAK Haluk, "Ceza Yargılaması Hukukunda Çapraz Sorgu-Cross Examination", Bilge Yayınevi, 2. Bası, Ankara, 2007.

DAUGHTREY Clinton M., "You Only Get What You Pay For? The Current Status of Malpractice Immunity For Indigent Defense Counsel", The Journal of the Legal Profession, 23 J. Legal Prof. 293 1999, s. 293-302.

DEMİRBAŞ Timur, "Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesi Alınması ve Müdafilik", Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, İstanbul, Ağustos 2005, s. 2871-2883.

DONAY Süheyl, "İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku", İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2955, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 647, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

DÖNMEZ Burcu Denmen, "Ceza Muhakemesinde Çapraz Sorgu", Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

EREM Faruk, "Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku", Işın Yayıncılık, Altıncı Baskı, Ankara 1986.

EREM Faruk, "Meslek Kuralları (Şerh)", TBB Yayınları, Sevinç Matbaası, İkinci Bası, Ankara 1973.

ESER Albin, "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu", Çeviren: CENTEL Nur, Yargıtay Dergisi, Sayı: 16, s. 313-338.

FEYZİOĞLU Metin, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 19, Sayı: 62, Ocak/Şubat, Ankara, 2006, s. 27-61.

FUDENBERG Drew-TIROLE Jean, "Game Theory", Massachusetts Institute of Technology, 1991

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "Sanık Gerçeği Söylemeye Mecbur mudur?", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 4, 1954, s. 121-146. Ayrıca makalenin elektronik formattaki hali için bkz. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/367/3882.pdf> (Erişim Tarihi: 23 Mart 2009).

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "Sanığın Sorgusu ve Sevk Tarzı", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, Akıncı Matbaa, Haziran 1955, s. 105-128. Ayrıca makalenin elektronik formattaki hali için bkz. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/361/3792.pdf> (Erişim Tarihi: 23 Mart 2009).

GRAY Stephen, "Criminal Laws: Northern Territory", Federation Press, Sydney, 2004.

GUDJONSSON Gisli H., "The Psychology of Interrogations and Confessions: A Handbook", John Wiley & Sons Ltd. West Sussex, United Kingdom, 2003.

HAFIZOĞULLARI Zeki, "Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı". Bu makalenin elektronik formattaki hali için bkz. www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/ifade%20hurriyeti.doc (Erişim Tarihi: 06. 10. 2010).

INGRAM Jefferson, "Criminal Procedure-Theory and Practice", 1st Edition, Pearson Prentice Hall, New Jersey, 2005.

KARAOSMANOĞLU Fatih, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Avukatın Gözaltı Birimine Gelmesi ve Hukuksal Yardım Hakkı: Türkiye-İngiltere Örnekleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, Sayı: 3, Yıl: 2003, Ankara, s. 177-197.

KOCA Mahmut, "Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1998.

KOCAOĞLU S. Sinan, "Müdafi", Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.

KOCAOĞLU S. Sinan, "Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde Silahların Eşitliği İlkesini Gerçekleştirebilmek İçin Bir Reform Önerisi (Amerika Birleşik Devletleri Ceza Muhakemesi Sistemine Savunma ve Müdafi Perspektifinden Mukayeseli Bir Bakış)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 23, Sayı: 92, Yıl: 23, Ocak/Subat 2011, sf. 238-286. Bu makale, yukarıdaki atfa referans ile aynı başlık altında "Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 2010/4, s. 209-249"de de yayımlanmıştır.

KOCAOĞLU Ali Mehmet-KOCAOĞLU Serhat Sinan, "İnsan Hak ve Özgürlüklerinin Uluslararası Korunması", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sayı: 3, Yaz 2007, s. 105-128.

KUNTER Nurullah-YENİSEY Feridun-NUHOĞLU Ayşe, "Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku", Onaltıncı Baskı, Beta Basım A.Ş (Yayın No: 1858, Hukuk Dizisi: 847), İstanbul, Ocak 2008.

KUNTER Nurullah, "Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku", 7. Bası, Kazancı Matbaacılık Sanayi, İstanbul, 1981.

MAHMUTOĞLU Fatih Selami-DURSUN Selman, "Müdafiin Yasaklılık Halleri", Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.

MCBARNET Doreen, "The Royal Commission and the Judges' Rules", *British Journal on Law & Society*, Volume: 8, Number: 1, Summer 1981, s. 109-117.

MYERSON Roger B., "Game Theory: Analysis of Conflict", First Harvard University Press, Paperback Edition, 1997.

ÖZTÜRK Bahri-ERDEM Mustafa R.- ÖZGE Sırma-SAYGILAR Yasemin F., "Ceza Muhakemesi Hukuku-Temel Bilgiler", Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Yenilenmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

PATTENDEN Rosemary, "English Criminal Appeals, 1844-1944: Appeals Against Conviction and Sentence in England and Wales", *Oxford Monographs on Criminal Law & Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

Police & Criminal Evidence Act of 1984'ün elektronik formattaki hali için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/1> (Erişim Tarihi: 09. 09. 2010).

RAMAGE Sally, "Fraud and the Serious Fraud Office: Fraud Law: Book Two", iUniverse, Lincoln, Nebraska, 2005

SARIGÜL Ali Tanju, "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf", Bilge Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Ocak 2009.

SEIDMANN Daniel J. – STEIN Alex, "The Right to Silence Helps The Innocent: A Game-Theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege", 114 *Harv. L. Rev.* 430, December, 2000, , s. 430-510. Aynı makalenin elektronik formattaki hali için bkz. <http://professoralexstein.com/images/SILENCE.pdf> (Erişim Tarihi: 01. 04. 2011).

SEVİĞ Vasfi Raşit, "X uncu Aşırından Günümüze Kadar Ceza Muhakemeleri Usulü ve Gelişmesi", *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 3, 1956, s. 276-343. Ayrıca makalenin elektronik formattaki hali için bkz. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/332/3369.pdf> (Erişim Tarihi: 23 Mart 2009).

SLAPPER Gary-KELLY David, "The English Legal System", Cavendish Publishing Limited, Fifth Edition, London, United Kingdom, 2001.

Specimen Directive of the Judicial Studies Board-Crown Court Bench Book, June 2007, m. 39-42. Bu direktifin elektronik formattaki hali için bkz. http://www.jsboard.co.uk/criminal_law/cbb/index.htm (Erişim Tarihi: 07. 09. 2010).

SULLIVAN G. R., "The Particularity of Serious Fraud", "Criminal Justice & Human Rights: Reshaping the Criminal Justice System, Fraud and the Criminal Law, Freedom of Expression", Editor: Peter Birks, Volume I, Oxford University Press, 1995, s. 99-109.

ŞAHİN Cumhur, "Ceza Muhakemesi Hukuku-I", Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

ŞAHİN Cumhur, "İkrar ve Savunma Hakkı", *Ceza Hukuku Reformu, Umur Vakfı Yayınları*, Beta Basım A.Ş., Birinci Bası, İstanbul, 2001, s. 131-146.

ŞAHİN Cumhur, "Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması", *Yetkin Yayınları*, Ankara, 1994.

ŞAHİNKAYA Yalçın, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi", Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.

TOROSLU Nevzat-FEYZİOĞLU Metin, "Ceza Muhakemesi Hukuku", Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara, 2006.

TOSUN Öztekin, "Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım", *İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1608-Hukuk Fakültesi Yayınları No: 353*, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti, İstanbul, 1971.

TURHAN Faruk, "Ceza Muhakemesi Hukuku", Asil Yayın Dağıtım Ltd.Şti, Ankara, 2006.

ÜNVER Yener, "Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 1, Sayı: 2, Ankara, Aralık 2006, s. 103-207.

ÜNVER Yener-HAKERİ Hakan, "Ceza Muhakemesi Hukuku", Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

ÜNVER Yener-HAKERİ Hakan, "Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku", Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şen Matbaa, Ankara, 2006.

YENİSEY Feridun, "Hazırlık Soruşturması ve Polis", Beta Basın Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1987.

YURTCAN Erdener, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat", II. Cilt, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1988.

YURTCAN Erdener, "CMK Avukatının ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı", Beta Yayınları, 5. Bası, İstanbul, 2007.

WEBB James N., "Game Theory: Decisions, Interaction & Evolution", Springer-Verlag London Limited, 2007.

ZAFER Hamide, "Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu", Beta Yayınları, İstanbul, 2004.