

SANIĞIN SAVUNMASI VE KORUNMASI AÇISINDAN CEZA SORUŞTURMASININ ÜMANİST İLKELERİ

Prof. Dr. Turhan Tûfan YÜCE (*)

I. Ceza soruşturmasının ilkeleri

Ceza soruşturması (1) her yasal faaliyet gibi bir takım kural-lara bağlanmıştır. Bağlanmasaydı devletin dev gücü birey için bu alanda çok tehlikeli olabilirdi. Çünkü her kuvvet kullanışı kötüye kullanma eğilimini içinde taşır. Daha çok ceza soruşturma hukuku alanındaki eserleri ile tanınmış Alman Ceza Hukuku bilgini E. SCHMİDT'in dediği gibi, devlet bunu bildiği için kendine bile gü-venememiş, ceza hukuku tarihinin acı tecrübelerini göz önünde tutarak kuvvetini dizginlemiştir. Bu, «hukuk devletin büyük dü-şüncesidir»(2)

Ceza soruşturmasının değişik aşamalarında (safhalarında) de-ğişik amaçlar güden bir çok kural vardır. Bunlar arasında bir ta-kımını «ilke» diye ayırmanın sebebi ve ölçüsü nedir? Bu yerinde bir sorudur. Örneğin, ceza koğuşturmasının devletçe kendiliğinden (Ex-officio) yapılması kuralına bir ilke değeri tanınmıştır. Suçtan zarar görenin (mağdurun, kıyğının) soruşturmaya katılması kuralı niçin bir ilke olmasın? «İlke»nin temel kural, prensip (umde) anlamını hatırlayalım. Ve temel ile teferruatı (ayrıntıları) ayıralım. Bir yapının teferruatı temellerine uygun biçimde şekillenir ve yer-

(*) Emekli öğretim üyesi, avukat

(1) «Ceza yargılaması/muhakemesi» yerine burada «ceza soruşturması» de-yimini tercih ediyorum. Çünkü yargılama, ceza soruşturmasının mahkeme-ce yürütülen bir bölümüdür. Savcılık soruşturması ve şimdi kaldırılmış olan ilk soruşturma bizdeki anlayışa göre yargılamanın dışında kalır. Halbuki burada inceleyeceğimiz ilkeler sadece yargılamanın değil, bütün soruşturmanın yön verici (müdür) esaslarıdır.

(2) Eberhardt SCHMİDT, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz Teil I, Göttingen 1952 s. 39 (Kısaltma : Lehrkomm. I)

leşir. Kolayca değişebilir. Yapının temellerini oluşturan, yapıya karakterini veren, kolay değişmeyen veya bütün bozulmadan değişmeyen kurallara «ilke» diyoruz. Bu anlamda ceza soruşturmasının da temelleri vardır.

Ceza soruşturmasında ilkelerin seçiminde belli bir keyfilik (Willkür) olduğu yazılmıştır(3). Bu düşünce ancak bir ölçüde doğrudur. Yukarda verdiğim örneğe dikkat edilirse ilke olarak seçilmiş kural ile ilke niteliğinde sayılmayan kural arasındaki değer farkı gözden kaçmaz. Bütün ceza soruşturmasına egemen olan, en önemli sayılan, soruşturmaya karakterini veren kurallar ilke olarak değerlendirilir. BELİNG(4) bunları 18. Yüzyılda, aydınlanma çağındanberi yasama politikası tartışmalarının ön plana çıkardığı ilkeler olarak nitelmiştir(5). 18. Yüzyılın aydınlık fikirleri nasıl bir takım ilkeler getirmişse özellikle 2. Dünya Savaşı'ndan sonra hızla gelişen hukuk devleti düşüncesi de ceza soruşturmasına yeni değerler (ilkeler) kazandırmıştır. Örn. insan onuruna saygı, hak arama özgürlüğü, sanığa yardım ilkesi bunlardandır. Ve bunlar da modern ceza soruşturmasının öncekilerden daha az önemli olmayan temelleridir(6).

Aydınlanma çağındanberi gelişip belirlenmiş ilkeleri «klasik ilkeler» hukuk devleti anlayışının geliştirdiği ilkeleri «ümanist ilkeler» diye niteliyorum. Gerçekten, özellikle ikinci Dünya Savaşı'ndan sonra ümanizma (insana saygı) bütün hukuku etkilemiş, yeniden güç ve geçerlik kazanmış ileri bir düşünce akımıdır. Bu akımın ceza soruşturmasında kurallaşıp kanunlaşan değerleri ümanist ilkeleri oluşturmuştur.

II. Klasik ilkeler-ümanist ilkeler

Klasik ilkeleri kısaca şöyle sıralayabiliriz : Devletin re'sen koğuşturma ilkesi, koğuşturma mecburiyeti ilkesi, dava ilkesi(itham prensibi), delillerin serbest değerlendirilmesi, yargılamanın açıklığı ilkesi. Bunlar İngiliz ve sonra Fransız hukukunun etkisinden

(3) Ernst BELİNG, Deutsches Reichsstrafprozessrecht mit Einschluss des Strafgerichtsverfassungsrechts, Berlin/Leipzig 1928 s. 31

(4) Ernst BELİG (1866-1923) Breslau'da ve Münih'de ceza hukuku Profesörü idi.

(5) BELİNG, agy. s. 31

(6) Ayrıntılı bilgi için bkz : Turhan Tüfan YÜCE, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, Erzurum 1968

doğmuşlardır. Fransa 1791 de İngiliz örneğine uygun bir ceza usulü kabul etti. 1808 tarihli Code d'Instruction Criminelle İtalya'da, Fransız İsviçresi'nde, Belçika'da, Romanya'da, Rusya'da, İspanya'da ve Portekiz'de ceza soruşturması hukukunun temeli oldu.

Alman-Türk CMUK.larında bu ilkeler toplu halde açıklanmış değildir; doktrin bunları dağınık kanun hükümlerinden çıkarıp sistemleştirmiştir.

Avrupa Rönesansından kaynaklanan Ümanizma (7) insanı, bi-zatihi (kendinden) bir değer olarak tanır ve sayar. Bu akım da ceza ve usul kanunlarını yer yer etkilemiştir. 17. ve 18. Yüzyılın aydınlık dünya görüşünde ümanizmanın iyi bir gelişme ortamı bulunduğu bilinmektedir. Ancak Ümanizma, özellikle 2. Dünya Savaşı'nda Almanya'da ve İtalya'da yaşanan toptancı zâlim rejimlere karşı duyulan tepkilere destek olmuş ve gittikçe artan ölçüde kanunlara geçmiştir. **Hukuk devleti ümanist bir devlettir ve amacı, insanı devletleştirmek değil, devleti insanlaştırmak veya insanileştirmektir.**

Federal Almanya Anayasasının 1. Maddesi, hukuk devletinin özünü oluşturan ümanizmayı şöyle kurallaştırmıştır :

«İnsan onuruna dokunulmaz. Bütün devlet kuvvetleri bu onuru «saymakla ve korumakla yükümlüdür».

Devletin ceza soruşturması girdabına düşen sanık veya hükümlünün onuru da korunmalıdır. Suç işlemiş olmak şüphesi veya hüküm giymek insanın onurunu yok etmez.

Şimdi ümanist ilkeleri tek tek inceleyim.

III. Ümanist ilkeler :

1. İnsan onuruna saygı ilkesi

1961 Anayasasında olduğu gibi 1982 Anayasasında da insan onuruna saygıyı açıkça kanunlaştıran bir yargı yoktur. Açıkça yazılı olsun olmasın, hukuk devleti anayasasının dayandığı değerlerin başında insan onuru gelir. İnsan onurunu (haysiyetini, şerefini) en

(7) Hukukta ümanizmanın anlamı ve değeri için bkz : G. BETTIOL, Ceza Hukukunun İnsanileştirilmesi (çev. F. EREM) Adalet Dergisi 1949 sayı 7; G. RADBRUCH, Hukuk Kavramı Olarak Ümanizma (Çev. Turhan T. YÜCE), Yargıtay Dergisi 1975 Sayı : 3

yüksek değer olarak tanınayan bir düzen ne hukuk devleti olur ne de demokrasi.

Bu konuda Türkiye Cumhuriyeti devletini bağlayan uluslararası andlaşmalar da göz önünde tutulmalıdır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1948 tarihli «İnsan Hakları Evrensel Bildiri»nin 5. Maddesindeki kural okunmalıdır :

«Hiç kimse zâlimce, insanlık dışı, onur kırıcı cezalara ve işlemlere uğratılamaz».

Avrupa Konseyi'nin İnsan Hakları Sözleşmesi de bu yolda bir çok hükümler taşır ve bunlar da Türkiye için bağlayıcıdır.

İnsan onuru nedir? Kanunlar bu kavramı tanımlamamışlardır. Ama yazarların açıklamaları kavramın aydınlanmasına yardımcı olabilir. PETERS'in izahına göre insan onuru, insanı canlı ve cansız diğer varlıklardan ayıran şeydir; onun kişiliğidir. Kişiliği, insana duymak, düşünmek, sorup araştırmak, ahlaka göre davranabilmek yetenekleri kazandırır(8). İnsan onuru, insanı başka amaçlar için bir araç derekesine (alt basamağına) indirmeyi yasaklar ve onun bizatihi amaç sayılmasını, bu amaca uygun işlem görmesini emreder (9).

Ceza soruşturması da bu değeri koruyucu kurallar koymuştur. Sanık artık ceza soruşturmasının sadece objesi (konusu) değil, bir süjesidir; ödevleri varsa erkleri de vardır(10).

2. Suçsuzluk (mâsumluk) karinesi)

Suçsuzluk karinesi (Unschuldvermutung) 1789 Fransız «İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi»nden gelir. Bu bildiri 1791 Fransız Anayasası'ndan aynen alınmıştır. Anayasanın 9. Maddesinde mâsumluk karinesi şöyle anlatılmış idi :

«Her insan, suçlu olduğu (hükümle) açıklanancaya değin suçsuz sayılacağından sanığın tutuklanmasının zorunlu olduğu halde

(8) K. PETERS, Strafprozess, Karlsruhe 1952 s. 26; daha geniş açıklama için bkz : Herbergt SCHORN, Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, Lutherhand Verlag 1963 s. 17 ve son.

(9) RADBRUCH'un düşüncesi, SCHORN, agy. s. 19

(10) Nurullah KUNTER, Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası İstanbul 1986, No. 133 ve son.

emniyete alınması için gerekli olmayan şiddet kesinlikle yasaklanmalıdır».

«Avrupa Konseyi İnsan Hakları Sözleşmesi»nin 6/2 Maddesinde de aynı kural vardır.

1982 Anayasasında suçsuzluk karinesi 38/4. Maddededir.

Suçlu sayılmamanın öteki anlatımı mâsum sayılmaktır. Bir kimse ya suçludur ya da mâsum .Başka bir oluş imkânı yoktur. Suçlu olduğu henüz bilinmeyen bir kimseyi mâsum saymak, insana saygı duyan medenî bir görüşün güzel ifadesidir. Mâsumluk bir kesinlik değil, bir varsayım, bir karinedir. Bu karine, herhangi bir vesile ile üzerine suç şüphesini çeken kimseyi gerçeği araştırmadan suçlu saymaya kolayca eğilim gösteren halk oyuna karşı hukukun bir ihtarıdır. Bu anlamda mâsumluk karinesinin tutuklama gibi zorlayıcı önlemlerle bağdaşmaz yönü yoktur(11). Önlem almak suçlu olmak ihtimaline karşıdır. İhtimal mâsum sayılmaya engel değildir. İhtimal ihtiyatı gerektirir ama sanığı suçlu saymaya yetmez. Suçlu sayılmayan kimseyi mâsum saymak doğrudur. Böylece sanık hakkında ihtiyatlı ve itidalli davranmak gereği de belirtilmiş olur.

Savcının, sanığın yalnız aleyhindeki delilleri değil, lehindeki delilleri de toplama yükümlülüğü (CMUK. 153/2) ve özellikle sanığın suçsuzluğunu isbat mecburiyetinde olmaması mâsumluk karinesinin sonuçlarıdır(12). Sanık suçlu sayılmamıştır ki kendisinden suçsuzluğunun isbatı istenebilsin.

3. Sanığa baskı yasağı

Sanığın suçlamaya karşı susma hakkı vardır. Kendini koruma içgüdüğü ile doğruyu söylemek mecburiyetini bağdaştırmaya imkân olmadığını kabul eden kanun, sanığa susma hakkı vermiştir(13).

Sanığın susma hakkı CMUK. nun 135/1. Maddesinden çıkmaktadır. Sanık ifade vermek mecburiyetinde olmadığı gibi doğruyu söylemek mecburiyetinde de değildir. Sanığı doğruyu söylemeye mecbur etmek insan yaradılışına aykırı olurdu(14). Doğruyu söy-

(11) Karşı görüş : KUNTER No. 14; EREM, Ceza Usulü Hukuku, 3. Bası Ankara, s. 145

(12) SCHORN, agy. s. 24

(13) EREM, agy. s. 150

(14) KUNTER No. 251/B

lemek mecburiyetinde olmaması, sanığın yalan söylemek hakkı olduğu anlamına gelmez(15). Doğru söylemek yükümlülüğü olmadığı için sanığın yalanı, ceza takibinde bazı ısrarlı ve inatlı haller dışında, şiddetlendirici sebep olarak göz önüne alınamaz(16).

Sanık soruşturmanın bütün aşamalarında insanca işlem görmelidir. Dövmek, işkence etmek, manevî eza vermek, kısaca sanığa insanlık dışı davranmak hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Kaynak Alman CMUK.na sonradan eklenen bir paragraf (136 a) sanığın kötü muamele, yorma, dayak, ilaç içirme, işkence, aldatma ve hipnoz gibi vasıtalarla irade ve karar özgürlüğüne zarar verilmesini yasaklamıştır. Bu Paragrafın son fıkrasında, bu yasaklar çiğnenerek alınan ifadelerin, sanığın rızası olsa bile, geçersiz olduğunu açıklamıştır. Yukarda sayılan yolsuz işler «suç teşkil eden sorgu yöntemleri»dir(17).

«Modern işkence» (18) denilen soruşturma yöntemlerine de değinmek gerekir. Narko-analiz, hipnotizma, yalan makinesi (poligraf), hakikat seromu vb. yöntem ve araçların kullanılması da doğru değildir. ALTAVİLLA'nın yazdığına göre narko-analiz yanlışlıkların kaynağıdır. Yapılan deney ve gözlemler narko - analiz ile elde edilen sonuçların güvenilir sonuçlar olmadığını ortaya koymuştur (19). RADBRUCH, yalan makinesini, «ikrara zorlama ve engizisyona dönüş» olarak nitelmiştir (20). Bunlar irade özgürlüğünü ve insan onurunu zedeler (21).

4. Hak arama özgürlüğü

a) Alman hukuk dilinde «rechtliches Gehör» denilen kavramı Anayasamız «Hak arama hürriyeti» (m. 36/1) terimi ile anlatmıştır : «Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir».

(15) Eberhardt SCHMİDT, Deutsches Strafprozessrecht, Ein Kolleg, Göttingen 1967, s. 47

(16) Eduard KERN, Strafverfahrensrecht, München-Berlin 8. Bası 1967 s. 105

(17) Ayrıntılı bilgi için : Erol CİHAN, Suç Teşkil Eden Sorgu Yöntemleri (ayrı bası) İstanbul 1971

(18) SCHORN, agy. s. 111

(19) E. ALTAVİLLA, Forensische Psychologie (Almancaya çev. BOHNE-SAX) 1. Cilt Graz-Wien-Köln 1955 s. 367

(20) SCHMİDT'den alıntı : Lehrkomm. I s. 60

(21) SCHORN, agy. s. 109

Bu hakkı sadece «savunma hakkı» olarak adlandırmak(22) eksik bir ifadedir. Çünkü bu hak iddiayı da savunmayı da içine alır.

Hak arama özgürlüğü ,soruşturma hukukunda hukuk devleti düşüncesinin bir eser, bir sonucu(23), başka deyişle, hukuk devleti ilkesine bağlı ceza yargılaması hukukunun temelidir(24). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (m. 6) hak arama özgürlüğü sanık bakımından geniş biçimde düzenlenmiştir :

«Her sanık başlıca,

a. Şahsına yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedenleri üzerinde bildiği dilde bilgi almak,

b. Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylığı elde etmek,

c. Kendisini bizzat veya seçeceği bir müdafî vasıtası ile savunmak, eğer müdafî tâyini için maddî olanaklardan yoksunsa ve adaletin selâmeti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tâyin edilecek bir avukatın yardımından parasız faydalanmak,

d. İddia tanıklarına soru sormak veya sordurmak, savunma tanıklarının da aynı şartlar altında çağrılmasını ve dinlenmesini istemek,

e. Duruşmada kullanılan dili anlamadığı ve konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından parasız faydalanmak hakkına sahiptir».

b) Soruşturma hukukunda hak arama özgürlüğü, Soruşturmada bu özgürlük, soruşturma ile ilgili olan herkese (her katılana) fiilî ve hukukî konularda yeterince konuşma fırsatı verilmesidir. Herkes dinlenilmelidir. Hâk arayan, ya davacı (savcı, müdahil davacı, şahsî davacı) ya sanıktır.

Buna göre koğuşturma ve soruşturma yapan organlar önünde ileri sürülen istekler değişik olur. Sanık bakımından hak arama özgürlüğü hakkındaki bütün suçlamayı öğrenebilmesi, soruşturma

(22) EREM, agy. s. 152

(23) LEIBHOLZ-RİNK, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Kommentar), 2. Bası Köln-Marienburg 1966 s. 489 Art. 103 Anm. 1-3

(24) SCHORN, agy. s. 68

manın her aşamasında suçlamadan kurtulmasına yarayabilecek her şeyi söyleyebilmesi, yazabilmesi, her delili gösterebilmesi demektir. Sanık hakkında verilecek kararda veya hükümde sanığın beyanına konu olmamış hiç bir materyal kullanılamaz(25).

aa. Her tanığın, bilirkişinin, suçortağının dinlenmesinden ve her belgenin okunmasından sonra sanığa ne diyeceği sorulmalıdır. (CMUK. 251). Savcı sanığa, sanık ve müdafii savcıya cevap verir. Son söz sanığındır (CMUK. 251/2). Sanığın her konuda savcıya cevap vermek hakkı, aşağıda kısaca açıklayacağım «silahların eşitliği» ilkesinin gereğidir(26).

bb. Duruşmada suçun niteliğinin değiştiği görülürse sanığa ek savunma hakkı verilir (CMUK. 258).

cc. Sanığa, gidebileceği kanun yollarının bildirilmesi mecburiyeti de hak arama özgürlüğü içinde düşünülmelidir. Bildirmenin amacı hak aramayı kolaylaştırmaktadır. Kanun yollarını haber vermek ödevi CMUK.muzda eksik ve dar ölçüde düzenlenmiştir. 261. Madenin son fıkrasında denilmiştir ki : «Hükmün tefhimi sırasında maznun hazır bulunur ve hüküm aleyhine kanun yolları varsa kendisine haber verilir». Kaynak Alman Kanunundaki düzenleme çok daha iyidir (Paragraf 35 a) : «Süreye bağlı bir yasal başvuru yoluna açık olan bir kararın bildirilmesinde ilgiliye, başvuru imkânı ve bunun süresi ve şekli öğretilmelidir». Bu hüküm Alman Kanununa sonradan konulmuştur.

CMUK.nundaki aleyhe düzeltme yasağı da (m. 326/2) burada anılmalıdır. Lâtincede deyimini ile «Reformatio in peius» yasağının en doğru açıklaması hak arama özgürlüğündedir. Sanık verilecek yeni cezanın öncekinden ağır olması ihtimalini düşünerek temyiz yoluna gitmeyebilirdi. Böyle bir korkuya yer vermemek, hak arama özgürlüğünü engellemek aleyhe düzeltme yasağının mâkul gerekçesidir.

5. Fair trial (insafli işlem) ilkesi

İngilizce »Fair trial« deyimini, Almandaca da uygun ve kapsamlı bir karşılığı bulunmadığından(27) Alman hukuk diline yerleşmiştir.

(25) SCHMİDT, Kolleg s. 48

(26) RÜPİNG, Das Strafverfahren, 2. Bası München 1983 s. 113

(27) Karl SCHAEFERS, Strafprozessrecht, Eine Einführung, Berlin-New York 1976 s. 100 kenar no. 17

Fair trial insafli, ölçülü, itidalli, dürüst işlem demektir(28).

İnsafli işlem ilkesi, soruşturma organlarının başta sanığa ve öteki ilgililere karşı insafli, anlayışlı, savunmayı kolaylaştırıcı biçimde davranmalarını ister. İlkenin içeriğini oluşturan unsurlar şöyle sıralanır :

a) Şaşırtıcı veya telkin edici soru ve «güdümlü tutanak» yasağı

Suçunu söyletmek için sanığı vaad yolu ile kandırmak veya şaşırtıcı, telkin edici sorular sormak caiz değildir(29). Sanığın ve tanığın ifadelerini, hâkimin duruşmadan önce dosyadan edindiği önyargıları destekleyici biçimde değiştirip yazdırmak, düzgün yazdırmak amacı ile veya bahanesi ile ifadelerde kullanılan cümleleri bozmak, ifadelerin orjinal sırasını değiştirmek, ifadelere anlamı kuvvetlendirici veya zayıflatıcı sıfatlar eklemek(30) insafli işlem ilkesine aykırıdır. «Güdümlü tutanak» gerçeği saptırmanın aracıdır.

Telkin edici sorular da önyargıları desteklemek için kullanılır ve şüphesiz gerçeği saptırır. Bu sorular daha çok tanıklara yöneltilir. Tanık, mahkemenin alışık olmadığı ürküntü verici dekoru içinde hâkimin telkin edici sorularından kolayca etkilenebilir. Örneğin, «öyle değil mi?» «böyle olmuş sen ne gördün?» gibi güdümlü sorular tanığı bildiğini dosdoğru söylemekten alıkoynabilir.

Şu olay çok ilginçtir : Amerika'da bir mahkeme başkanı, sigara tiryakisi olan 5 tanınmış ceza avukatına şu soruyu sordu : «Carmel sigara paketinin üstünde resmi görülen adam deveye binmiş midir yoksa deveyi yularından mı tutarak götürmektedir?». 4 avukat adamın deveyi ipinden çektiğini, 1 avukat da deveye bindiğini

(28) Avrupa İnsan Hakları Ana Sözleşmesi'nin Türkçe metninde «Fair trial» (Fransızca : proces équitable) «hakkaniyete uygun» deyiimi ile çevrilmiştir. DONAY terimi «âdil biçimde» diye Türkçeleştirmiştir : Süheyl DONAY, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982 s. 37 dipn. 1.

(29) Erol CİHAN, Ceza Muhakemesi Hukukunda İkaz, İhtar, Hukuka Aykırı vaad ile telkin kavramları, İstanbul Hukuk Fa. Mecmuası 1970 Sayı:4 s. 127 ve son.

(30) Örn. «hızlı yerine çok hızlı», «oldukça uzak yerine çok uzak», «bir az sarhoştı yerine sarhoştı» vb. Tanık şöyle dedi : «Bu kişi sanığa bir az benziyordu» Başkan azarladı : «Benziyordu ne demek bir az ne oluyor, bir kimse öbürüne ya benzer ya benzemez». Bu, telkin edici bir sorgulamadır.

söylemiştir. Gerçekte paket üzerinde deve resmi vardır ama adam resmi yoktur(31). Telkin edici soru avukatları yanılmıştır. Soru belki şöyle olmalıydı : «Camel sigara paketinin üstündeki resimde ne olduğunu söyleyiniz».

CMUK.nun «Her şahit ayrı ayrı ve sonradan dinlenecek şahitler yanında bulunmaksızın dinlenir» (m. 54/1) ve «Şahit şahitliğini ederken sözü kesilmez» (m. 62/1) hükümlerinin amacı sanığı telkinlerden korumaktır.

b) Silahların eşitliği

Silahların eşitliği medenî yargılamanın bir ilkesidir. Orada davacı ve davalı her yönden eşit durumdadır. İddia ve savunma aynı imkânları kullanırlar.

Ceza soruşturmasında koğuşturmacı olan devletin imkânları sanığın imkânlarından çok üstündür. Savcı ile sanığın durumlarını bir ölçüde eşitlemek üzere ceza soruşturmasında da sınırlı bir silahların eşitliği ilkesi için çalışılmaktadır. İlke Kanunda açıkça yazılı olmayıp bir kaç hükümden çıkar(32). Savcının sadece sanığın aleyhine olan delilleri değil, lehine olan delilleri de toplamak yükümlülüğü (m. 153/2) silahların eşitliğini sağlamaya yönelmiş bir hükümdür(33).

Son soruşturmada artık silahlar eşittir. Sanık da her konuda konuşabilir, delil gösterebilir, istemlerde bulunabilir, tanıklara ve bilirkişilere soru sorabilir. Sanık, keşif sırasında ve duruşmada bilirkişi çağırabilir (m. 188). Çağırılması daha önce reddedilmiş olan kimseyi (tanığı ve bilirkişiyi) duruşmaya getirebilir (m. 213).

Son sözün sanığa verilmesi kuralı, hatta denilmiştir, silahların eşitliğini bir noktada bozan, sanığı tercih eden bir kuraldır (34).

Silahların eşitliğini — olabildiğince — sağlamaya yarayan öteki esaslar şunlardır : Sanık suçsuzluğunu isbat zorunda değildir. İsbat savcıya (veya şahsî davacıya) ve gerçeği bulmak üzere re'sen soruşturma yapan mahkemeye düşer. Sanık şüpheden yararlanır (in dubio pro reo).

(31) KERN, agy. s. 124-125

(32) KERN, agy. s. 72

(33) Robert HAUSER, Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrecht, Basel-Frankfurt 1984 s. 153

c) İyi niyet kuralı

İsviçre içtihatlarına göre Medenî Kanununun (m. 2) iyi niyet kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kamu hukukunda (ve ceza soruşturmasında) geçerlidir. Bu kural Uri ve Apenzel kantonlarının ceza yargılaması kanunlarında açıkça yer almıştır (35).

Alman doktrininde hakkın kötüye kullanılması yasağı sürekli vurgulanmaktadır(36). Bu yasak iyi niyet kuralının bir başka anlamıdır. Alman Federal İdare Mahkemesi «güveni koruma» (Vertrauensschutz) ilkesinin kamu hukukunda da geçerli olduğunu açıklamıştır(37).

İyi niyet kuralı, kanunlarda yazılı olsun olmasın, hukukun en yüksek ilkelerinden biridir ve şüphesiz ceza soruşturmasında da geçerlidir. Bunu özel hukuka özgü bir esas saymak yanlıştır.

CMUK. işi uzatmak amacı ile (yâni kötü niyetle) gösterilen delillerin reddini emretmektedir (m. 238). Savcıya, sanığa ve müdafie verilen tanıklara ve bilirkişilere soru sormak müsadesi kötüye kullanılırsa geri alınır (m. 234).

Adliye organları da iyi niyet kuralına aykırı davranabilirler. Örn. : Savcı dosyaların, sanık adlarına göre düzenlenmiş sırasını bozarak bir dosyanın belli bir mahkemeye gönderilmesini sağlayabilir. Veya Yargıtay dairesi yerel mahkemenin kararını bozduktan sonra dosyayı, aynı mahkemeye değil, arzu edilen sonucu elde etmek üzere başka bir mahkemeye (CMUK m. 322) gönderebilir(38).

Kötüye kullanılmış hallerini tek tek saymaya imkân yoktur. Çünkü her yetki kötüye kullanılabilir.

6. Orantı ilkesi

Orantı ilkesi (Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit) de temel hakların özünden çıkan bir hukuk devleti ilkesidir(39).

(34) KERN, agy. s. 72, 307

(35) HAUSER, agy. s. 154

(36) RÜPİNG, agy. s. 16; SCHAEFERS, agy. s. 101; Heinrich HENKEL, Strafverfahrensrecht, 2. Bası 1968 s. 242

(37) SCHWARZ-KLEİNKNECHT, Strafprozess-ordnung 31. Bası München 1974. s. 38

(38) RÜPİNG, agy. s. 17

(39) SCHWARZ-KLEİNKNECHT, s. 5; SCHAEFERS, agy. s. 96-97

Bu ilkeye göre her önlemin uygulanması yüzünden doğacak zarar amaçlanan sonuç ile orantılı olmalıdır(40). Hâkim temel haklara dokunan bir kuralı uygularken temel hakların önemini ve değerini göz önünde tutmalıdır. Sadece maksada uygunluk düşüncesi ile hareket etmemelidir. Var olan suç şüphesi bir önlemin uygulanmasını haklı göstermelidir(41). Başka deyişle, araç ile amaç arasında mâkul (akla uygun) bir orantı bulunmalıdır. Bundan ötürü ilke «aşırılık yasağı» (Überrmassverbot) diye de adlandırılır.

Orantı ilkesi, en çok tutuklama gibi zorlayıcı önlemlerde söz konusu olur. Zorlayıcı önlem henüz hüküm giymemiş bir kişinin özgürlük alanına müdahaledir. Bu açıdan ölçüsüz ve gereksiz kullanılmamalıdır. Örn.: Hafif hapis gerektiren suçlarda tutuklama yetkisi çok sınırlıdır (CMUK. 105) veya teminat (kefalet) karşılığı tutuklamadan vazgeçilebilir (CMUK. 117).

Orantı ilkesi ve hak arama özgürlüğü bazı Alman kitaplarında «Fürsorgepflicht» adı altında açıklanmaktadır. Bu, yardım yükümlülüğü demektir. Zorlayıcı önlemlerde aşırı gitmemek, özellikle hukuk bilgisi olmayan kimselere kendilerine yararlı istemlerde bulunmak fırsatını vermek üzere haklarını açıklamak, savunmalarına yardımcı olmak savcıya ve hâkime düşen yardım yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğü, yasal sınırlar içinde, aşırı gitmeden, bir müdafî hizmetine dönüştürmeden yerine getirmek hukuk devletine bağlı soruşturma hukukunun gereklerindedir.

(40) SCHWARZ-KLENKNECHT, s. 5; SCHAEFERS, s. 96-97

(41) MÜLLER-SAX, Kommentar zur Strafprozessordnung (begründet von Th. KLEINKNECHT-H. MÜLLER-L. REITBERGER) c. I Darmstadt 1966 s.348