

SUÇ TEŞKİL EDEN SORGU YÖNTEMLERİ

Asis. Dr. Erol CİHAN

İçindekiler : I. Genel olarak. II. Suç olan sorgu yöntemleri, özellikle 'üçüncü derece sorgusu'. III. Kötü işlemler. 1. Kavram ve kapsamı. 2. Değerlendirilmesi. IV. Zorlama. 1. Kavram. 2. Değerlendirilmesi. V. Bitkin hale getirici nitelikteki sorgu. 1. Kavram. a) Olumsuz sınırı. b) Olumlu sınırı. c) Kavramın olumsuz sınırındaki şüpheli durumlar. aa) Gece sorgusu. bb) Kendiliğinden yorgun düşme. 2. Değerlendirilmesi.

I. Genel olarak.

Son yıllarda, özellikle tanıtılı bilimlerde (pozitif ilimlerde) insanın iç âleminin, iç varlığının aydınlığa kavuşturulması konusunda çeşitli, yoğun araştırmalar yapılagelmektedir. Önceleri psikiyatr ile psikologlarca uygulanan, kullanılan makinalar, kimyasal araçlar (ilâçlar) ile diğer teknik araçlar, yöntemler, çok geçmeden Ceza Hukuku ile özellikle Ceza Muhakemesi Hukukunda sanığın iç varlığını, iradesine rağmen araştırmak suretiyle, beyanlarının doğruluk derecesini kontrol etmekte kullanılmaktadır. Çeşitli teknik araçları yardımıyla yapılan bu biodinamik sorguların doğal olarak hukuk alanlarında çözülmesi güç bulunan çeşitli sorunları gerçekleştireceği apaçiktır. Nitekim bu konudaki tartışmalar, tüm sıcaklığını, canlılığını henüz yitirmiş değildir.

Öte yandan sanığın sorgusunun uygulamasındaki bozukluklar, Anayasa, Ceza Usul Kanunu ve diğer normlarla taban tabana aykırılık göstermektedir. Hemen hemen hiçbir kurum yoktur ki, yasadaki düzenlenmesi ile uygulanması, bu denli kesin, köksel bir aykırılık

rılık gösterebilir. Ötedenberi nefretle reddedilen işkence, cebir, tehdit vb. hukuka aykırı yollar, gerek eski haliyle, gerek kılık değiştirmiş olarak yeni haliyle karşımıza çıkmaktadır. Çok çeşitli olan bu araçların, yolların tümü birden, **kanımızca** yaşayan bir gerçeklik olan sorgu kurumunun, sakat, hasta yanlarını oluşturmaktadır. Bu nedenle insanın iç âlemini keşfe yarayan teknik araçlarla, sorgu kurumunun uygulanmasındaki bozuklukları, bu kurumun **patolojik görünüşleri** olarak incelemek gerekir.

II. Suç olan sorgu yöntemleri, özellikle 'üçüncü derece sorgusu'.

Genel olarak suç teşkil eden sorgu yöntemleri kavramının kapsamına, kötü işlemler, cebirler, yorucu sorgular girmektedir. Burada bir bakıma daha genel bir nitelik taşıyan 'üçüncü derece sorgusu' kavramını da belirtmek zorunludur. Bunların tümünün, genellikle suç teşkil ettiği görülmektedir.

'Üçüncü derece sorgusu' — third degree — interrogatoria cd di 3 grado denilen kurum, ikrarları, ifşaları elde etmek için cebir, şiddet gibi, sert, vahşi insanlık dışı hareketlerden meydana gelmiş **bir bütünü** ifade etmektedir. Söz konusu hareketler, psişik dengeyi dağıtma, bozma, parçalama suretiyle failin vücudunda yapılan — ister iz bıraksın, ister bırakmasın — (1) baskı araçlarıdır.

Bu baskı araçlarının, birçok ülkelerde suç teşkil ettiğini belirtmiştik ; ülkemizde de suç sayılmıştır (2). Bu çeşit araçların yöntemlerin, kullanılmasının, uygulanmasının suç teşkil etmemesinin, uygar ve demokratik hukuka bağlı devlet yöntemiyle bağdaşmadığı da açık bir gerçektir. Bundan ötürü, bu yöntemleri uygulayan devlet görevlisinin ceza sorumluluğu da olacaktır (3). Bu düşüncenin doğal sonucu olarak sanık beyanlarının hiç bir delil değeri olmayacağı da kendiliğinden anlaşılmaktadır.

(1) Farklı düşünce: *Piacentini*, L'istruttoria cd di 3 grado, Giustizia penale, 1934, IV, cal. 153; Özdeş nitelikte: *Foschini*, Sistema del diritto processuale penale, Milano c. I/1, 1961, s. 76.

(2) Bak. TCK. m. 243.

(3) *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Umumî Kısım, c. II. 1. bası, İstanbul 1969, s. 108.

III. Kötü işlemler.

1. Kavram ve kapsamı.

Bu kavram, genellikle bedence hissedilebilen kötü hareketleri ifade eder ; doğrudan doğruya bedenî dokunulmazlığı ihlâl etmeye, bedene zarar vermeye gerek yoktur (4).

Keskin ışıklı araç karşısına koyma (5), karanlık, soğuk izbe odalarında tutma, vücudu belirli ve fakat rahatsızlık verici bir şekilde durmağa zorlayan (sözgelimi, ne oturmağa ne de ayakta durmağa elverişli olan barakalarda bulunma hali) kabinelerde (tabutluk denilen, ne oturmağa ne de ayakta durmağa elverişli olmayan barakalar **kanımızca** bunun tipik bir örneğidir) tutma, şiddetli susuz, aç bırakma, uyku zamanı gürültü çıkarmak suretiyle uykuya engel olma, şiddetli sıcak veya soğuğa maruz bırakma (6) bu hallerin kapsamına girmektedir. Ancak, taksirle müessir fiillerde kötü işlem niteliği görebilme konusunda dikkatli davranmak gerekir (7). Yine her çeşit itip kakma, vurma, yara bere açma, sigara ile deriyi yakma, diğer herhangi bir şekilde acı verme gibi durumlar bu kategoriye girer. Bu gibi durumlar, sistematik olarak özellikle **totaliter rejimlerin** başvurdukları yöntemlerdir (Nazi Almanya'sında uygulandığı gibi...).

Kötü işlem kavramı ile işkence kavramı arasında yakın bir ilişki vardır. Bu nedenle her ikisi arasındaki sınırı kesin bir şekilde çizmek

(4) Özdeş nitelikte *Dallinger*, Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 1950, m. 136 a not 3; *Erbs*, Unzula essige Vernehmungsmethoden NJW. 1951, s. 387; *Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassung, Teil II Göttingen 1957, m. 136 a B I 3 a, not 8, s. 355.

(5) Almanya'da, sanığı çok parlak, keskin ışığa tabî kılmak, yasak olmasına rağmen, ABD. nde çok kez esaslı bir itiraz görmemiştir. Söz konusu keskin ışık, Alman CMUK, m. 136 a bent 1 deki 'eziyet' kavramına girer; çünkü sanığın kavrayış gücünü sarsar (*Gierlichs*, Untersuchungs-und Vernehmungsmethoden der Amerikanischen Polizei, Kriminalistische Monatshefte, 1935, s. 8 i.s. *Hellwig'den*, Psychologie und Vernehmungstechnik bei Tatbestandermittlung, Stuttgart 1951, s. 213-214).

(6) *Dalcke/Fuhrmann/Schaefer*, Strafrecht und Strafverfahren, 37. Auflage, Berlin 1961, m. 136 a not 3, s. 1467.

(7) Karş. BGH. DRZ. 56, 75. *Dalcke'den*, Özdeş yer.

güçtür ; bununla birlikte, işkencede ağırlık merkezinin, daha çok (8) ruha yönelmiş bulunduğu ileri sürülmüştür (9).

Bu kavramdan gerek fiziksel, gerek psişik olan daha devamlı ya da mükerrer ıstırap ve acılara sebep olma anlaşılmalıdır. İşkence, bu duruma göre, kötü işlemin tersine, daha uzun bir süre ağrı, ıstırap verme, bir diğer deyişle mükerrer ağrı ve ıstırap vermeği gerektirir. Ruhsal bir eziyet de onun karakteristiğini oluşturur. Bu kavramdan özellikle şunlar anlaşılabilir : Aşağısamarlar (hakaretler), sövmeler, ruhsal bir çöküntü meydana getirici, küçük görücü iddialar ile yakın akrabalarının hastalık ya da felâkete uğradığı konusundaki uydurmalar (sözgelimi, karısının, ya da kocasının tutuklandığını, çocukların himayesiz kaldığını vb. söyleyerek sanığın ikrarını elde etmeğe sevk etme gibi), yüzüne karşı bağırp çağrılar hattâ gerçeğe uygun olayların ileri sürülmesi halinde bile, gereğinde somut **olguda** psişik eziyet ortaya çıkabilir (10).

Bu açıklamalardan açıkça anlaşıldığı gibi, gerek kötü işlem, gerek işkence kavramları, **geniş bir alana yaygın** bulunmaktadır.

Sigara, tütün yasağı ayrıca ele alınmalıdır ; bu yasak tütün tiryakisi için kötü işlem sayılamaz. Öte yandan eziyet kavramına da girmez. Gerçekten sigara, tütün, Ceza Muhakemesi ile ilgili önlemler (tedbirler) sırasında özellikle duruşmada genellikle öngörülmemiştir. İnfazda bile, ancak sınırlı olarak müsaade edilmekte, bu müsaade her zaman için kaldırılabilir (11).

Her ihtarı, teşviki, eziyet olarak saymamak gerektiği de açık bir gerçektir ; çünkü bir sanığın muhakeme ile ilgili davranışında, kendini makul tarzda harekete sevkedecek bir ihtarı gerektiren halin kınanması, eziyet sayılamaz. Eziyette, acı ve ıstırapın kastedilmiş bu-

(8) *RG. DR. 45, 22. Löwe/Rosenberg, Kommentar zur Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 20. Auflage, 1953-1958, m. 136 a not 9 a, s. 352; Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil 5. Auflage, Karlsruhe, 1969, s. 75-76 uygulama ile literatür.*

(9) *Dallinger, m. 136 a not 3; Erbs, NJW. 191 s. 387; Schmidt, m. 136 a B I 3 a not 8, s. 355.*

(10) *Erbs, Handkommentar zur Strafprozessordnung, 1950, m. 136 a not.*

(11) *Löwe/Rosenberg, m. 136 a not 9 a, s. 353.*

lunması, ön şarttır (12). Görüşümüze, kötü işlem, işkence, eziyet gibi kavramlar, birbirine karıştırılabilecek nitelik taşıdıklarından, ayırdedilebilmeleri için yalnızca o hareketle kastedilen hususa değil, aynı zamanda yapılan maddî eyleme de bakarak hüküm vermek yerinde olacaktır.

Tüm müessir fiiller (T.C.K. m. 456, 243) suç olduğundan, müessir fiil niteliğinde olmayan fiillerde de işkence niteliği görülebilir. İkrar elde etmek için 'manevî işkenceler' de TCK. m. 243 anlamında birer fiildir. Öte yandan işkence, eziyet 1961 Anayasasının 14/3. maddesinde «kimseye eziyet ve işkence yapılamaz» denilmekle yasaklanmıştır (13).

Ayrıca TCK. m. 245'e göre «kuvvei cebriye imaline (istimaline) memur olanlar ve bilumum zabıta ve ihzar memurları, memuriyetlerini icrada ve mafevkinde bulunan âmirin emrini infazda kanun ve nizamın tâyin ettiği ahvalden başka surette bir kimse hakkında suimuameleye veya cismen eza verecek hale cür'et eder yahut o kimseyi darp ve cerh eyler ise» cezalandırılır. Bu suçun maddî unsuru olarak 'suimuamele', 'cismen eza', 'darp' ve 'cerh' fiilleri öngörülmüştür. Cismani eza, vücuda maddî bir ıstırap veren her hareketi içine alır. Sözgelimi tüfek dipçığı ile vurma gibi. Suimuamele daha geniştir. Burada cismen ezaya gerek yoktur. Bu nedenle, 'sanığı karakola celbediş, nezarete almak, sabaha kadar bekletmek' halini, Yargıtay 'suimuamele' saymıştır (14). Bu fiil, suçunu ikrar etmek için sanığa karşı yapılırsa TCK. m. 243 gereğince suç sayılır.

2. Değerlendirilmesi.

Darp, cerh, dayak, cismani eza, suimuamele, işkence gibi kavramları içine aldığımız kabul ettiğimiz 'kötü işlem' kavramı, bir üst kavram olup kesinlikle yasaktır. Gerçekten insanlık tarihi, özellikle

(12) ATM. NJW. 1951, 652; Löwe/Rosenberg, m. 136 a not 9 a s. 353.

(13) Bu ayrit (madde) bizde 1876 Anayasasının 73., 1961 Anayasa öntasarısının 10/3., Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyon Tasarısının 14. ayritında yer almış bulunuyordu. Başka birçok anayasalarda da buna benzer hükümler bulunmaktadır.

(14) 4.CD.25/3.1949, 3404/4756 ; Özdeş düşünce : Erem, Ceza Hukuku, Hususî Hükümler, c. 1, Ankara 1968 s. 342.

sanığın fiilini ikrar ettirmek için işkence yoluna çok kez başvurulmuştur. Hâlâ da bu nitelikteki olaylar görülegelmektedir. Oysa «sanığı söyletmek için işkence şu sebeplerle kabul edilemez : 1) İşkence insanlığa yakışmaz. Medenî insanın diğer bir insana işkence etmesi ettirmesi tasavvur dahi olunamaz. 2) Sanığın masum olması muhtemeldir. İşkence kabul olunursa, masumlar da işkenceye uğramış olacaktır. 3) Masumlardan bir kısmının işkence zoru ile işlemediği bir suçu kabullendiği çok görülmüştür. Bu da ceza adaleti ile ceza muhakemesinin gayesi (15) ile bağdaşabilen bir şey değildir. 4) Sanık hakikaten suç olsa dahi, suçunun cezasını kanun göstermiştir. Ayrıca işkence cezasına hem de suçlu olduğu mahkeme kararı ile sabit olmadan çarptırılmasına imkân yoktur. 5) Bütün medenî milletler işkenceye başvurulmasını ceza tehdidi altında yasak etmişlerdir. 6) Bazı suçların işkence yolu ile meydana çıktığı bir hakikattir. Fakat suçlar, kanunsuz, insanlığa aykırı işkence yoluna başvurmadan da teknik yollarla meydana çıkarılabilir. 7) Masumların cezalandırılmasından ise, suçluların cezasız kalmasının tercih edilmesi, ceza adaletinin esaslarından biridir. 8) Kanunumuza göre hâkim sorgunun başında sanığın cevap verip vermeyeceğini sorar (m. 135). Hâkim huzurunda cevap vermeyebilen bir kimse evleviyetle, polise de cevap vermeğe mecbur değildir» (16).

IV. Zorlama (cebir).

1. Kavram.

Zorlama (cebir), genel olarak, fiille ilgili bir beyan ya da arzu edilen muhtevadaki bir beyanı elde etmek için başvurulmuş bir yöntemdir. Zorlama, ancak Ceza Muhakemesi Hukuku açıkça belirttiğinde yerinde sayılır (17). Fiille ilgili olan ya da arzu edilen beyanı elde etmek için sanığa uygulanan zorlama doğal olarak yasaktır (18). Ayrıca sanıktan herhangi bir beyan ya da belirli muhtevadaki bir beyan

(15) Ceza Muhakemesinin gayesi konusunda geniş bilgi için bak. *Cihan*, Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi, İHFM. C. XXVIII, sayı, 3-4, 1962.

(16) *Kunter*, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. bası, İstanbul 1970, s. 306.

(17) Bak. Alman CMUK. m. 136 a bent 1, tümce 1.

(18) Ancak tanıklar ve bilirkişiler ispat konusunda farklı özellikleri taşıdıklarından, CMUK. m. 63 - 70 - 77 de öngörülen önlem ve yaptırımlarla beyanda bulunmağa zorlanabilirler.

elde etmenin dışındaki bir amaçla zorlamaya başvurmak da yasaktır. Söz gelimi bedenî bir muayene, araştırma, üstünün başının aranması, hapis yoluyla zorlamada olduğu gibi (19).

2. Değerlendirilmesi.

Zorlama, doğal olarak yasaktır (20). Bu, bilinç ve iradeyi ihlâl etmektedir. 1951 tarihli, Brüksel'deki suçluların muayenesi ile ilgili olarak Avrupa Semineri «kanunun, sanığın iradesini veya temyiz kudretini ihlâl eden cebre... sanık muvafakat etse dahi, başvurulmasının yasak olduğunu tasrih etmesini zaruri» saymıştır (21).

V. Bitkin hale getirici nitelikteki sorgu.

Bitkin hale getirici nitelikteki sorgu yöntemi her zaman için bir zorlama, baskı yöntemidir ; birçok ülkelerde çok yaygındır. Genel olarak gündüz gece, birçok saatler sürekli sorguya çekmeyi kapsama alır. Bu süre içinde, sorguya çekenler, ifadeye başvuranlar (özellikle kolluktaki ifade almalarda) değişir ya da sorguya çekilecek, ifadesine başvurulacak olanın, apansız, çok kez gece yarısı uyan-dırılmasıyla yapılır. Maddî ve manevî bakımdan zorlamayı ifade etmekte olup, hukuka aykırıdır (22).

1. Kavram.

a) Genel olarak.

Sanığın ayakta gıdasız, uykusuz bırakılarak süresiz gece gündüz sorguya çekilmesi, genellikle bitkin hale getirici nitelikteki sorguyu ifaâ eder. Burada şu noktayı da belirtmelidir; bazı olaylarda sanığın yorgun bitkin olmasına rağmen, sorguya çekilmesi gerekebilir. Özellikle bir yerden uzak olan başka bir yere götürüldükten sonra, yar-

(19) Karş. Löwe/Rosenberg, m. 136 a not 9 e, s. 356 - 357.

(20) Karş. TCK. m. 243; Anayasa m. 14/3.

(21) Kunter, Suçluların Muayenesi Mevzuunu Tetkik Eden Avrupa Semineri, İHFM., c. XVIII, 1952, Sayı: 1-2, s. 80-81.

(22) Bak. Foschini, Sistema, c. II/1, s. 76.

giç karşısına çıkan bir sanığın, hemen sorguya çekilmesi, bitkin hale getirici nitelikteki sorgu kavramına sokulmamak gerekir. Burada söz konusu olan, genellikle gece gündüz yapılan ya da süresi saatlerce kesiksiz olarak devam ettirilen sorgulamalardır. Bu kesiksiz sorgular sırasında çok kez, ikrarda bulunulur ; belirtmek gerekir ki bu ikrarların gerçeğe uygunluğu pek şüphelidir. Öte yandan bu şekilde sorgusu yapılanda, bir başdönmesi kendini gösterir ; sorgunun sona ermesi için, istenilen her şeyi kabullenme yolu yeğ tutulur. Üstelik yorgunluk ve açlık vücudun kendi kendini zehirlenmesi sonucunu doğurur (23). Demek oluyor ki, bu durumda sanık, özgürce karar verme konusundaki egemenliğini yitirmekte, sonuçta iradesiz bir kişi, sanki bir otomat kertesine düşmektedir.

b) Kavramın olumlu sınırı.

aa) Bu kavramın olumlu sınırının saptanmasında, sanığın irade özgürlüğünün yitirilip yitirilmemesi, ölçü alınmalıdır. Ne zaman sanığın irade serbestliği, yapılan sorgu ile yitiriliyorsa, bu andan itibaren sorguyu kesmek zorunluğu vardır. Buradan şu sonuçlar çıkmaktadır : Her yorucu sorguyu, yasaklanmış saymamalıdır. Çünkü böyle bir yasak, ilkin sorgusunun niteliğine aykırıdır. Gerçekten sorgunun niteliğinde, bir yanı, gerçeğin araştırılmasına yardımcı olan **tanıt aracı olma niteliği** teşkil etmektedir. İkinci olarak ceza muhakemesinin amacı olan **gerçeğin araştırılması** (24) ilkesine aykırıdır. Belirtmiş olduğumuz bu iki ilkeden ötürü, şiddetli bir şekilde inkârda bir sanığın sorgusunda, doğal olarak belirli bir ölçüde yoruculuk söz konusu olacaktır. Ancak belirli olan sınırı aşmamağa dikkat etmelidir. Sanığın irade serbestliği bozulduğu andan sonra sorguyu kesmelidir. Çünkü bundan sonraki sorgulamaların Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından herhangi bir değeri yoktur (25).

bb) Sorguya çekilecek kişi, daha önce alkol almış ya da diğer herhangi şekilde (kaçmış ve kovalanarak yakalanmış olabilir) yor-

(23) Erem, Adalet Psikolojisi, 5. bası, 1964 Ankara, s. 254 - 255.

(24) Cihan, Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi, İHFM. 1963, ayrı bası, s. 11 i.s.

(25) Karş. Löwe/Rosenberg, m. 136 a not 9 b, s. 353.

gun düşmüş ise bu takdirde, salt bu nedenle sorguya çekilmesini yasaklanmış saymamak gerekir (26). Çünkü bu durumda iradesinin sarıldığı kolay kolay söylenemez.

Öte yandan yargıç, bu hallerde de elde edilen beyanları CMUK. m. 254 gereğince, vicdanındaki kanaata göre özgürce değerlendirecektir. Nitekim esriklerin (serhoşların) ya da us hastalarının beyanlarında da bu biçimde hareket edilmektedir.

c) **Kavramın olumsuz sınırındaki şüpheli durumlar.**

Bu konuda gece sorgusu ile kendiliğinden yorgun düşme hallerinin ayrı ayrı ele alınması uygundur.

aa) **Gece sorgusunun, niteliğinin saptanmasında salt gece yapılmasından ötürü bitkin hale getirici sorgu kavramının kapsamına sokulmamalı, yine bu nedenle, sorguya çekenin sanığı yorgun düşürmek yoluyla onun iradeli kararını veya hareket serbestliğini ihlâl etmek istediği sonucunu çıkarmamalıdır. Görüşümüzce burada in concreto - somut olarak hareket etmek zorunluğu vardır. Alman Yargıtayı da bu görüşü benimsemiştir (27).**

bb) **Sanığın kendiliğinden yorgun düşmesi de olanaklıdır. Şöyle ki, sorguya çekenlerin kasıtlı hareketleriyle gerçekleştirilmemiş, ancak sanık fiilen yorgun düşmüş bulunuyorsa, iradeli karar verme, iradeli hareket etme yeteneğinin ihlâl edilmiş bulunup bulunmadığı şüpheli niteliktedir. Bu konuda Alman Yargıtayı, CMUK. m. 13 6a'daki 'aşırı yorgunluk - ermüdung' kavramına geniş bir anlam vererek, yorgunluğun görevlinin kasıtlı hareketleri ile gerçekleştirilmemiş ancak sanık eylemsel olarak yorgun düşmüş olsa bile, söz konusu yorgunluk sanığın iradeli karar ve iradeli hareket etme yeteneğini ih-**

(26) Karş. Schwarz, m. 136 a not 1, s. 175.

(27) BGH, JZ. 1952 s. 86; NJW. 1952, s. 152. Ananlar: Schmidt, m. 136 a B I 3 c, kenarnotu 12, s. 356; Özdeş nitelikte: BGHSt. 1, 376; Löwe/Rosenberg, m. 136 a not 9 b, s. 354; Karş. Schwarz, m. 136 a not 1, b s. 175; Dalcke/Fuhrmann/Schaefer, m. 136 a not 4, s. 1467. Alman Yargıtayının kararına konu olan olay şudur: Daha önce birçok kez sorguya çekilmiş olan bir kadın, gece yarısı, çocuğunun cesedinin mezardan çıkarılması sırasında orada tutulmuş ve saat 2 den 4 e dek süren sorgusunda, doğal olarak uykusundan da alıkonulmuştur.

lâle başladığında, sorguya devam edilmek isteniyorsa, bu takdirde ortada yasaklanmış bir aşırı yorgunluğun varlığına karar vermişti (28). **Löwe - Rosenberg** (29) söz konusu kararın Alman CMUK. m. 136 a'nın hükmüne uymadığını, çünkü yasanın sorguya çekenlere, iradeli karar ve etkinliğin ihlâlini yasaklamak istediğini, ancak daha önceden varolan ve sorguya çekenlerin gerçekleştirmediği irade özgürlüğünün bir ihlâlini gözönünde tutmamış bulunduğunu, bu nedenle, yasanın yorgun düşürme yoluyla irade özgürlüğünün ihlâl edilmesinden söz etmemiş olup, tersine irade özgürlüğünün ihlâl edilmemek gerektiğinden söz açmış olduğunu ileri sürmektedir.

Görüşümüzce, Löwe - Rosenberg'in (30) 20. basısında savunulan bu düşünce ancak söylemsel olarak yerindedir. Oysa **Alman Yargıtay'ının kararı**, yasanın özüne, ruhuna uygundur. Bu denli dar bir yorumla, yasanın söylemine sıkı sıkıya bağlı kalınacak olursa, o zaman yorgunluktan baygınlık geçirme durumunda bulunan bir sanığın beyanlarını da isterse sayıklama olsun, sorgu olarak kabul etmek gerekecektir. Oysa sorguda, sorguya çekilecek olan kişinin, önceden bilinç ve irade sahibi olması sorgunun mahiyeti gereğidir. Gerçekten sorgunun neligini teşkil eden, tanıt aracı olması ile savunma aracı olması, yine Ceza Muhakemesi Hukukunun amacının gerçeğin araştırılması ilkeleri de, sanığın bilinç ve iradesinin varlığını, sorgunun en doğal ve asgarî bir koşulu olarak benimsemeyi zorunlu kılmaktadır. **Görüşümüzce**, sorguda, ister sanığın eyleminden, ister sorguya çekenlerin eylemlerinden ileri gelsin, iradeli karar verme, iradeli hareket etme yeteneklerinin ihlâli söz konusu ise, bu durumda yargıç için yapılacak iş, sorguya son vermek ya da sorguya başlamamaktır.

2. Değerlendirilmesi.

Sorgudan ötürü iradeli karar ve etkinliği ihlâl eden bir yorgun düşme ya da düşürmenin gerçekleşmiş olup olmadığını, sorguya çeken, kendi görev bilincine göre yaparak saptayacaktır (31).

(28) Bak. *BGH*. NJW. 1952, s. 152.

(29) *Löwe/Rosenberg*, m. 136 a not 9 b, s. 353.

(30) Gerçekte, sözkonusu Açıklama'nın 20. basısının m. 136 a bölümünü Tillmann hazırlamıştır; 19. basıda m. 136 a doğal olarak yoktu. 1950 tarihinde Alman CMUK. na, 136 a olarak eklenmiştir.

(31) *Schwarz*, m. 136 a not 1, s. 175.

Yargıç bu değerlendirmede çok dikkatli davranmalıdır. **Görüşümüze**, kendisine tanınan değerlendirme yetkisinin, eşdeyişle **takdirliğinin**, **keyfilik olarak telâkki edilemeyeceğini** gözden uzak tutmamak gerekecektir. Bununla birlikte yargıcın bu konuda karar verirken, yanılması da olanaklıdır. **Sözgelimi**, yargıç, sanığın, sorguya çekilenin, irade özgürlüğünü ihlâl eden, bu nedenle yasaklanması gereken bir yorgun düşürmenin varlığı konusunda yanılmışsa, acaba bu durumda, yapılan sorgu geçerli sayılacak mıdır?. Bu soruyu, Schwarz evetlemektedir (32). Başka yazarlar (33). Alman **Yargıtay kararları** (34) **karşı görüşü yansıtmaktadırlar**. Birinci görüşe göre, çok yorulmuş bir kişinin sorgusu genel olarak yasaklanmış değildir (35). Yasaklanmış olan, yalnız bir beyan elde etmeyi sağlamak için, yorgunluğun, bitkin hale getirmenin, kötüye kullanılmaması kuralıdır. Bu nedenle gereğinde, sözgelimi bir adam öldürme olayının çok ivedi olarak aydınlanması zorunlu olduğunda, sanığın gece yarısı, saat 2 de, 3 de uyandırılması ile sorgusunun yapılması uygundur. İkinci görüşe göre, sorguya çeken, salt sorguya çekilen kişinin yorgunluğunu ileri sürmesi karşısında sorguya son vermek gerekmemektedir (36). Yoksa, sorguya çekilenin eline, sorgunun yapılması sırasında çekinceli (tehlikeli) bir silâh verilmiş olur. Gerçekten sorguya çekilen, özellikle kendisini sıkıştıran, mantıkça güç duruma düşüren sorular karşısında, hemen bitkinliğini yorgunluğunu ileri sürebilecektir. Oysa bu durum, araştırma ile soruşturmaları, gereksiz yere kesintiye uğratacak, durduracak, sonuçta gerçeğin araştırılmasını köstekleyecektir. En sonunda da gerekli adli faaliyeti kendi yararına sabotage etmiş olacaktır. Böylece **temaruz kapıları** açılmış olacaktır.

Bu olumsuz sonuçları önlemek için, bitkin düşürücü sorgunun, kesilip kesilmemesi sorununun karara bağlanması konusunda, sorguya çekenin görev bilincine göre davranacağı, doğal bir koşuldur. Buraya dek, Schwarz da özdeş düşüncededir. Ancak ikinci görüşe gö-

(32) Schwarz, m. 136 a not 1, s. 175.

(33) Dallinger, MDR. 1952, 17; Uygulama ile birlikte: Löwe/Rosenberg, m. 136 a, not 9 b, s. 354; Dalcke/Fuhrmann/Schaefer, m. 136 a not 4, s. 1467; Kleinknecht/Müller/Reitberger, Kommentar zur Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 2. Auflage. Darmstadt, 1950, m. 136, not 3 b, s.

(34) BGE. MDR. 1952, 17; BGHSt. 12, 332, NJW. 1959, 1142.

(35) Bununla birlikte, ölüm derecesindeki hasta, doğal olarak bunun dışındadır.

(36) Karş. Erbs, m. 136 a.

re, Schwarz'ın düşüncesinde paylaşılmayan nokta şudur : Schwarz, sorguya çekilenin, sorguya çekilene bitkin telâkki edip etmemesi, böylece irade özgürlüğünün ihlâl edilip edilmediği sorununu, eylemsel olarak ister kasıtlı ister kasıtsız olsun, bu nitelikteki sorgunun, irade özgürlüğünü ihlâl edip etmediği sorunundan kesin şekilde ayırmak suretiyle yanlıya düşmektedir. Bu ikinci sorun, hukuka bağlı devlet düşünceleri ile bağdaşamaz ; ayrıca Alman CMUK. m. 136 a nın amacına da uygun değildir. Çünkü, m. 136 a nın son fıkrasına göre, sorgu nedeniyle, irade serbestliğini ihlâl eden bir yorgunluk gerçekleştirildiği ya da önceden varolan bir yorgunluğun, irade özgürlüğünü ihlâl edebilecek noktaya yükselttiği saptandığı takdirde, bu noktadan itibaren elde edilebilen beyanlar geçerli, değerli değildir. İsterse, sorguya çeken iyi niyetle böyle bir yorgunluğun varolmadığı görüşünde olsun.

Uygulamada, yorgunluğun derecesi ile irade özgürlüğünün ihlâli anını, her zaman kesin ve tüm olarak saptayabilmek olanağı bulunmadığında **anlaşmazlıkların ortaya çıkacağı açık bir gerçektir** (37). Bu durum, özellikle, yorgunluk iddiasının sonradan, **sözgelimi,** Temyiz lâyihasında ileri sürüldüğü zaman söz konusudur. Burada suçluluk ya da ceza ile ilgili bir delil ikamesi yoktur. Yargıtay, bir dereceye dek serbest delil konusunda, delil ikame edebilir. Sorguya çeken yönünden eylemsel olarak değerlendirilemeyen yorgunluk derecesinin, isabetli bir takdiri amacıyla, özellikle temaruz hallerinde, bir hekime başvurmak, sağlık verilir (38).

(37) *Erbs*, Özdeş yer.

(38) *Löwe/Rosenberg*, m. 136 a not 9 b, s. 354.