

ADİL YARGILANMANIN BİR UNSURU OLARAK “SUSMA HAKKI”

“THE RIGHT OF SILENCE” AS AN ELEMENT OF FAIR TRIAL

Çağrı KAN AYDIN*

Özet: Temel hak ve özgürlüklerin etkili bir biçimde korunmasını sağlamak için bu hak ve özgürlüklerin hukuki metinlerde sayılması yeterli değildir. Aynı zamanda, bu hak ve özgürlüklerin korunması amacına yönelik olarak birtakım temel usul güvencelerine de yer verilmesi gerekir. Bu nedenle adil yargılanma hakkı, temel usul güvenceleri ile birlikte batı hukuk sistemlerinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Susma hakkı ise bu bütünün içinde adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak savunma hakkı bakımından önemli bir yer teşkil etmektedir. Susma hakkı bulunmayan savunma hakkı eksiktir. Susma hakkının çalıştırılmadığı bir yargılamada da adil bir yargılamadan söz edilemeyecektir. Adil bir yargılama, bu kapsamdaki hakların azami seviyede yerine getirilmesi ile mümkündür. Bu bakımdan susma hakkı sanığı koruyan ve gerçeği öğrenmek için her türlü yöntemin kullanılmadığı bir yargılamayı garanti etmektedir. Ancak susma hakkı adil yargılanma içinde mutlak değildir.

Anahtar Sözcükler: Susma hakkı, ceza hukuku, insan hakları, adil yargılanma, savunma hakları.

Abstract: In order to effectively protect fundamental rights and freedom, it is not enough to mention these rights and freedom in legal texts. It is also required to include some fundamental method assurances to protect these rights and freedom. Therefore, right of fair trial with the fundamental method assurances is an inseparable part of common law systems. The right of silence is occupying an important place from the point of defendant right within that totality as an element of right of fair trial. Defendant right will be incomplete without right of silence. It will also not be possible to mention about a fair trial without an operational right of silence.

* Nevşehir Üniversitesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri ABD öğretim elemanı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD doktora öğrencisi.

A fair trial is possible with the maximum fulfilment of rights in this content. In this respect, right of silence is assuring a trial protecting the culprit and lack of all manners of methods to learn the truth. On the other hand, right of silence is not absolute in fair trial.

Keywords: Right of silence, fair trial, criminal law, human rights, defendant rights.

İLK SÖZ

Temel hak ve özgürlüklerin etkili bir biçimde korunmasını sağlamak için bu hak ve özgürlüklerin hukuki metinlerde sayılması yeterli değildir. Aynı zamanda, bu hak ve özgürlüklerin korunması amacına yönelik olarak birtakım temel usul güvencelerine de yer verilmesi gerekir. Bu nedenle adil yargılanma hakkı temel usul güvenceleri ile birlikte batı hukuk sistemlerinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır.¹ Bir insan hakkı² olarak adil yargılanma hakkı insan hakları hukuku ve uluslararası ceza hukukunda ifadesini, örf ve adet hukuku ile yazılı anlaşmalar hukukunda da kaynağını bulan bir hak olması dolayısıyla oldukça önemlidir.³ Bu hak demokratik bir yönetimin temel öğelerinden olan “hukukun üstünlüğü ilkesini” içinde barındırmaktadır. Adil yargılanma hakkının aynı zamanda AİHS’de bulunan diğer hakların uygulanabilirliği bakımından da temel bir işlevi bulunmaktadır.

¹ Tanrıkulu, Sezgin, Adil Yargılanma ve İddianamenin İadesi-Kabulü-Tebliğü, *TBB Dergisi*, S. 64, Ankara 2006, s. 71.

² Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Ankara 1997, s. 33 vd.; İnsan hakları, sözleşme ya da hukuktan değil ahlakilik düşüncesinden kaynaklanır. İnsan hakları en üstün ahlaki taleplerdir. Çünkü insan haklarının koruduğu temel değer, en üstün ahlaki değer olan insanın değeridir.

³ Ünver, Yener, “Adil Bir Yargılanmaya İlişkin Avrupa Temel Hakkı”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, *Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan*, s. 67; Avrupa sathındaki mahkemelerdeki adil yargılanma ilkesi açısından, şimdiye kadar uygulamaya geçirildiği ve ihlal edildiği en çok saptanmış bulunan madde AİHS’nin 6. maddesidir, Turan, Hüseyin, “Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ndeki Yeri ve Önemi” , *TBB D*, Sayı 84, 2009, s. 213.; Maddenin sözleşmenin en önemli maddesi durumuna gelmesinde birden çok neden bulunmaktadır. İhlalin yoğunluğunun dışındaki nedenlerden ilki maddenin gerek iç hukukta gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde en çok başvuru konusu olma özelliğini taşımasıdır. Bir diğer nedense adil yargılanma hakkını düzenleyen sözleşmenin 6. maddesinin hukuk devleti ve demokrasi ile yakın ilişki içerisinde olan sözleşmenin en kapsamlı maddelerinden biri olmasıdır.

Bu işlev adil yargılanma hakkının⁴ birden fazla unsuru içeren bir bütün olmasıdır.⁵ Tüm bunlar adil yargılanma hakkına önem atfetmektedir. "Susma hakkı" ise bu bütünün içinde adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak savunma hakkı bakımından önemli bir yer teşkil etmektedir. Susma hakkı bulunmayan savunma hakkı eksiktir. Susma hakkının çalıştırılmadığı bir yargılamada da adil bir yargılamadan söz edilemeyecektir. Tüm bunlara ilave olarak, adil bir yargılama tüm aşamaları ile bir bütün olarak değerlendirileceğinden ve şüphelilik statüsünün soruşturmayla başladığı⁶ da göz önüne alınacak olursa, hak ihlalinin yaşanmaması açısından özellikle de konumuz olan "susma hakkı" açısından içerilen önem açıktır. Adil yargılanmanın yumuşak karını, adil yargılanma hakkının ne olduğunun tanımlanmış olmamasıdır. Gerçekten insan hakları hukuku, uluslararası ceza hukuku ve iç hukuk metin ve uygulamalarında bu konuda herhangi bir tanım bulunmamaktadır. Adil bir yargılama-yargılanma açısından sağlıklı bir değerlendirme yapabilmekse ancak adil yargılanma hakkının kapsamındaki hakların sayılması ile yapılabilmektedir. İşte susma hakkı bu kapsamdaki haklardan biridir.⁷ Bu açıdan adil yargılama-yargılanma açı-

⁴ Altunkaş, Aysun, "Adil Yargılanma Hakkı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü Işığında", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2007, S. 1, İstanbul, s. 64.; Adil yargılanma hakkının medeni, hukuki ve cezai yargılama alanı olmak üzere bütün hukuk sistemini etkileyen bir hak olması dolayısı ile bu kapsamda yer alan haklara bütün yargılama süreci boyunca özen gösterilmesi gerekmektedir.

⁵ Tanrıku, Sezgin, Adil Yargılanma ve İddianamenin İadesi-Kabulü-Tebliğü, *TBB Dergisi*, S. 64, Ankara 2006, s. 71.

⁶ Kunter / Yenisey / Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2009, s. 364; Kunter'e göre "şüphelilik statüsünün" başladığı an, bir kişi hakkında soruşturmanın başladığı andır. İlgilinin kendisine yapılan soruşturma ve araştırmalardan haberdar olması gerekmez. Koğuşurma makamları somut şüphe sebeplerine dayanarak söz konusu kişi veya kişilerden şüphelenmişler ve araştırma yapmaya başlamışlarsa, ilgili artık "geniş anlamda sanık" durumundadır. Bu şüphe basit bir şüphe ise ilgili "şüpheli" statüsündedir. Şüphelilik statüsünün temel haklar ne zaman kısıtlanmaya başlanırsa o andan itibaren gerçekleştirildiği kabul edilmelidir. Kunter-Yenisey- Nuhoglu dar anlamda sanıklık sıfatını ise, iddianamenin kabulü anından değil, suç isnadından başlatmakta sanığın isnadı öğrenmesini aramamaktadır. CMK m.175 f. 2 ise "sanıklık" hukuki durumunun iddianamenin düzenlenip mahkemeye verilmesi anında değil "iddianamenin kabulü" anında doğmasını benimsemiştir.

⁷ Altunkaş, Aysun, a.g.m., İstanbul 2007, s. 62.

sından sağlıklı bir değerlendirme, hakkın kapsamı içindeki daha nitelikli hakların da tespiti ile mümkün olacaktır.

Yukarıdaki açıklamaların ışığında çalışmamızda susma hakkı, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak incelenecektir. Bunun için, adil yargılanma hakkı ile ilişkisini tespit edebilmek adına, “*adil yargılanma*” kavramı nitelik ve içerik açısından incelendikten sonra susma hakkının incelenmesi yöntemi izlenecektir. Çünkü bütün ile parçayı adil yargılanma diyalektiği açısından ayırmak kanımızca çok sağlıklı olmayacaktır.

1. Adil Yargılanma Hakkının Genel Olarak Tarihi ve Hukuki Gelişim Süreci

Adil yargılanma hakkının bireysel özgürlüklerin güvence altına alınması anlamında hukukça tanındığı ilk belge 1215’te imzalanan ve 63 maddeden oluşan *Magna Carta Libertatum*’dur.⁸ *Magna Carta*’dan sonra 1628 yılında kabul edilen *Petition of Rights*’da getirilen ilkelerin en önemlilerinden biri, hukuka uygun bir yargılamada *sanığın da birtakım haklara sahip olduğudur*. 1679’daki *Habeas Corpus*’la ise “*keyfi olarak tutuklanmama ve cezalandırılmama hakkı*” getirilmiştir.⁹

⁸ Metnin tümü için bkz. Çeçen, Anıl, *İnsan Hakları Rehberi*, Ankara 1999, s. 11-12: “Yaygın görüşe göre insan haklarını düzenleyen metinlerin başlangıcı kabul edilen *Magna Carta Libertatum* adil yargılanma hakkı konusu bakımından önemli bir belgedir. Batıda insan haklarının korunması ve sanıklara ceza kovuşturması sırasında bazı hak ve güvencelerin tanınması ile ilgili hükümlerin sınırlı da olsa 1215 tarihli *Magna Carta Libertatum*’da yer aldığı kabul edilmektedir. Bu düzenlemelere göre Kraliyet hakimlerinin bakması gereken davalara hiçbir şekilde memurlar bakamayacak, özgür kişilerin mal ve can güvenliklerine dokunulamayacak, mahkeme kararı dışında tutuklama, hapis, sürgün, mal müsaderesi yapılamayacak ve cezalar suçun ağırlığı ile orantılı olacaktır.”

⁹ Başaran, Başar, *Adil Yargılanma Hakkı*, AÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, s. 12-15: Belge’nin 39. maddesi “Hiçbir özgür kişinin, eşitlerin hukuka uygun yargılanması veya ülkenin hukuki düzenlemeleri haricinde hapsedilemeyeceği”, 40. maddesi ise “Adaletin reddedilemeyeceği ve ertelenmeyeceği” hükümlerini içermektedir. İngiltere’deki bu gelişmeler Kuzey Amerika’daki İngiliz kolonilerini de etkilemiş ve 1776 Virginia Haklar Bildirgesi ile kişi hak ve hürriyetleri prensibi ilan edilmiş ve bu hakların ne olduğu tek tek sayılmış, üstün hukuk kuralları oldukları açıklanmıştır, Fellman, David, *The Defendant’s Rights Today*, Wisconsin 1976, s. 131 vd: Habeas Corpus kişi hak ve özgürlüğünün yasal olmayan şekilde ihlali halinde, bu hakları süratle temize çıkaracak yasal bir süreçtir. Aynı za-

Virginia Haklar Bildirgesi¹⁰ de adil yargılanma hakkını içerik olarak kayıt altına alan ilk belgelerden biri olarak gösterilebilir. Bu bildirgeye göre, "Herkesin ceza davalarında suçlamayı öğrenmek, tanıklara çapraz sorgulama yaptırmak, jüri önünde davanın ivedi biçimde sorgulanmasını istemek hakkı vardır. Kimse, kendi aleyhine tanıklığa zorlanamaz."¹¹ susma hakkı ise aleyhine delil sunmaya zorlanamama ve lehine delil sunma hakkı olarak, bu bildirgede yer almıştır.

10 Aralık 1948'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ni kabul etmesi ile bildirinin 10. maddesinde adil yargılanma hakkı yer almıştır.¹² Bu hükümlerle adil yargılanma, terimsel olarak tanımlanarak, suç isnadının dışında hak ve yükümlülüklerle ilişkilendirilmiştir.

Batıda tüm bu gelişmeler yaşanırken bizde, 1876 tarihli Kanun-i Esasi ile yargılamanın aleniliği, savunma hakkı, merci kaideleri ve olağanüstü mahkemeler ile ilgili genel hükümler yasal statüye kavuşturulmuş, 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ile mahkemelerde yargılamanın aleniliğiyle herkesin mahkeme huzurunda haklarını savunmak için gerekli gördüğü meşru vasıtaları kullanmakta serbest oldu-

manda anayasanın büyük bir savunma duvarı olarak da adlandırılmaktadır. Feyzioğlu, Metin, "Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu", *AÜHFĐ*, Cilt 44, Yıl 1995, S. 1-4, s. 666, 667; Habeas Corpus Anglo Sakson Hukukunun kişi hürriyetlerini korumak amacıyla geliştirdiği bir kurumdur. Kıta Avrupası hukukunda Anglo Sakson Habeas Corpus'u ile tam olarak karşılaştırılabilecek bir kurum bulunmadığı belirtilmelidir. Buna karşın bu kurumun temelinde yer alan, kişi hürriyetinin özellikle idare tarafından kısıtlanması düşüncesi, Kıta Avrupası'nda da etkili olmuş ve burada temel hak ve hürriyetler anayasa ve kanun metinlerinde formüle edilmek suretiyle güvence altına alınmışlardır.

¹⁰ http://tr.wikisource.org/wiki/Virginia_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_Bildirgesi, (Erişim Tarihi 18.3.2010): 12 Haziran 1776'da kabul edilen 16 maddelik insan hakları bildirisi.

¹¹ Çelik, Adem, *Adil Yargılanma Hakkı*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku, Ankara 2007, s. 10, 1789'da Fransız İhtilali'nin hemen ardından İnsan ve Vatanadaş Hakları Bildirgesi ilan edilmiş ve Amerikan Haklar Bildirileri ile Amerikan Anayasası'na esin kaynağı olan fikirler Avrupa Kıtası'nda da kabul ve ilan edilerek resmen yayılma olanağına kavuşmuştur.

¹² <http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/iheb.html>, (Erişim Tarihi 9.6.2010): İHEB. m.10- "Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır."

ğu hükümleri düzenlenmiş, 1961 Anayasası'nın 33. maddesiyle "Ceza-
ların Kanuni ve Şahsi Olması; Zorlama Yasağı" başlığı altında, "adil yar-
gılanma hakkı" ve susma hakkı aynı ad altında olmasa da içerik olarak
düzenlenmiştir."¹³

1982 Anayasası'nda, 2001 yılında yapılan değişiklikle 36. madde-
de¹⁴ herkesin "adil yargılanma hakkı"na sahip olduğu "Herkes, meşru va-
sıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve da-
valı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" tümcesi
ile açıkça dile getirilmiştir. Değişiklikle adil yargılanma hakkının artık
anayasal bir hak olarak güvence altına alındığı görülmektedir.¹⁵

2. Adil Yargılanma Hakkının Tanımı

"Adil yargılanma hakkı" genel olarak, siyasi iktidarın başta ceza
hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun ilkeleri olmak üzere, hu-
kukun genel ilkelerine uygun norm oluşturması, bu normlara uygun
yargılama yapması ve yine bu normlara uygun icrai faaliyette bu-
lunmasını içerir. Bu anlamıyla adil yargılanma hakkı, aynı zamanda
devletin yasama, yürütme ve yargı erklerini bağlayan genel bir hu-
kuk kuralıdır.

Hukukun üstünlüğü ilkesine hayat veren hakların başında gele-
rek, AİHS'nin başlangıç bölümünde Avrupa devletlerinin ortak mirası
çinde de sayılmıştır.¹⁶ Aslında Sözleşme'nin ne trajiktir ki en çok ihlal

¹³ Başaran, Başar, a. g. e., Ankara 2007, s. 7-3 <http://ilef.ankara.edu.tr/akildefteri/gorsel/dosya/10460171751961.doc>, (Erişim Tarihi 17.3.2010): 1961 AY md 33 "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz. Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur. Kimseye, suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Kimse, kendisini veya kanunun gösterdiği yakınlarını suçlandırma sonucunu doğuracak beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Ceza sorumluluğu şahsidir..."

¹⁴ <http://www.belgenet.com/yasa/k4709.html>, (Erişim Tarihi 9.6.2010): Madde 14, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 36. maddesinin birinci fıkrasına "savunma" ibaresinden sonra gelmek üzere "ile adil yargılanma" ibaresi eklenmiştir.

¹⁵ Başaran, Başar, a. g. e., Ankara 2007, s. 7-13, Akilhoğlu, Tekin, *İnsan Hakları I, Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, Ankara 1995, s. 6 vd., Anayasa'da yazılı pozitif insan hakları "temel haklar" adını alır.

¹⁶ Akbulut, Olgun, Adil Yargılanma Hakkı, *Kemal Oğuzman'a Armağan, Galatasaray*

edilen hükmü de 6. madde hükmü olmuştur.¹⁷ Bunda kanımızca adalet kavramı üzerinde süregelen pozitif hukuk-tabii hukuk çatışmalarının ve adalet idesinin rölatifliğinin de payı olsa gerektir.¹⁸ Buna karşın adil yargılanma hakkı yalnızca ulusal anayasa hukuku ve muhakeme hukukunun bir parçası olmakla kalmamış, aynı zamanda Avrupa anayasal düzeninin "ortak bir değeri" ve "hukuk devleti anlayışının" ayrılmaz

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1 , İstanbul 2002, s. 175.

¹⁷ Dönmezer, Sulhi, *Sulhi Dönmezer Armağanı*, "Adil Yargılanma Hakkı Üzerine Notlar", Yazarın Son Çalışmaları, C. 1, Ankara 2008, s. 223; Bu ikinci tip haklar için Dönmezer, himaye edici haklar terimini kullanmaktadır, Bu konuda hakkın ihlaline ilişkin rakamsal veriler ihlalin boyutları hakkında bilgi verebilir. <http://www.cumhuriyet.com.tr/?hn=122820>, (Erişim Tarihi 17.3.2010): "Türkiye, Anayasa değişikliği kapsamında yapılacak yargı reformuna odaklanırken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin faaliyet raporu, yargı reformuna olan ihtiyacı gözler önüne serdi. Rapora göre 2010 yılının ocak ayı itibari ile mahkemenin önünde bulunan 119 bin 300 dosyanın 13 bin 100 adedini Türkiye aleyhine yapılan başvurular oluşturuyor. Buna göre mahkemenin baktığı her 9 davadan biri Türkiye ile ilgili. AİHM'in verdiği toplam 12 bin 198 ihlal kararının ise 2 bin 295'i Türkiye'ye ait. Bu kararların büyük kısmını da "adil yargılanma hakkı ihlali" oluşturuyor. AİHM'nin, ülkelere göre ihlal istatistiklerine göre AİHM'ne yapılan 12 bin 198 ihlal başvurusunun 2 bin 295'i ile ilk sırayı Türkiye'den yapılan başvurular oluşturuyor."

¹⁸ Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2009, s. 66, 69, 70: " 'Adalet idesi' ile ilgili değerlendirmelerin rasyonel bir temeli bulunup bulunmadığı tartışılabilir. 'Adalet sorunu' hukuk felsefesi alanında uzun süre canlılığını korumuş ve insan düşüncesinin ilgisini üzerine çekmiştir. Ancak çağlar boyu süren ve halen de devam eden çabalar adaletle ilgili değer yargılarının, ahlak alanında, davranışların iyiliği ve kötülüğü konusundaki değer yargıları gibi objektif geçerli kriterlerinin bulunmadığını ortaya koymuştur." Bu noktada kanımızca adil yargılanma kavramının kökeninde bulunan adalet ve adil olma kavramlarının belirsizliği en çok ihlal edilen madde olma kaotik sonucunu da beraberinde getirmektedir. "Tabii hukuk görüşünün yandaşları, insanların sahip oldukları hukuk ideallerinin yalnızca onları etkileyen sosyal çevrenin eseri olmadığını fakat insanın akıl ve ruh yapısının da bu alanda etkili olduğunu kabul ederler. Onlara göre insan, nasıl mantık kurallarına uygun düşünmek isterse, toplumda adaletin gerçekleşmesi isteği de insanın akli ve ruhsal yapısına aynı şekilde bağlıdır. Hukuk normlarının kapsamını meydana getiren adalet idesinin zorunlu olarak değişmez nitelik taşıması gerekli değildir. Adaletle uygun çözüm bulma isteği ise temelde bir inanç sorunu olarak karşımıza çıkar. Bu noktada tabii hukuk anlayışı belli bir zamanda, belli bir toplumda ve belli bir durumda hukukla ilgili tek çözümün adaletle uygun ve haklı diğer çözümlerin ise adaletle aykırı ve haksız olduğunu kabul eder. Pozitif hukuk görüşü ise hukuku adalet ilkesine göre değerlendirmeyi mümkün kılmıştır. Pozitif hukukla birlikte adaletle uygun ya da aykırı hukuk gündeme gelmektedir. Pozitif hukukun bulunmadığı bir toplum düzeni açısından ise adaletle uygunluk ve aykırılık tartışması da anlamsız olacaktır."

bir parçası olarak da kabul edilmiştir. Yine AİHM'nin içtihatları ile de sürekli genişletilmektedir.¹⁹

3. Adil Yargılanma Hakkının Kapsamı ve Niteliği

AİHS bütünü bakımından göz önüne alındığında iki türlü hak tesis ettiği görülmektedir. Bunlardan ilki özgürlüğü tesis eden haklar, ikincisi ise bu hakları koruyan ve bu hakların işlevsel güvencesini sağlayan haklardır. Adil yargılanma hakkı ise ikinci tür hak tesisi biçimine girmektedir. Adil yargılanma hakkının klasik negatif haklar içinde sayılmasına karşılık tam anlamı ile gerçekleşmesi için devletin çok sayıda pozitif edim yüklenmesi gerektiği de hatırlanmalıdır.²⁰ Bu bağlamda 6. madde kapsamındaki garantiler yalnızca mahkemedeki yargılama sürecine uygulanmamakta, bu süreçten önceki ve sonraki aşamalarda da uygulanabilmektedir.²¹ Sözleşmede "adil yargılanma"nın niteliğinin "hak" olduğu göz önüne alındığında konusu, sujelere ve yaptırımı itibarı ile hakkın kapsamının belirlenmesi yerinde olacaktır. Bu noktada hakkın konusu adil yargılanma usulüdür. Hakkın sujelere, sözleşmeye taraf devlet ve hakkında hüküm kurulmuş olan kişidir. Bütün bunlarla üye devletlerde ortak bir kamu düzeninin varlığı kabul edilmekte ve 6. madde de bu düzenin bir parçası olarak sayılmaktadır.

¹⁹ Tezcan/ Erdem/ Sancaktar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2002, s. 222. Bu noktada da kanımızca sınırlarının tam tespit edilememesi ve değere dayanan bir yapı ile içinin doldurulması ihlal edilebilme sıklığını gündeme getirdiği kadar, koruma alanını zayıflatmaktadır. Tanrıku, Sezgin, a.g.m., s. 74, 75: Buna paralel olarak AİHM Engel kararında isnat veya ceza davası bakımından adil yargılanma hakkının uygulama alanı olarak üç kriterin var olduğuna dikkati çekmiştir. Bu kriterler, isnat olunan fiilin ilgili iç hukukta düzenlenme yeri, eylemin doğası ve üçüncü olarak cezanın tür ve ağırlığıyla maddenin uygulama alanını saptamada kullanılan kriterlerdir. Mahkeme "suç isnadı" kavramının biçimsel olmaktan çok maddi olarak ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Kavramın belirlenmesinde de, şüphelinin durumunun esaslı olarak etkilenip etkilenmediğine bakmıştır.

²⁰ Algan, Bülent, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Ankara 2007, s. 129.

²¹ Tanrıku, Sezgin, a.g.m., s. 73: Mahkeme, Magee Birleşik Krallık Davası'nda bu görüşünü, 6. maddenin esas amacının her ne kadar yöneltilen suçlama hakkında yetkili bir mahkemede adil yargılanmayı sağlamak ise de, bu maddenin yargılama öncesi takibatta hiç uygulanamayacağı anlamına gelmeyeceği, dolayısı ile 6. maddenin ve özellikle 3. fıkrasının dava açılmadan da geçerli olduğunu vurgulamaktadır.

Oysa, kamu düzeninin bir parçası olmak birtakım farklı sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir. Bunlardan ilki 6. madde bakımından gündeme gelebilecek otonom kavramların varlığı, ikincisi ise 6. maddenin üye devletlere yorum bakımından *kısıtlanmış bir takdir hakkına* yer vermiş olmasıdır. 6. maddeye göre adaletin temelini belirleyicilerinden biri aynı zamanda bu konudaki amaçlardır. Devletler adaletin vasıtalarını belirleme ve bu konuda *seçim yapma imkanına* sahiptir. Buna göre adalet bağımsız ve tarafsız bir mahkemece yerine getirilmeli, yargılama adil, hakkaniyete uygun ve aleni olmalıdır. Devletse bu konuda pasif kaldığını ispat ederek sorumluluktan kurtulamamalıdır.²² Adalet yerine getirilirken doğal olarak sanığın sahip olduğu haklar da kullanılacaktır. Bu noktada, susma hakkının yargılamanın adilliği ile ilişkili bulunduğuna hiç kuşku yoktur.

Jellinek tarafından yapılan sınıflandırmaya dayanan negatif, pozitif ve aktif statü hakları ayrımı öğretide klasik insan hakları ayrımı olarak kabul edilmekte olup, Türk öğretisinde de uzun süre en yaygın kabul gören sınıflandırma biçimi olmuştur. Bu ayrım statü kavramı ve bireyin devlet karşısındaki konumu çerçevesinde temellenmiştir.²³ *“Klasik haklar olarak da adlandırılan birinci kuşak haklar, kişi özgürlükleri ile siyasi hakları içermekte olup, Jellinek’in insan hakları sınıflandırmasındaki negatif ve aktif statü haklarına karşılık gelmektedir. ‘Koruyucu haklar’ olarak adlandırılan negatif statü hakları, bireye devlet de dahil kimsenin karşılamayacağı bir özel alan sunmaktadır. Bu noktada bireye negatif statü sağla-*

²² Sulhi Dönmezer *Armağanı*, a.g.m., C. 1, Ankara 2008, s. 224: Böylelikle 6. madde Strasbourg Organları’nın yorumuna bağlı olarak çeşitli otonom kavramlar ortaya çıkarmaktadır.

²³ Algan, Bülent, *a. g. e.*, Ankara 2007, s. 38, 39: Negatif-pozitif ve aktif statü hakları biçimindeki tasnife yöneltebilecek eleştiri, bu ayrımın yeni ortaya çıkan birtakım hakları açıklamakta zorlanması olarak belirlenebilir. Kuşaklara göre yapılan insan hakları sınıflandırmasında üçüncü kuşağı oluşturan ve halkların hakları olarak bilinen hakların, klasik insan hakları tasnifi içindeki yeri belirsizdir. Dikate alınmaya değer bir görüşe göre bütün insan hakları devletin her iki tür edimini birlikte gerektirir. Bir hakkın devlete yüklediği edimin pozitif ya da negatif niteliğinin görece daha büyük olması yere ve zamana göre değişiklik gösterebilir. Örneğin işkencenin yaygın ve sistematik olarak uygulandığı bir ülkede kişinin işkenceden korunma hakkı, devlete negatif edimden çok daha fazlasını yükleyebilir. Nakleden, Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa 2009, s. 112: Hürriyetin monizmi, her ne kadar temel hak ve hürriyetler konusunda çeşitli ayrımlar yapıyor olsa da temel hak ve hürriyetlerin bir bütün olduğu düşüncesidir.

yan negatif statü haklarının devlete biçtiği rol de negatiftir. Ancak bu, devletin bu alanda hiçbir düzenleme yapamayacağı anlamına gelmez. Ayrıca, bazı birinci kuşak haklardan bireylerin yararlanabilmesi için devletin hakkın kullanılma koşullarını yaratması da gerekebilir. Bu konuda her zaman verilebilecek bir örnek adil yargılanma hakkıdır. Gerçekten bu haktan bireylerin yararlanması, devletin kurduğu mahkemelerin ve mahkeme üyelerinin bağımsız olarak yargı işlevini yerine getirmelerini sağlayacak tüm tedbirleri de alması zorunlu koşuluna bağlıdır. Dolayısı ile devletin yargı işlevinin bireye bakan yönünü oluşturan adil yargılanma hakkına ilişkin, devletin olumlu edimlerde bulunma yükümlülüğünün bu gerçek ışığında yorumlanması gerekir.”²⁴ Devletin yüklendiği edimin niteliğine göre yapılan Jellinek’in tasnifi, çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Bu tasnife yöneltilen en temel eleştiri ise, belirtilen kategorilerde yer alan haklara ilişkin olarak devlete yüklenen edimin niteliğinin her zaman ileri sürüldüğü gibi olmadığıdır. Buna göre, hak kategorileri arasında devletin üstlendiği yükümlülüğün niteliği bakımından kesin sınırlar çizilmesi mümkün değildir. Örneğin negatif statü haklarından sayılan adil yargılanma hakkının yerine getirilebilmesi için devletin negatif edimleri dışında pek çok pozitif ediminin de bulunması zorunludur. Yargı sürecine müdahalede bulunmamak şeklindeki edim, her ne kadar devlet için ‘kaçınma’ biçiminde karşımıza çıkan bir yükümlülük olsa da, bağımsız ve tarafsız mahkemelerin oluşturulması, ceza-infaz sisteminin kurulup işletilmesi, maddi durumu elverişli olmayan kişiler için adli yardım sağlanması gibi pek çok olumlu edim yerine getirilmeden adil yargılanma hakkından bireylerin yararlandırılması söz konusu olamaz.²⁵ Jellinek’in sınıflandırması açısından, adil yargılanma hakkının kategorisi bireyler açısından “dokunulmaz”, “ihlal edilemez” bir hak ve güvence düzeyindedir. Ancak, yargılamanın devletçe yerine getirilmesi, hakkın dokunulmazlığı ve devlet tarafından aşılamazlığı, yani negatif statü niteliği ile de çatışıp çatışmadığı sorusunu da akla getirmektedir. Bu noktada, devlet yargılama faaliyeti ile sınırları hukukça çizilmiş bir fonksiyonu icra etmektedir. Yapılabilecek muhtemel bir müdahale ise, ancak hakkın unsurlarının ihlali durumunda mümkün olabilir.²⁶

²⁴ Algan, Bülent, a. g. e., Ankara 2007, s. 48, 49.

²⁵ Algan, Bülent, a. g. e., Ankara 2007, s. 39.

²⁶ Kuçuradi, Ioanna, “İnsan Hakları: Kavramı ve Çeşitleri” İnsan Hakları Konferans Panel ve Sempozyumlar, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara

Adil yargılanma hakkını diğer temel haklardan ayıran husus aynı zamanda onun "yargıya" ilişkin ilkeler içermesidir. Diğer haklarda yargıya karşı herhangi bir koruma öngörülmemişken adil yargılanma hakkı ile *yargı erki de hukukla sınırlandırılmıştır*. Bu noktada adil yargılanma hakkının niteliğinin ne olduğu sorusu belirlemektedir. Adil yargılanma hakkı bireyler için bir hak, devlet için ise bir görevdir.²⁷ Buradaki adalet kavramı da hüküm adilliğinden çok yargılamanın süreç olarak adilliğini ifade etmektedir.²⁸

4. Adil Yargılanma Hakkının İçeriği ve Unsurları

AİHS'nin en kapsamlı haklarından birini oluşturan bu hakkın içeriği hem 6. maddede sayılan ve hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumları ile 6. maddeye dahil ettiği bir dizi haktan oluşmaktadır. Buna ilave olarak 7 nolu protokol ile de adil yargılanma hakkını tanımlayıcı nitelikte birtakım haklar da getirilmiştir. "AİHS'nin 6. maddesinde, hakkın gerek medeni karakterde borçlara ilişkin haklar üzerindeki ihtilaflarda, gerek ceza konusundaki her türlü ithamlarda söz konusu olduğu belirtilmiştir."²⁹ Diğer yandan Roma Statüsü'nün "Sa-

2006, s. 39, 42: Kuçuradi'ye göre "adil yargılanma hakkı" doğrudan doğruya korunan bir insan hakkıdır. Hakkın ilk temel insan hakları belgelerinde yer alması da bu savı doğrulamaktadır.

²⁷ Bu görevin pozitif ve negatif yükümler belirlediğine yukarıda değinilmişti, Bozkurt, Enver, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2006, s. 9-12: Hak, belli bir gücün taleplerine temel olan isimlerdir. Bu bakımdan bir hakka sahip olmak demek, meşru bir temele dayanan taleplerde ısrar etmeye yetkili olmaktır. Diğer bir deyişle, söz konusu hakka sahip olan kişinin bir şeyi yapmaya yetkili olduğunu belirtir. Hukukça korunan menfaati ifade eden hak, kişiyi bir şeyi yapmaya yetkili olduğu şeklindeki iktidarla donatır. Bunu kullanıp kullanmamak hak sahibinin tekelindedir. Bir hakkın varlığının anlamlı olabilmesi için de yetki, talep ve saygı gösterilme zorunluluğu bulunmalıdır. Kişinin hakkını kullanmaya ya da kullanmamaya zorlanamaması hak kavramının doğasının bir gereğidir.

²⁸ Başaran, Başar, Adil Yargılanma Hakkı, AÜSBE. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2007, s. 30, 31. Bu noktada adaletin ve adilliğin ne olduğu konusunda değişik görüşler felsefe bağlamında varlığını sürdürmektedir. Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, Ankara 2009, s. 65: Bunun nedeni hukukun yöneldiği ve kapsadığı amaçların ölçülemeyecek derecede çok ve değişik olmasıdır. Hukukun gerçekleştirmeye yöneldiği amaçlar aynı zamanda *adalet idesinin kapsamını* belirlediğine göre, bu amaçların çokluğu ve hem niteliksel hem de niceliksel olarak farklılığı adalet konusundaki fikirlerde ister istemez etkili olmaktadır.

²⁹ Dönmezer, Sulhi, "Adil Yargılanma Hakkı Üzerine Notlar", Yazarın Son

nıkların Hakları" başlıklı 67. maddesinde de adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Statünün 67. maddesinin temel uluslararası insan hakları metinlerinin ve uluslararası örf adet hukukunun gerektirdiği hakların çoğunu içerdiğini söylemek mümkündür.³⁰

Adil bir yargılanmadan söz edebilmek için bu nitelikteki bir yargılanmanın da belirli unsurlara sahip olması gerekir. Yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı adil yargılanma ve savunma hakkının temelini teşkil eder. "*Böyle bir mahkeme, aynı zamanda her türlü organ ve kişiden bağımsız olarak davanın taraflarına karşı nesnel, yargılama usul ve güvencelerine sahip bir yargı yerinde yargılanmayı ifade eder. Silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama da adil yargılanmanın gereklerinden biridir. Yargılama sırasında taraflar arasında silahların eşitliğinin ve hakkaniyete uygun bir dengenin sağlanması bu eşitliğin ve dengenin de yargılanmanın her aşamasında korunması gerekir.*"³¹ Adil yargılanma hakkının unsurlarından bir diğeri, kişinin kendisine yüklenen suçu veya suçlamayı öğrenme hakkıdır. Kişi isnadı bilecek buna göre beyanda bulunup bulunmamaya karar verecektir. Beyanda bulunmama ise susma ve kendisini suçlamama hakkının bir parçasıdır.

5. Susma Hakkı

a. Genel Olarak

Susma ve kendi kendini suçlamama hakkı AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında zımnen ifade edilmektedir. Bu hak adil yargılanmanın esaslı bir parçasıdır. Susma hakkının özü koğuşturma makamlarının sanığın iradesine karşı zorlama ve baskı yoluyla elde edilen delil-

Çalışmaları, *Dönmezer Armağanı*, Ankara 2008, s. 227.

³⁰ Altunkaş, Aysun, a.g.m., s. 63, 64: http://www.tbmm.gov.tr/komiyon/insan-haklari/pdf02/belge_cezadivani_b6-7.pdf. (Erişim Tarihi 6.6.2010) : Roma Statüsü 6. ve 7. Bölümlerde, adil ve aleni olarak yargılanma hakkı, tarafsız bir şekilde tam olarak eşitlik ilkesi çerçevesinde isnadı konuştuğu ve anladığı dilde öğrenme hakkı, savunma yapabilmek için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olmak ile avukatı ile özgürce iletişim kurma hakkı, müdafî yardımından yararlanma hakkı, lehine olan hususları ileri sürme ve aleyhindeki delilleri çürütme hakkı, makul sürede yargılanma hakkı, g bendinde ise tanıklık yapmaya ve suç ikrarında bulunmaya mahkum edilmemek ve sessiz kalmak (susma) gibi adil yargılanma kapsamındaki bir çok hakla birlikte susma hakkı da sayılmıştır.

³¹ Altunkaş, Aysun, a.g.m., s. 65-76.

lere dayanmasını yasaklamaktadır. Bu durumda hakkın anlamı sanığın "özgür iradesinin" korunması olmaktadır.³²

b. Susma Hakkının Kapsamı

Susma sanığın beyanda bulunmaması ve beyanda bulunmama yönünde sahip olduğu hakkıdır. "Bu kapsamda AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının a bendine göre; hakkında bir suç isnadı bulunan herkes kendine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeni hakkında anlayabileceği bir dilde, ayrıntılı olarak ve derhal bilgilendirilme hakkına sahiptir. Şüpheli veya sanığın sahip olduğu ayrıntılı bilme hakkı yalnızca maddi olayları değil, suçun hukuki niteliğini de kapsamakta ve şüpheli veya sanığın kendisine yüklenen suçun niteliğini ve nedenini savunmasını yapacak ölçüde öğrenmesi olarak tanımlanmaktadır."³³ "Sanık beyanı" somut olaya özgü temsili delillerin bir çeşidi olarak yer almaktadır. Ancak sanığın delil fonksiyonu sınırlıdır. Bu sınır da insan haklarıdır.³⁴ AİHM sanığın susmasından kendisi aleyhine sonuçlar çıkarılmasının adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğinin, davanın tüm somut koşulları ışığında belirlenebileceğini belirtmiştir.³⁵ Sanığın kendisine yöneltilen suçlama, bir

³² Ladewig, Hans Meyer, Çev. Hakeri, Hakan, "Adil Yargılanma Hakkı II" Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Kunter'e Armağan", s. 125; Bu konuda susma hakkının sanığın iradesi ile özdeşleştirilmesi bağlamında sanığın iradesinden bağımsız olarak alınan vücut sıvılarının ve vücut dokularının susma hakkına aykırılık oluşturmayacağını *nemo tenetur* ilkesinin ratiosundan çıkarılabileceği savunulmaktadır.

³³ Altunkaş, Aysun, a.g.m., s. 78.

³⁴ Kunter /Yenisey / Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2009, s. 675-680; Bu noktada sanık beyanı susma hakkını ve müdafiden yararlanma hakkını öğrenerek konuşmaya karar veren sanığın olay hakkında bildiklerini esas hakkındaki hükmü verecek hakim huzurunda söylemesidir. İnsanın insan olma onuru korunmalıdır. Ceza muhakemesinin gayesi, insan haklarını koruyarak maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasıdır. Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2008, s. 1095: Alman Federal Yargıtayı, şüpheli veya sanığın polis tarafından ilk defa ifadesi alınırken, kendisine susma hakkına sahip olduğu söylenmemişse, elde edilen delilin hüküm verilirken kullanılmayacağını belirtmektedir.

³⁵ Uluslararası Af Örgütü, *a. g. e.*, İstanbul 2000, s. 127, 128: "Susma Hakkı"na birçok ulusal hukuk sisteminde yer verilmiştir. Bunun yanında Eski Yugoslavya ve Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi Kuralları'nda ve Uluslararası Ceza Mahkemesi kurucu belgesinde de susma bir hak olarak düzenlenmiştir. Yugo-

suç isnadıdır. Suç isnadı (*criminal charge*) kavramını AİHM geniş olarak anlamaktadır. AİHM suç isnadını Almanya-Ekle Davası'nda "suç teşkil eden bir hareketi gerçekleştirdiği yönündeki kişinin beyanını içeren, yetkili merci tarafından bireye yapılmış resmi tebliğ" olarak anlamıştır. İtalya-Foti Davası'nda ise mahkeme iddia kavramını genişleterek şüphelinin durumuna esastan tesir eden onun beyanını da içeren ihbarının suç iddiası, itham sayılacağını belirtmiştir.³⁶ Bu da mahkeme içtihatlarına göre susma hakkının daha geniş bir alanda yorumlanabileceği anlamına gelebilecektir. "Bu kapsamda, 'susma' sanığın kendisine yönelik bir suçlama karşısında bu suçlamaya ilişkin olarak sorulacak sorulara hiç yanıt vermemesini, istediği soruyu yanıtlayıp, istediğini yanıtlanmamasını ifade eder. Buna göre kişiyi, hiçbir merci yanıt vermeye zorlayamayacaktır."³⁷ AİHS'de açıkça yer almamakla birlikte bu hakkın suç isnadı içeren davalara ilişkin olarak 6. maddede zımnen yer aldığı kabul edilmektedir. AİHM içtihatlarında da 1990'lı yıllardan itibaren susma hakkı yer almaya başlamıştır. AİHM susma ve kendini suçlamama hakkının adil yargılanmanın temelini oluşturan uluslararası standartlarda genel kabul görmüş bir hak olduğunu belirtmektedir.³⁸

AİHM içtihatlarında susma ve kendisini suçlamama hakkı, kişinin hem aleyhine olan beyanı yapmama, hem de aleyhine olacak hiçbir belgeyi de hakkını içerir şekilde yer almaktadır. Bu kapsamda idari kurum ya da kişilere, yasal zorlama altında verilen ifadelerin, daha sonra ifade veren kişi aleyhine ceza davasında kullanılması da susma ve kendini suçlamama hakkının ihlalidir. Ayrıca güven-

slavya Kuralları'nın 42/A kuralı açıkça susma hakkını düzenlemektedir. Buna göre "Savcı tarafından sorgulanacak şüpheli, sorgulama öncesinde anlayabileceği bir dilde savcı tarafından bilgilendirilmesi gereken aşağıdaki haklara sahiptir... (iii) Susma ve yaptığı açıklamaların tutanağa geçirileceği ve aleyhinde kanıt olarak kullanılabilmesi konusunda uyarılma hakkı." Ruanda Kuralları'nın 42/A kuralı da aynıdır. Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurucu Belgesi'nin 55/2. maddesine göre de, "Şüpheli UCM savcısı ya da ulusal yetkililer tarafından sorgulanmadan önce, susma hakkına sahip olduğu ve susmasının suçluluğunu ya da suçsuzluğunu belirleme bakımından bir gösterge olamayacağı konusunda bilgilendirilmelidir." ifadeleri yer almaktadır.

³⁶ Dönmezer, Sulhi, a.g.m., s. 227.

³⁷ Er, Deniz Erol, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları*, Ankara 2002, s. 188.

³⁸ Yaltı Soydan, Billur, *İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı-III, Vergi Sorunları Dergisi*, Ekim 2000, S. 145, s. 124.

lik ve kamu yararı gerekçesiyle de olsa hakkın özüne dokunulamayacağı düşünülmektedir.³⁹ Böylelikle *hakkın özünün ihlal edilemeyeceği bir çekirdek alan içtihadı anlamda da yaratılmış olmaktadır*. Zira "ceza muhakemesi hukukunda, hiç kimse olumlu bir davranış vasıtasıyla kendi ceza koğuşturmasını etkilemekle yükümlü değildir. Sanık, amaca uygun savunma şeklini, yani esasa ilişkin cevap vermeyi kabul etmeyi veya susmayı seçmekte özgürdür. Bunu, sanığın kendisine yüklenen isnatlarla ifade vermeye ihtiyacı olmaması takip eder. Bu durum hukuk devleti düşüncesinden ortaya çıkan ve sanığın usuli yerine de uyan ifade verme özgürlüğünü ifade etmektedir."⁴⁰

Susma hakkına tarihsel gelişim süreci içinde bakıldığında, hakkın sanığın bir yargılama nesnesi olmaktan sıyrılarak yargılamanın öznesi olduğu dönemlerin ürünü olarak karşımıza çıktığı görülmektedir. Bir İngiliz hukuk müessesesi olarak doğmuş olan ve "kendi kendinin suçlanmasına katkıda bulunma yasağı" olarak ifade edilen hak, Kant'ın özerklik kavramındaki yaygın anlayışın, insanı salt bir obje haline getirmeme talebinin kabul görmesidir. Bu anlayış sanığa susma hakkının mevcudiyetinin bildirilmesini ve sorgu yöntemlerine ilişkin yasakları da yine söz konusu prensibe bağlamaktadır. Artık bu tarihsel süreci tersine döndürmek olanaklı değildir. Bunun aksini düşünmek ya da yargılama faaliyeti sırasında sanığın sorulan her soruya yanıt vermesini, doğru yanıt vermesini zorunlu kılmak, sanığı konuşmaya zorla-

³⁹ Altunkaş, Aysun, a.g.m., İstanbul 2007, s. 79.

⁴⁰ Demirbaş, Timur, *Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması*, İstanbul 1996, s. 104, Şahin, Cumhur, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara 1994, s. 102; Bu esas latince "Nemo tenetur se ipsum prodere" olarak da ifade edilmekte, "Hiç kimsenin kendi ceza koğuşturmasına kendi fiili ile katılmakla yükümlü olmaması" şeklinde özetlenebilmektedir, Altunkaş, Aysun, a.g.m., s. 80: "Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'ne göre şüpheli ve sanıkların, kendilerine yüklenen suçu öğrenme, susma ve kendini suçlamama hakkı bulunmaktadır. Şüpheli ve sanıkların bu hakkı statüde koğuşturma ve soruşturma aşamasına göre ayrı ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Susma ve kendini suçlamama hakkı Roma Statüsü'nün 55. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, soruşturma aşamasında şüphelilerin kovuşturma aşamasında ise sanıkların, susma hakkı bulunmaktadır. Statü'nün düzenlemesi ile hiç kimsenin kendi aleyhine delil vermeye ve suçunu itirafa zorlanamaması garanti altına alınmıştır. Yine 55. madde uyarınca, şüpheli veya sanığın susması, onun suçluluk veya masumiyetine karar verilmesi bakımından dikkate alınmayacaktır. Ancak savcının sunduğu ve sanık tarafından açıklanması gereken deliller olması durumunda, sanığın susmasının onun aleyhine bir sonuç doğurup doğurmayacağı ise açıklık kazanmamıştır. Bunlar zaman içinde mahkemenin kararları ile şekillenecektir.

mak, sanığın tüm haklarının reddi demek olacağı gibi, onun konuşmasını temin edecek her türlü aracın da artık meşru görülmesi anlamını taşıyabilecektir.⁴¹ Bu hak, ceza yargılamasının tarihsel gelişimi içinde ulaşılan en önemli aşamadır. Özellikle tahkik sisteminin uygulandığı dönemlerde, sanıklar delil kaynağı olarak kabul edilerek, sanığın konuşturulması için her türlü yönetme başvurulmuştur. İşkence ve kötü muamele altında alınan ikrarlar da hükme esas oluşturmuştur. Tüm bu aşamalardan sonra ise sanığa isnat edilen suçlama ile ilgili olarak konuşmama, açıklamada bulunmama hakkı tanınmıştır. “Susma” bu yönü ile bir savunma yöntemidir.⁴²

Şüpheli veya sanığın susmasından onun aleyhine sonuç çıkarılıp çıkarılamayacağı konusu da AİHM içtihatlarında tartışılmıştır.⁴³ Bu tartışmadan şu sonuçlar çıkarılmıştır:

aa. Şüpheli veya sanığın susma hakkının mutlak olmadığı,⁴⁴

⁴¹ Er, Deniz Erol, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları*, Ankara 2002, s. 188.

⁴² Kibar, Recep, *Türk Hukukunda Sanık Hakları*, Ankara 1997, s. 49; Beccaria, Cesare, Çev. Sami Selçuk, Ankara 2004, s. 85-89: Beccaria’ya göre kimi mahkemelerce hükümlülük kararına temel yapılmak istenen suç ikrarı, bir tövbe mahkemesi olan günah çıkarma işlemindeki günahların itirafı ile özdeştir. Bunun ötesinde sorgu sırasında içine düşülen çelişkiyi aydınlatmak için suçlu oldukları varsayılan kişilere yapılan işkence kimi zaman bir suçu söyletmek için de kullanılabilirdiğine göre kanımızca “susma hakkı” bireye tanınan yargılama diyalektiği içinde insan onurunun korunması yönünde yargısal temel hakların (Pozitif Statü Hakları) başlıca dayanaklarından birini oluşturmaktadır.

⁴³ İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul 2005, s. 271 vd.

⁴⁴ Ladewig, Hans Meyer, Çev. Hakeri, Hakan, “ Adil Yargılanma Hakkı II”, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Kunter’e Armağan*, s. 126: Sanığın susmasından negatif bir sonuç çıkarmanın meşruluğuna ilişkin örnek dava Murray / Birleşik Krallık Davasıdır. Bu davada tutuklanarak IRA’ya üye olmakla suçlanan Murray davada susmuştur. Kuzey İrlanda Delil Yasası’na göre de onun susmasından negatif sonuç çıkarmak mümkündür. AİHM bu konuda susma hakkı ve kendini itham etmeden korumanın adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddenin özü olduğunu ve bir mahkumiyeti yalnızca sanığın susmasına dayandırmanın adil yargılanma hakkı ile bağdaşmayacağını ancak diğer taraftan sanığın bir açıklamasından sonra susmasının deliller içine katılmamasını istemesi yönünde de ayrıcalık talep edilemeyeceğini ve susma hakkının mutlak olmadığını ifade etmektedir. Susmadan negatif sonuç çıkarılmasının gerekip gerekmediği ise somut koşullara göre belirlenmelidir denilmektedir. Bu ilke Averill Birleşik Krallık Davası’nda şu şekilde uygulanmıştır. Maskeli iki kişinin bir otoyolu çalarak

bb. Şüpheli veya sanığın bir ceza tehdidi ile konuşturulması mümkün olmamakla birlikte, susmasından onun aleyhine sonuçlar çıkarılacağı konusunda uyarılmasının mümkün olduğu;

cc. Savcılığın sunduğu güçlü ve açıklanmaya muhtaç deliller olmasına rağmen, sanık susmaya devam ediyorsa bu delillerin değerlendirilmesi aşamasında sanığın suçlu olduğu izlenimine ulaşılabileceği;

dd. Şüpheli veya sanığın susmasının onun mahkumiyetinin tek dayanağı olamayacağı, mahkumiyet kararının başka delillerle de desteklenmesi gerektiği;

ee. Susma hakkını kullanan sanığın mahkumiyetine hükmedilmesi durumunda, mahkemenin gerekçelerinin detaylı olması gerektiği, sanığın bu konuda yeterince aydınlatılmış olması ve kararın bir üst mahkeme tarafından tekrar incelenmesi gibi güvencelerin bulunması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁵

Tüm bu sonuçlarla ilgili olarak, yeterli delil bulunmaksızın yalnızca sanığın susması ile hüküm kurmanın yargılamanın adilliyetini zedeleyebileceği adil yargılamanın bir bütün olarak düşünüldüğü ve getirilen usule ilişkin güvencelerin bir parçası olarak susma hakkının da düşünüldüğü görülmektedir. Yine burada kullanılan yorum yöntemi susma açısından mutlak olmayıp somut olay merkezli ve sui generis bir görünüm arz etmektedir.

Garvagh'a giderken iki kişiyi öldürmeleri olayında maskeler ve eldivenlerin otomobilde bulunmaları üzerine şikayetçi Bay Averill kasten adam öldürme şüphesi ile tutuklanır. Bay Averill'de maskenin yüzünde bıraktığı izler ve eldivenler bulunur. Bay Averill *susmasından negatif bir sonuç çıkarılacağı konusunda bilgilendirilmesine rağmen* ilk 36 saatlik sorgulama esnasında hiçbir açıklamada bulunmaz. Daha sonra şapka ve eldivenleri koyun kırılması dolayısıyla taşındığını söyler. *Hakim önceki susmasından negatif sonuç çıkarmıştır. AİHM tüm şartların yeniden dikkate alınması konusu üzerinde ısrarla durmuş ve bir mahkumiyetin yalnızca susmaya dayandırılmayacağını* belirtmiştir. Ancak somut olayda susmaya dayanan negatif çıkarsamalar çok sayıda da başka deliller bulunduğu için adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturmadıkları kabul edilmiştir.

⁴⁵ Altunkaş, Aysun, a.g.m., s. 79.

c. Susma Hakkının Niteliği

Savunma hakkı anayasada sayılan temel bir haktır. Susma hakkı ise bu hakkın bir uzantısı olup işlevsel açıdan savunma hakkından ayrılamayacak bir haktır. Hakkın gerçek bir hak olarak kabul edilmesi uzunca bir gelişme sürecini gerektirmiş, sanığın Orta Çağ'ın katı tahkik usulünün uygulandığı her ne pahasına olursa olsun gerçeğin ortaya çıkarılması fikrine hizmet ettiği dönemden, insanlık onuruna dokunulmayacak biçimde gerçeğin elde edilmesi fikrine geçildiği döneme kadar sanığa ancak konuşma ya da susma konusunda bir tercih hakkı tanınmıştır. Susma hakkının iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kişinin yetkili makamlar önünde kendini suçlayıcı açıklamalarda bulunmaya veya delil vermeye zorlanamaması,⁴⁶ ikinci yönü ise susmanın aleyhe delil olarak değerlendirilmemesidir.⁴⁷ Bu noktada ceza muhakemesinde sanık ile suçlunun birbirine karıştırıldığı ve suçluyu cezalandırmanın gaye olduğu ilk safhada ceza muhakemesi ancak suçlunun cezalandırılması için bir vasıta idi. Dolayısı ile de delilin kuvveti-

⁴⁶ Centel / Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2008, s. 276, 277; Pozitif düzenlemeler karşısında şüpheli veya sanığın vücudunun muayenesi ve örnek alınmasında bir keşif konusu olarak incelenmeye katlanmak zorunda olup olmadığı tartışılmıştır. Şüpheli veya sanığın karşı iradesine rağmen, vücudunda muayene yoluyla olaydan kalan iz aranmasının veya olaydan geriye kalan izlerle karşılaştırma yapmayı sağlayacak örnekler alınmasının onun susma hakkını ihlal edip etmeyeceği tartışılmıştır. Bir görüş susma hakkının yalnızca sanığın kendisine ve isnad edilen fiile ilişkin olduğunu kişinin iradesinin baskı altına alınarak kendi beyanıyla delil göstermeye zorlanamayacağını ifade etmekte, diğer görüş ise muayene ve örnek almanın işkenceyi önlemek için getirildiğini bu konuda susmanın kabul edilemeyeceğini belirtmektedirler. AİHM bu konuda sanığın iradesinden bağımsız olarak mevcut bulunan onun iradesiyle hiçbir ilgisi bulunmadan var olan delillerin toplanmasında cebir kullanılabileceğini bunun da adil yargılanma hakkını ihlal etmeyeceği kanısındadır. Saunders Birleşik Krallık Kararı'nda bu hakkın sanıktan cebren elde edilmiş malzemelerin kullanılmasını kapsamamakla beraber şüphelinin isteğinden bağımsız olarak mevcudiyeti bulunun ve arama sonucu ele geçirilen kan, tükürük, idrar örnekleri ve DNA testi için alınan bedensel dokuların kullanılması mümkündür. Bir başka görüş ise, Anayasa'da belirtildiği gibi kimsenin kendi aleyhinde delil göstermeye zorlanamayacağı yönündedir. Muayene yapılmadan önce de sanığa bunu kabul etmeme hakkının olduğu söylenmelidir. Aksi halde zorla elde edilen bulguların delil değerlendirme yasağına gireceği ifade edilmektedir.

⁴⁷ Centel / Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2008, s. 142: Ancak belirtmek gerekir ki susma hakkının kendi aleyhinde açıklamada bulunmanın dışında, kendi aleyhine delil vermemeyi de kapsamı çeşitli sistemlerde farklılık arz etmektedir.

ne göre cezanın ayarlanması ve suçun niteliğine göre farklı deliller kabul edilmesi ile de bilinen “kanuni delil sisteminde” belli suçlar belli delillerle ispat edilebilmekteydi. Bu dönemden sanığın korunması ve en son gerçeğin araştırılması safhasına geçilmesi ile birlikte artık sanık ne masum olan ne de suçlu olan kimse değil, “suçlu sanılan” kimse kabul edilmiştir.⁴⁸ Susma hakkı da adil yargılanmanın içinde bizce ceza muhakemesinin sanığın korunması ve gerçeğin araştırılması evrelerinin bir getirisi olarak ortaya çıkmıştır. Yine bu anlayıştan dolayı susma hakkı mutlak olmamıştır. Susma hakkına mutlak bir nitelik yüklemek ise ceza muhakemesi açısından gerçeğin araştırılmasını zedeleyebilecektir.

Hak olarak nitelendirilen susmanın gerçek anlamda subjektif bir hak sayılıp sayılmayacağı ise öğretilerde tartışmalıdır. Susmanın varlığını kabul etmekle birlikte, bunun bir hak olmadığı görüşünü savunanlara göre, şüpheli veya sanığın susması subjektif bir hak olarak tanınmış olsa idi, kanun koyucunun hakimlere şüpheli veya sanığın yalan beyanını ispatlamak için yetki tanımayacağını ifade ederek, kanun koyucunun bu hakkı tanımakla susan şüpheli ve sanığın cezalandırılmaması ve sanığın konuşmaya zorlanamamasının teminat altına alınmak istendiğini belirtmektedirler.⁴⁹ Susmanın subjektif bir hak olduğunu savunanlar ise, niteliğinin tespiti bakımından “*hukuken korunup korunmama*” noktasından hareket edilmesi gerektiğini belirterek ihlali yasaca cezalandırıldığına göre, susmayı, şüpheli veya sanığa tanınmış subjektif bir hak olarak kabul etmenin mümkün olduğunu ifade etmektedirler. Hakimin şüpheli veya sanığın yalan beyanını ispatlaması ise susma hakkına çizilmiş yasal bir sınır olmaktadır.⁵⁰

Yukarıda özetlenen görüşlerden ikincisi kanımızca daha makul bulunmaktadır. Adil yargılanmanın uzun tarihi gelişimine yukarıda değinilmişti. Bu süreçten geriye gidilmesi artık mümkün değildir. Hakkın hukuki korunmaya alınmış, onun sınırlarının çizilmiş olması, hakkı yalnızca “*yasal bir hak*” durumuna getirir. Yasal koruma altına al-

⁴⁸ Kunter / Yenisey / Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2009, s. 24-34.

⁴⁹ Erem, Faruk, Susma Hakkı, *Yargıtay Dergisi*, C. 18, S. 3, Ankara 1992, s. 299.

⁵⁰ Bıyıklı, Hasan, İkrar ve Ceza Muhakemesi Sorunları, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 48, S. 11-12, İstanbul 1974, s. 690.

manın ise hakkın niteliğini etkileyen bir boyutu bulunmamaktadır. “Anayasa’da yer alarak temel hak sayılma ile yalnızca hakkın ‘saygınlığı ve güvencesi’ artmış bulunacaktır. Bir hakkın temel hak sayılması hakkın değerini ve önemini vurgulayan bir düzenlemedir.”⁵¹ Bu bakımdan susmanın bir hak olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Bu belirleme ile birlikte susma hukukumuz açısından AY’nın 13. maddesinde belirtilen “ölçülülük” ilkesinin her türlü güvencesinden yararlanacaktır.⁵² Buna göre yasama, yürütme ve yargı organının işlemleri ölçülülük ilkesine uygun olmak zorundadır. Yasa koyucu norm koyarken temel hak ve özgürlüklere müdahalenin sınırı olarak ölçülülük ilkesi ile bağlıdır. Bunun dışında yürütme ve yargı organı da yasaları uygularken aynı şekilde ölçülülük ilkesine uymakla yükümlüdür.⁵³

d. Adil Yargılama Hakkının Genel Güvencesi Olarak Susma Hakkı

AIHS’nin 6. maddesi kapsamında açıkça belirtilmiş olmamasına karşın, adil yargılanma şartı tarafından “susma hakkı” ve “kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı” güvence altına alınmıştır. Bu öncelikle bir kişinin sorulara cevap vermeyi reddettiği için mahkum edilemeyeceği anlamını taşır.⁵⁴ AIHS’nin aksine susma hakkı BM Siyasi ve Medeni Hak-

⁵¹ Centel / Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2008, s. 142.

⁵² 1982 Anayasası’nın 13. maddesi şu şekildedir: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

⁵³ Metin, Yüksel, *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara 2002, s. 20.

⁵⁴ Dutertre, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, (Türkçe Çeviri) Avrupa Konseyi Yayınları, Almanya 2003, s. 243, 244. “Heaney ve McGuinness-İrlanda Davası’nda (21 Aralık tarihli karar) devletin güvenliğine karşı işlenen suçlara ilişkin iç hukuk, şüphelilerin hareketlerini açıklamasını öngörmektedir. Bunu yapmayan her şüpheli mahkum edilmektedir. AIHM bu dava ile ilgili olarak şunları belirtmiştir: ‘1939 tarihli yasanın 52. bölümü hükümleri uygulanması nedeniyle, bu yasa kapsamında kendilerine yöneltilen suçlamalara ilişkin bilgi vermeye zorlamak amacıyla başvuruçulara dayatılan zorunluluk derecesi neticede başvuruçuların kendi aleyhlerine tanıklık etmeme ve sessiz kalma haklarının özünü tahrir ettiğini belirtmiştir. Hükümet 1939 tarihli yasanın 52. bölümünün esasen tırmanan terör ve güvenlik tehdidinde karşı, yargının uy-

lar Sözleşmesi'nde açık olarak ifade edilmiştir.⁵⁵

Susma hakkının adil yargılanmanın bir unsuru olarak genel bir güvence oluşturduğu konusunda Fransa-Funke 1993 Kararı'na değinmek mümkündür.⁵⁶ Bu kararda davacı, gümrük otoritelerinin kendisinden istediği banka beyanları veya mal vesikalarını vermesi konusundaki talepleri yerine getirmediğinden para cezasına mahkum edilmiştir. Gümrük idaresi bunların varlığını beyan etmişse de aramada bunlar bulunmadığından mahkeme olayda 6. maddenin birinci fı-

gun şekilde idaresini ve asayişin ve kamu güvenliğinin korunmasını sağlamak amacıyla orantılı bir yanıt niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. Mahkeme hükümet tarafından ayrıntılı şekilde sunulan kamu güvenliği ve asayiş iddialarını dikkatle değerlendirmiştir. Ancak, kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı da dahil olmak üzere 6. maddede yer alan hakkaniyete ilişkin genel şartların en basitinden en karmaşığına bütün suçlara ilişkin ceza davalarında geçerli olduğunun mahkeme tarafından belirlendiği hatırlanmaktadır, adil olmayan soruşturmalar sırasında zorla alınan cevapların yargılama aşamasında sanıkları suçlamak için kullanılmasının gerekçesi olarak kamu yararının ileri sürülemeyeceği sonucuna varılmıştır.", mahkeme benzer yargıya Brogan ve Diğerleri İrlanda Davasında da varmıştır. (29 Kasım 1988 tarihli karar, seri A, No.145-B) Kuzey İrlanda'da terör eylemlerine karıştırları şüphelenilen kişilerin , özel mevzuat gereği yakalanılması ve alıkonulması ile ilgili olan davada Birleşik Krallık Hükümeti, gözaltı sürelerinin 5. maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen süreleri aşmasına gerekçe olarak Kuzey İrlanda'daki güvenlik ortamını göstermişti. Mahkeme bu davadaki en kısa alıkonulma süresinin bile 5. maddenin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan hakkın özüne aykırı sonuçlar doğurabileceğini belirlemiştir. Bu doğrultuda Mahkeme, Sözleşmenin 6. maddesinin birinci fıkrası kapsamında güvence altına alınan başvuru sahiplerinin sessiz kalma ve kendi aleyhine tanıklık etmeme haklarının özüne dokunacak derecede bir hükmün varlığının gerekçesi olarak hükümet tarafından asayiş ve kamu güvenliği endişelerinin gösterilmesinin haklı sayılamayacağını belirlemiştir. Sonuç olarak, başvuru sahiplerinin Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmış bulunan sessiz kalma (susma) ve kendi aleyhine tanıklık etmeme haklarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

⁵⁵ <http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html> (Erişim Tarihi 6.6. 2010)

⁵⁶ Funke-Fransa Kararı, 10828/84 25.12.1993, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case+Law/Hudoc/Hudoc+database/> - : Funke kararında gümrük yetkilileri başvuru sahibinin yurtdışındaki malları hakkında bilgi edinmek için evini aramışlar ve gümrük suçları ile ilgili yurtdışındaki banka hesapları hakkındaki belgelere el koymuşlardır. Davanın görüldüğü tarihte Fransa kanunlarının gümrük yetkililerine; aramanın aciliyeti, sayısı, süresi ve kapsamı ile ilgili olarak münhasır nitelikte çok geniş yetkiler verdiği tespit edilmiştir. Mahkeme, ulusal makamlardan arama emri çıkartılmadan yapılan söz konusu aramada başvuru sahibinin haklarının yeteri kadar korunmaması ve güvence altına alınmaması, hakkın kötüye kullanımına karşın yasal güvence sağlanmaması karşısında yapılan müdahalenin hedeflenen meşru amaçla orantısız olması sonucunu doğurduğu kanaatine varmıştır.

rasının ihlaline karar vermiştir. Söz konusu genel temele dayalı olarak mahkeme ve bazı şartlar altında komisyon 6. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan ve sanıklar lehine konulmuş bulunan kuralları da hukuki alana nakletmiştir.⁵⁷ Bir diğer örnek olayda Alman Yüksek Mahkemesi'nin şüphelinin ifadesinin alınması sırasında şüpheliyi yalnızca sesinden tanıyabileceğini söyleyen cinsel suç mağdurunun bulunduğu yan odanın kapısı açılması ile şüphelinin sesinden teşhis edilmesinin (akustik teşhis) susma hakkını ihlal ettiğini belirtmiştir. Şüphelinin klasik teşhise katlanma yükümlülüğünün bulunmasının yanında ona haber vermeden aktif olarak teşhise katılmasını sağlamak bu hakkın ihlalidir. Kendisi aleyhine sonuç doğuracak işlemlere kişinin katılması ise bu işlemlere rıza göstermesine bağlıdır.⁵⁸ Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucunun istenen belgeleri teslim etmemesi nedeniyle para cezasına çarptırılmasının sanığın susma ve kendisini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.⁵⁹

Bu bağlamda "*kendi aleyhine tanıklık etmeme-susma hakkı*", aleyhine sonuç doğuracak işlemlere katılmamanın yanında, baskı altında verilen ifadenin *kullanılmasını da yasaklar*. Yine mahkemenin susma hakkını, adil yargılanma usulüne ilişkin güvenceler paralelinde yorumladığı görülmektedir. Saunders-Birleşik Krallık Davasında bir şirket sahtekarlığına ilişkin yasal soruşturmada başvurucu yasa gereği ifade vermek zorunda bırakılmıştır. Başvurucunun ifadeleri de daha sonra kendi aleyhinde delil olarak kullanılmıştır. AIHM bu başvuru ile ilgili olarak hakkın suçsuzluk karinesi⁶⁰ ile yakından ilgili olduğunu

⁵⁷ Dönmezer, Sulhi, *a. g. e.*, s. 231.

⁵⁸ Centel / Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2008, s. 145.

⁵⁹ Funke / Fransa Kararı, 10828/84 25.12.1993, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case+Law/Hudoc/Hudoc+database/> -, İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul 2005, s. 273.

⁶⁰ Feyzioğlu, Metin, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *AÜHFD* 1999, Cilt 48, S. 1-4, s. 135-138; "Adına kimi zaman masumluk karinesi, ama daha doğru ve Anayasa'ya uygun bir ifadeyle, suçsuzluk karinesi denilen bu kavram, Anayasamızın 38. maddesinin 4. fıkrasında bir temel hak olarak düzenlenmiştir. Buna göre, "Suçluluğu hükmen sabit olunca ya kadar kimse suçsuz sayılamaz." Suçsuzluk karinesinin Anayasanın "Temel hak ve hürriyetlerinin kullanılmasının durdurulması" kenar başlıklı 15/ 4. maddesinde savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde dahi dokunulması müm-

bildirmiştir.⁶¹ Bu hak, özellikle sanığın sessiz kalma yönündeki isteğine saygı gösterilmesi ile de ilgilidir. Bu yönde susma hakkı, ceza davalarında sanıktan cebren elde edilmiş olabilecek malzemenin kullanılmasını kapsamamakla beraber, şüphelinin iradesinden bağımsız olarak mevcut bulunan, arama emri sonucunda ele geçen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan beden dokularının kullanılmasını mümkün kılmaktadır. Ayrıca AİHM'nin "susma hakkı" ve "kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının" yalnızca hatalı davranışın ikrarını kapsamadığını belirterek, bu konuda *hakkı geniş yorumladığına* da dikkat etmek gerekir.⁶² AİHM bu noktada sanığın susmasından

kün olmayan çekirdek haklar kategorisinde yer aldığı belirtilmelidir. Suçsuzluk karinesi teriminin masumluk karinesi karşısında yeğlenmesinin nedeni ise, ceza muhakemesinde kişinin sanık sıfatını almasıyla birlikte sanıklık statüsüne girmeyenlere uygulanamayan bazı koruma tedbirlerinin belirli şartlar altında kendisine uygulanabilir olmasıdır. Kavramın adına masumluk karinesi denilecek olursa, özellikle kişi hürriyetini mahkumiyet kararından önce ağır şekilde sınırlayan tutuklama koruma tedbirinin masum kabul edilen kişiye uygulanması açıklanamaz olacaktır."

⁶¹ Dutertre, Gilles, *a. g. e.*, Almanya 2003, s. 245. "Mahkeme her ne kadar sözleşmenin 6. maddesinde özellikle belirtilmemiş olsa da, 'susma' ve bunun bir parçası olan 'kendi aleyhinde tanıklık etmeme hakkının' 6. madde kapsamındaki adil yargılanma kavramının esasını oluşturan ve genel olarak kabul edilen uluslararası kuralların özünde bulunan bir hak olduğunu anımsatmaktadır. Bu hakkın gerekçeleri arasında, sanığın yetkililerce uygunsuz bir şekilde zorlamaya maruz kalmasına karşı korunması ile adaletin tecellisindeki hatalı uygulamaları önlemek 6. maddenin hedefleri arasında bulunmaktadır. Kişinin kendi aleyhinde tanıklık etmeme hakkı, özellikle bir ceza davasında savcılık makamının sanığın iradesi dışında tehdit ya da tazyik yöntemleri ile elde edilmiş delillere başvurulmadan sanığa karşı iddianın kanıtlanmaya çalışılmasını öngörür."

⁶² Dutertre, Gilles, *a. g. e.*, Almanya 2003, s. 245: "Kararda AİHM, her ne olursa olsun hakkaniyet kavramı düşünüldüğünde, kişinin kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının yalnızca hatalı davranışları ikrar eden bildirimleri ya da doğrudan suçlamayı üstlenen ifadeleri ile sınırlı tutulabilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Görünüşte suçlayıcı nitelikte olmasa da baskı altında alınan ifadeler, masumiyeti beyan edici nitelikte veya olayla ilgili sorulara karşılık vermek niteliğinde olup olmadığına bakılmaksızın, daha sonra savcılığın iddialarını desteklemek için, sanığın diğer ifadelerine veya duruşma sırasında verdiği ifadelere karşı çıkmak veya şüpheye düşürmek için kullanılabilir. Bu beyanların da daha sonra başvuruyu veren aleyhine sonuçlar doğurabileceği belirtilmektedir. Bu noktada yapılan bir başka tespit, adli olmayan soruşturmalar sırasında zorla alınan cevapların, yargılanma aşamasında sanıkları suçlamak için kullanılmasının gerekçesi olarak kamu yararının ileri sürülemeyeceği sonucuna varılmasıdır. Yine ceza yargılamasında kullanılmış olan ifadeleri başvuruçunun kendisine bir suçlama yöneltmeden vermiş olmasının, hakkın ihlal edilmiş olmadığını göstermediği

bazı sonuçlar çıkarılabilmesi olasılığını da gözönünde bulundurmuştur. John Murray-Birleşik Krallık Davası'nda mahkeme ulusal mahkemenin yalnızca sanık sessiz kalmayı seçtiği için sanığın suçlu olduğu sonucuna varamayacağını belirtmektedir. Bu önemli bir tespittir. Ancak burada da somut olay adaleti bakımından makul sayılabilecek bir belirlemede bulunulduğu görülmektedir. Bu da mahkemenin yalnızca sanığa karşı olan deliller bir açıklama gerektiriyorsa ve bu açıklama da sanığın gösterebileceği nitelikte ise, buna rağmen sanık hiçbir açıklamada bulunmuyorsa “sağduyunun sınırları dahilinde bir açıklama getirilmemesi dolayısı ile sanığın suçlu olduğu” çıkarımının yapılabileceği sonucuna varmıştır.⁶³

e. Susma Hakkının İlişkili Olduğu Haklar

Susma hakkını değerlendirirken suçsuzluk karinesi içerisinde, hakkın ilişkili bulunduğu kendisine yüklenen suçu öğrenme ve kendi kendini suçlamama hakları da girmektedir.⁶⁴ Yukarıda değinilen bu hakları kısaca belirtmekte yarar görülmektedir.

yönündeki tespit” susma hakkının başladığı anın sanıklık sıfatının başladığı andan önceye götürülmesi ile bizzet şüpheli sıfatının başladığı andan itibaren korunmaya kavuşturulmuş olmaktadır.

⁶³ Dutertre, Gilles, *a. g. e.*, Almanya 2003, s. 247: Bu noktada AİHM sanığın suçluluğunu sağduyunun sınırları yönünde bir karineye dayandırmaktadır. Kanımızca, yine delillerden durum net olarak çıkarılamıyor ve sanık kendine artık bir insan hakkı boyutunda tanınmış olan “susma hakkını” kullanıyorsa, zerre kadar şüphe olsa dahi, sanık lehine yorumlanmalıdır. Sanığın susma hakkını kullanmasının, olayın niteliğinin sanığın suçluluğu konusunda bir sağduyu oluşturmasından bahisle suçlu olabileceği hükmünün, böyle subjektif bir kavrama dayandırılması mümkün değildir. Reisoglu, Safa, Uluslararası Boyutları ile İnsan Hakları, İstanbul 2001, s. 109: Sanık ilke olarak suçu işlemediğini, suçsuz olduğunu kanıtlamakla yükümlü değildir. Sanığın suçu işlediğini gösteren yeterli delil yoksa, kanaate, inanca dayanılarak mahkumiyet kararı verilemez. Şüphe sanık lehine işler.

⁶⁴ *İnsan Hakları Konferanslar*, 14 Nisan 2006- 26 Mayıs 2006, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 6. Maddesinde Düzenlenen Adil Yargılanma Hakkı”, Ankara Barosu Yayını, s. 7.; Bu noktada susma hakkının sanık açısından her zaman olumlu sonuç vermediğine örnek olarak Murray-İngiltere Davası gösterilmiştir. John Murray, aleyhindeki güçlü kanıtlara rağmen hem duruşmada hem de sorgulamada susmuştur. Yargıç bu *susmayı suçluluğun kabulü olarak sanığın aleyhine yorumlamış*, AİHM de yorumu bu noktada doğru bularak bu yönde bir ihlal olmadığına karar vermiştir. Ancak, burada biz yargıcın suçsuzluk karinesinin aleyhine hareket etmediğini düşünüyoruz. Çünkü, hüküm yalnızca susma üzerine

aa. Kendisine Yüklenen Suçu Öğrenme Hakkı ile İlişkisi

Aynı zamanda adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan kendisine yüklenen suç öğrenme hakkı, susma hakkı ile yakından ilişkilidir. Ceza muhakemesinin sujesi olan şüpheli ve sanık bu hakkın sahipleridir. Şüpheli veya sanık kendisine yüklenen suçun niteliğinin ne olduğunu, en kısa sürede ve anladığı dilde öğrenerek kendisini savunabilecektir. Şüpheli veya sanığı belirsizlik içinde bırakarak suçların aydınlatılması yönünden bu sujelerin savunmalarına yarayacak bilgiler elde etmeleri açısından yararlı olabilirse de bu hakkın tanınmaması hukuk devleti ilkesinin de ihlali anlamına gelecektir. Neyle suçlandığını bilmeyen bir kişinin kendisini savunabilmesi de mümkün değildir. Bu hak sayesinde kendisine yüklenen suç öğrenen şüpheli veya sanık susma hakkını kullanıp kullanmamaya veya lehine olan delillerin toplanmasını talep edip etmemeye karar verecektir. Bu nedenle şüpheli veya sanık ancak kendisine yüklenen suç öğrendikten sonra karar makamına karşı savunma yapabilecektir. Diğer taraftan yakalama ve tutuklama sırasında da hakkın geçerli olduğuna dair şüphe yoktur.⁶⁵

bb. Kendini Suçlamama Hakkı ile İlişkisi

Kendini suçlamama hakkı, susma hakkı ile nitelik olarak yakından ilişkili olmakla birlikte, ceza muhakemesinin tarihsel gelişimiyle birlikte değerlendirildiğinde susma hakkıyla bütünsel bir görünüm gösterdiği görülmektedir. Bu görünüm içerisinde *"tahkik sisteminin uygulandığı dönemlerde sanığın ikrarı ile gerçeğe ulaşma çabası, şüpheli veya sanığın her ne pahasına olursa olsun konuşturulmasına yol açmıştır. İşkence ile alınan ikrarların hükme esas alınmasıysa ceza muhakemesinin amacının insan onuruna dokunulmadan gerçeğin elde edilmesi olduğu yönünde geliştikten sonra şüpheli veya sanıklara işkenceyi önlemek amacı ile yüklenen suç ile*

kurulmamıştır. Yine bir başka olayda yüklü bir miktarda uyuşturucu ile yakalanan sanık uyuşturucu kaçakçılığında mahkum olmuştur. Hakim mahkumiyet kararını verirken bir karineye dayanmıştır. Bu karine, yasak olan kaçak malları zilyetliğinde bulunduran kişinin suçluluğu yönünde olup ispat yükünü sanık üzerinde bırakmaktadır. AİHM yaptığı incelemede bu karinenin *suçsuzluk karinesini ihlal etmediği* sonucuna varmıştır.

⁶⁵ Altunkaş, Aysun, a.g.m., s. 75,76.

ilgili konuşmama ve açıklamada bulunmama hakkı da tanınmıştır.”⁶⁶

Kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmayacağı anlamını taşıyan *Nemo Tenetur* ilkesi, Anayasanın 38. maddesinin 5. fıkrası ile de teminat altına alınmıştır. “*Kimse kendisini ve yasadaki gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*” Bu ilke ve hükümler karşısında, şüpheli veya sanık vücudunun bir keşif konusu olarak incelenmesine katlanmaya mecbur mudur? Şüpheli veya sanığın karşı iradesine rağmen, vücudunda muayene yoluyla olaydan kalan iz aranmasının veya olaydan geriye kalan izlerle karşılaştırma yapmayı sağlayacak örneklerin alınmasının onun susma hakkını ihlal edip etmeyeceği tartışmalıdır. Susma hakkının bulunduğu olguların vücudun muayenesi yolu ile elde edilmesi bu hakkı ihlal eder mi ya da kişi kendisini suçlamış olur mu? Bu noktada temelde iki farklı bakış açısı bulunmaktadır. İlki, şüpheli veya sanığın susma hakkının yalnızca kendisine isnat edilen fiile ilişkin olduğudur. Vücudun muayenesi ve örnek alma işlemi ise isnatta bulunup açıklama belirlemek söz konusu değildir.⁶⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre de sanığın iradesinden bağımsız olarak mevcut bulunan, onun iradesiyle hiçbir ilgisi bulunmadan var olan delillerin toplanmasında cebir kullanılabilir.⁶⁸ İkinci bakış açısı Anayasa’ya da yansımış olan *Nemo Tenetur* ilkesinden hareketle hiç kimsenin kendi aleyhine delil vermeye zorlanamayacağıdır. Muayeneyi vücut diliyle ifade olarak alan bu anlayış muayene yapılmadan sanığa bunu kabul etmeme hakkının hatırlatılmamasının sonucunda elde edilen bulguların delil değerlendirme yasağına gireceği görüşündedir. Alman Hukuku’nda kişinin bu duruma katlanmak zorunda olduğu, ancak

⁶⁶ Kibar, Recep, *a. g. e.*, Ankara 1997, s. 49.

⁶⁷ Centel / Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2008, s. 276.

⁶⁸ Mole / Harby, *Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz*, TBB Yayını, Ankara 2005, s. 39, Saunders Birleşik Krallık Kararı, 17.12.1996: “Kendine karşı tanıklık etmemek hakkı öncelikle sanığın sessiz kalma istemine saygı gösterilmesi ile ilgilidir. Sözleşmeye taraf devletlerin hukuk sistemlerinde ve başka yerlerde yaygın olarak anlaşıldığı üzere, bu hak ceza yargılamalarında sanıktan cebren elde edilmiş malzemenin kullanılmasını kapsamamakla beraber, şüphelinin isteğinden bağımsız olarak mevcudiyeti bulunan arama emri sonucunda ele geçirilen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan bedensel dokuların kullanılması mümkündür.”

işlem yapılabilmesi için sağlık açısından bir zarar doğurmayacak olmasının ve hakim kararının gerekliliğinin aranacağı belirtilmektedir. Fransız Hukuku'nda vücut aramasında suçüstü ve istinabe halleri dışında ilgilinin izninin alınması gerektiği düzenlenmiştir.⁶⁹ Bu konuda CMK'nın 75. maddesinde "şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması" düzenlenmiştir. Burada şüpheli veya sanığın iradesinden bağımsız olarak karar verilmektedir. Biz bu konuda ilkenin bu derece geniş yorumlanmasının ceza muhakemesinin gerçeğin araştırılması amacı ile çelişeceğini düşünerek Alman hukukundaki görüşe katılmakla birlikte Fransız hukukunda aranan suçüstü kriterinin de kullanılmasının susma hakkı ve kendini suçlamama hakkı açısından yerinde olacağı kanaatindeyiz.

f. Hukukumuzda ve Uygulamada Susma Hakkı

Anayasa'da susma hakkını doğrudan düzenleyen bir madde yer almamakla birlikte, "Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar" başlıklı Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasında "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." şeklindeki düzenlenmiştir. Maddenin kapsamından, bir yandan susma hakkının varlığı, diğer taraftan da sanığın işkenceye maruz kalmasının dolaylı olarak önlenmesi sonucu çıkmaktadır. Anılan maddenin zıt anlamı ise, isnadı ileri süren devletin ispat yükümlülüğüne işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle, burada suçlanan kişiye suçsuzluğunu ispat külfeti değil, suçlayan makama iddiasını ispatlama yükümü getirmektedir.⁷⁰

Hukukumuzda şüpheli ve sanık çeşitli haklar yanında susma hakkına da sahiptir. Ceza muhakemesinde hakkaniyete uygun yargılan-

⁶⁹ Centel / Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2008, s. 277, 278.

⁷⁰ Er, Deniz Erol, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları*, Ankara 2002, s. 195, 200; şunu da ifade etmek gerekir ki, "Suçsuzluğunu ispat etmek sanığın görevi değildir. Yargılama makamının, sanığın suçluluğunu veya suçsuzluğunu duruşmadaki delillerden elde edineceği kanaat ile ortaya koyması gerekmektedir. Gerçekten bir taraftan sanığa susma hakkı tanıyıp, diğer taraftan da suçsuzluğunu ispatlamasını beklemek bir çelişki olurdu." Bu konuda sanık açısından garantör niteliğindeki ilke suçsuzluk karinesidir. Susma hakkı ile de bu ilke yakından ilişkilidir.

ma; kendi mahkumiyetine yardımcı olmama, kendi aleyhine beyan ve delil vermeme hakkını içerir. Dolayısıyla da kişinin kendi kendini suçlayıcı bir duruma düşmemesini sağlamak için susma ve ilişkili bulunduğu haklar korunmaktadır.⁷¹ Ceza Muhakemesi Kanunu ifade ve sorguyu esas itibarı ile şüpheli ve sanığın⁷² kendini savunma aracı olarak kabul etmiş ve bunun sonucu olarak da susma hakkını tanımıştır. Kanun bununla da yetinmemiş, CMK'nın 147. maddesinin 1. fıkrasının b ve e bentlerinde bu hakkın şüpheli veya sanığa hatırlatılacağını da hüküm altına almıştır.⁷³ Bu açıdan ifade vermek istemediğini belirten şüpheliye hukuka aykırı birtakım yöntemlerle ifade verdirilmemelidir. Zira bu suretle elde edilecek beyan hukuka aykırı olacaktır.⁷⁴

⁷¹ İnceoğlu, Sibel, *a. g. e.*, İstanbul 2005, s. 271.

⁷² CMK m. 160 f.2'de "Cumhuriyet Savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılama yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür" denilmektedir. Böylelikle Anayasanın 38. maddesinin 5. fıkrasında ifade bulan "susma hakkı"da "şüpheli" sıfatının kazanıldığı anda başlamaktadır.

⁷³ Toroslu, Nevzat / Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, s. 135.

⁷⁴ Bu anlayışla paralel olarak CMK m.206'da kanuna aykırı olarak elde edilen delillerin duruşmada ortaya konulması yasaklanmış, CMK m. 207'de yüklenen suçun hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceğini belirtilmiş, CMK m. 148 f.3'te ise yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği hükümleri yer almaktadır. Kunter- Yenisey /- Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2008, s. 1079-1105.; Alman doktrininde delil yasakları, konusu bakımından yasaklanan deliller, temel hakları korumak amacıyla yasaklanan deliller ve elde edilmesinde uygulanan metod dolayısıyla yasaklanan deliller olarak sınıflandırılmaktadır. Kabul edilmiş olan "Sanık Hakları Teorisi" doktrinde eleştirilmekle birlikte, teoriye göre delilin elde edilmesi sırasında gerçekleşen hukuka aykırılığın sanığın haklarını ne ölçüde ihlal ettiğine bakılır. Sanığın hakları önemli şekilde ihlal edilmiş ise hukuka aykırı delil kullanılamaz. Buna karşın ihlal, ikinci derecede ise ve sanık hakları açısından önem taşımamakta ise hukuka aykırı olmasına rağmen delilin hüküm verilirken kullanılabilmesi anlayışı vardır. Teoriye eleştiriler sanığın usulüne uygun bir ceza muhakemesi istemek hakkının olduğu ve yalnızca sanığın anayasal haklarını koruyan hükümlere riayet edilmemesi halinde değil, muhakeme hukukuna ilişkin herhangi bir kuralın ihlal edilmesi halinde de delilin değerlendirme kapsamı dışında kalması kabul edilmiştir. Kanımızca delil yasakları konusundaki değerlendirme Janus'un iki yüzü gibidir. Sanığın yalnızca anayasal hakları değil muhakeme hukukundan doğan hakları da bulunmaktadır ve bu konuda devletin kamusal menfaatleri ile diğer menfaatlerin özellikle de konumuz açısından şüpheli ve sanığın menfaatlerinin tartılması konusunda nesnel bir kriter geliştirmek oldukça güçtür. Temel hak ve özgürlükler

Bu hak, çeşitli şekillerde ve kapsamda kullanılabilir. Hiçbir soruya cevap vermemek şeklinde kullanılabileceği gibi, belli aşamalarda konuşup belli aşamalarda susmak şeklinde de olabilir. Ne şekilde kullanılırsa kullanılsın kolluk buna rağmen soru sormaya devam edebilir. Bu arada şüphelinin bazı sorulara cevap verebileceği düşünülmelidir. Bu nedenle şüpheli en başta susma hakkını kullanacağını bildirmişse de, sorulması düşünülen soruların sorulması üzerine şüphelinin bunlardan bir kısmına cevap vermesi hukuka uygundur. Ancak bu uygunluk kuşkusuz, susma hakkını kullanan kişiyi konuşmaya zorlayacak birtakım yöntemler kullanılmaması durumunda geçerlidir.⁷⁵ Şüpheli ve sanığa aksi halde müeyyide uygulamak gerekecektir. Bu noktada en etkili müeyyide işkence olmuştur.⁷⁶ Ayrıca CMK 311. maddesi hükmü ile AİHS'nin ihlalini bir yargılamanın yenilenmesi nedeni saymaktadır.⁷⁷ CMK'ya konulan atıf normu ile AİHS'ye atıf yapılarak ceza yargılaması açısından işlevsel bir durum kazandırılmış ve muhakeme hukukunun sınırları adil yargılanma hakkı ile belirlenmiştir.⁷⁸

AİHS'nin 6. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları yalnızca ceza yargılaması bakımından uygulanacak ilkeler olarak nitelendirilmelidir. Bunlar ceza yargılaması bakımından getirilmiş olan güvencelerdir. Öncelikle suçsuzluk karinesi önemli bir güvence olmanın ötesin-

aleyhine yapılacak yorumlarda ihtiyatlı davranmak gerekir. Hukuka aykırı deliller ve bunların değerlendirilmesine ilişkin öğretilerde mutlak ve nispi delil yasakları kavramı ve bu delillerin bir hak ihlaline ilişkin olup olmadıkları tartışması için bakınız Öztürk, Bahri, *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*, Ankara 1995, s. 11-50.

⁷⁵ Şahin, Cumhuriyet, "Kolluğun İfade Alması Konusunda Ortaya Çıkan Sorunlar", *Bilge Öztan'a Armağan*, Ankara 2008, s. 1417.

⁷⁶ Toroslu, Nevzat / Feyzioğlu, Metin, *a. g. e.*, Ankara 2006, s. 134.

⁷⁷ CMK, m. 311, f.1, b. 5; Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, AİHM kesin kararıyla tespit edilmiş olması durumunda, AİHM'nin kararının kesinleşmesinden itibaren 1 yıl içinde yargılamanın yenilenmesi istenebilir.

⁷⁸ Hafızoğulları, Zeki, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, s. 67: "Atıf veya gönderme normları, diğer bir hukuk normunu gerektiren veya diğer bir hukuk normuna göndermede bulunan hükümlerdir." Bir başka atıf normu CMK m. 160 f. 2'de kullanılmıştır. Maddede cumhuriyet savcısına maddi gerçeğin araştırılması ve *adil bir yargılanmanın yapılabilmesi için...*şüphelinin haklarını koruma altına alma yükümlülüğü yüklenmiştir.

de, bu güvencenin bulunması duruşmadan önce de 6. maddenin uygulanmasını göstermesi açısından önemlidir.

g. Susma Hakkının İstisnaları

aa. Kimliği ile İlgili Bilgileri Doğru Cevaplama

Ceza davası ancak suçlu olduğundan şüphe edilen kişinin ferdan muayyen olması durumunda açılabilir. CMK ferdan bilinmeyen yani meçhul kişi hakkında dava açılmasını kabul etmemiştir. CMK'nın 170. maddesinde, iddianamede gösterilmesi gereken hususlar arasında şüphelinin kimliği de sayılmıştır.⁷⁹ CMK'nın 147. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde şüpheli veya sanığın kimliğinin saptanacağını ve şüpheli veya sanığın kimliğine ilişkin soruları doğru cevaplandırmakla yükümlü olduğu belirtilmektedir. Şüphelinin kimlik ve adresi ile ilgili bilgi vermekten kaçınması ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla kimliğinin belirlenememesi halinde, bu belirleme yapılıncaya kadar gözaltına alınması ve tutuklanması mümkündür.

Bu noktada, "Miranda Kuralı"na da değinmek gerekir. ABD'de 1960 yılına verilen bir yargı kararına dayanan kural, yakalanan kişiye güvenlik görevlilerinin haklarını hatırlatmasını öngörmektedir. Kolluk şüpheliyi yakaladığı anda ona susma hakkının olduğunu ya da söyleyeceği şeylerin aleyhinde delil olarak kullanılabileceğini hatırlatmak zorundadır. Buna göre, başlangıç şüphesi üzerine sorulan sorularda, *Miranda Kuralı* geçerli değildir, ancak şüpheli kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür.⁸⁰ Sokakta polis tarafından durdurulan ve kimliği sorulan ya da üzerinde arama yapılan kişi teknik anlamda gözaltına alınmış ve yakalanmış kişi değildir (Arama Y. m. 27). Eğer şüphe kuvvetli ise ve ilgilinin kollukça yakalanmasını gerektiriyorsa, bu noktada hakların ve susma hakkının ha-

⁷⁹ Toroslu, Nevzat / Feyzioğlu, Metin, *a. g. e.*, Ankara 2006, s. 124,125.

⁸⁰ Şahin, Cumhur, "Kolluğun İfade Alması Konusunda Ortaya Çıkan Sorunlar", *Bilge Öztan'a Armağan*, Ankara 2008, s. 1416.; "Dikkat edilmelidir ki, buradaki gözaltı ve tutukluluğun, yürütülmekte olan soruşturma ile doğrudan ilgisi bulunmamaktadır. Yani kişi, yalnızca kimliği konusunda açıklamada bulunmaktan kaçındığı veya gerçeğe aykırı açıklamada bulunduğu için kimliği tespit edilemediğinden dolayı gözaltına alınmakta ve gözaltı süresi dolduktan sonra tutuklanmaktadır."

tırlatılması gerekecektir.⁸¹ Ancak, uygulamada bu durumun tespiti zor olacağı kanaatindeyiz.

bb. Kendiliğinden Yapılan Açıklamalar

Susma hakkının kapsamına girmeyen bir diğer istisna ise, kendiliğinden yapılan açıklamalarla ilgilidir. Örneğin kıskançlık nedeni ile karısını öldürdükten sonra karakola giderek teslim olan şahsın, kendiliğinden yaptığı açıklamalardan önce susturulması, müdafinin getirilmesi söz konusu olamaz (*exception of spontaneous declaration*). Yine meşhut suç sırasında takip edilen kişinin söylediği sözler bakımından hukuka aykırı delil var sayılamaz. Bu istisna, toplumun güvenliği gerekçesi ile getirilmiştir (*public safety*). Bunların dışında hakların bildirilmemesi, şüpheli veya sanığın savunma hakkının özünü ortadan kaldırdığı için esaslı bir hukuka aykırılıktır.⁸²

SON SÖZ

Yargılamanın adil olarak nitelendirilebilmesi için hakkın kapsamında bulunan ilişkili bulunduğu hakların da azami seviyede yerine getirilmesi gerekmektedir. Bunun da ötesinde adil yargılanma yalnızca sözleşmeye taraf olan devletlerin uymakla yükümlü oldukları bir hak değil, özgürlükler ve hukukun üstünlüğü bakımından insanlığın ortak mirası olan değerleri içermektedir. Jellinek'in sınıflandırması açısından adil yargılanmanın negatif statü hakkı olduğu belirlenmiş ise de yerine getirilmesi açısından devletin pozitif birtakım edimlerine de gereksinim duyulduğu açıktır. Bu edimler yerine getirilmeksizin

⁸¹ Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2006, s. 1008.

⁸² Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2006, s. 1008, 1009.; "Örneğin kazaya karışan kişi, kendisine sorulmadığı halde polise bazı açıklamalarda bulunursa, bu sırada henüz dar anlamda sanık sıfatını almamış olduğundan, verdiği bu ifade duruşmada aleyhine delil olarak değerlendirilebilir. Duruşmada hazır bulunmasa, kendisine hakları hatırlatılmasa dahi değerlendirme mümkündür." "Bu noktada İtalyan Ceza Kanunu (m. 136/2) tutanakta her bir ifadenin sorulan bir soru üzerine mi yoksa kendiliğinden mi verildiğinin belirtilmesini şart koşmaktadır.", Şahin, *Cumhuriyetin Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara 1994, s. 86.

hakkın tam olarak korunduğundan da bahsedilemeyecektir.

Sanığın veya şüphelinin savunmasını kısıtlayan, kendini suçlayan beyanlarda bulunması ile ceza hukukunun diğer hukuk dallarından en önemli farkı olan “insaniliği” de ihlal edilmiş olacaktır. Ceza muhakemesi hukukunun en önemli sujeleri, hatta ceza muhakemesi mekanizmasının harekete geçmesine neden olan sujeler şüpheli ve sanıktır.⁸³ Bu nedenle sanığı koruyan hükümler ve bu yönde evrensel ilkeler geliştirilmeye çalışılmış, öğretide “şüphelilik statüsünün” başladığı an, bir kişi hakkında soruşturmanın başladığı an olarak kabul edilmektedir. İlgilinin kendisine yapılan soruşturma ve araştırmalardan haberdar olması gerekmez. Koğuşturma makamları somut şüphe sebeplerine dayanarak söz konusu kişi veya kişilerden şüphelenmişler ve araştırma yapmaya başlamışlarsa, ilgili artık “geniş anlamda sanık” durumundadır. Susma hakkı da bu bakımdan sanığı koruyan, gerçeği öğrenmek adına her türlü yöntemin kullanıldığı ve sanıktan delile gidilmeyen bir aydınlanmacı ceza muhakemesi sistemini garanti etmektedir. Ancak bu noktada ifade edilmelidir ki sanığın susma hakkına sahip olması adil yargılanma içinde her türlü durumda kuşanılabilir bir zırh değildir. Mahkemenin bu yönde değindiğimiz içtihatları da hakkın hassasiyetle ve somut olay adaleti bakımından değerlendirilmesini gerektirecek yönlerini ortaya koymaktadır.

Adil bir yargılanmanın hukuk devleti anlayışının ayrılmaz bir parçası olduğu kabul edildiğine ve Anayasa'nın 2. maddesinde devletin niteliğinin “hukuk devleti” olduğu belirlendiğine göre bu hakka uymama şeklinde bir seçim artık mümkün değildir. Bir an için sözleşmeye taraf olmadığımız düşünülse bile böyle bir seçim aydınlanmacı, liberal demokratik ceza hukuku açısından da bir geriye gidiş olacaktır. Bu geriye gidişin ise kabulü mümkün değildir. Bu kapsamda susma hakkına riayet edilmeksizin yargılamanın adilliğinden de söz etmek mümkün olmayacaktır.

⁸³ Toroslu / Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2009, s. 124.

KAYNAKLAR

- Akbulut, Olgun, Adil Yargılanma Hakkı, *Kemal Oğuzman'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, İstanbul 2002.
- Akıllıoğlu, Tekin, *İnsan Hakları I, Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, Ankara 1995.
- Algan, Bülent, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Ankara 2007.
- Altunkaş, Aysun, "Adil Yargılanma Hakkı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü Işığında", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:2007, S:1, İstanbul.
- Aydın, Öykü Didem, "Ceza Hukukunun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu", *TBB Dergisi*, Sayı 53, Ankara 2004.
- Başaran, Başar, Adil Yargılanma Hakkı, AÜSBE. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2007.
- Beccaria, Cesare, Çev. Sami Selçuk, Ankara 2004.
- Bıyıklı, Hasan, İkrar ve Ceza Muhakemesi Sorunları, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 48, S.11-12, İstanbul 1974.
- Bozkurt, Enver, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku*, Ankara 2006.
- Çeçen, Anıl, *İnsan Hakları Rehberi*, Ankara 1999.
- Çelik, Adem, *Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku*, Ankara 2007.
- Demirbaş, Timur, *Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması*, İstanbul 1996.
- Dönmezer, Sulhi, "Adil Yargılanma Hakkı Üzerine Notlar", *Yazarın Son Çalışmaları, Dönmezer Armağanı*, Ankara 2008.
- Dutertre, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Türkçe Çeviri*, Avrupa Konseyi Yayınları, Almanya 2003.
- Er, Deniz Erol, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları*, Ankara 2002.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Ankara 1997.
- Erem, Faruk, "Susma Hakkı", *Yargıtay Dergisi*, C.18, S.3, Ankara 1992.
- Fellman, David, *The Defendant's Rights Today*, Wisconsin 1976.
- Feyzioğlu, Metin, "Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu", *AÜHFD*, Cilt 44, Yıl 1995.
- Feyzioğlu, Metin, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *AÜHFD* 1999.

- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa 2009.
- Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2009.
- Hafızoğulları, Zeki, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008.
- İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul 2005.
- İnsan Hakları Konferanslar*, 14 Nisan 2006- 26 Mayıs 2006, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 6. Maddesinde Düzenlenen Adil Yargılanma Hakkı”, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2006.
- Kibar, Recep, *Türk Hukukunda Sanık Hakları*, Ankara 1997.
- Kuçuradi, Ioanna, “İnsan Hakları: Kavramı ve Çeşitleri” *İnsan Hakları Konferans Panel ve Sempozyumlar*, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 2006.
- Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2006.
- Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2008.
- Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2009.
- Ladewig, Hans Meyer, “Adil Yargılanma Hakkı II”, Çev. Hakeri, Hakan, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Kunter’e Armağan.
- Metin, Yüksel, *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara 2002.
- Mole- Harby, *Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz*, TBB Yayını, Ankara 2005.
- Öztürk, Bahri, *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:14, Ankara 1995.
- Şahin, Cumhur, Kolluğun İfade Alması Konusunda Ortaya Çıkan Sorunlar”, *Bilge Öztan’a Armağan*, Ankara 2008.
- Şahin, Cumhur, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara 1994.
- Tanrıkulu, Sezgin, Adil Yargılanma ve İddianamenin İadesi-Kabulü-Tebliğ, *TBB Dergisi*, S. 64, Ankara 2006.
- Tezcan / Erdem / Sancaktar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2002.
- Toroslu / Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006.
- Toroslu / Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2009.
- Turan, Hüseyin, “Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa

- Sözleşmesi'ndeki Yeri ve Önemi" , *TBBB*, Sayı 84, Ankara 2009.
- Uluslararası Af Örgütü, Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul 2000.
- Ünver, Yener, "Adil Bir Yargılanmaya İlişkin Avrupa Temel Hakkı", *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan.
- Yaltı Soydan, Billur, İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı-III, *Vergi Sorunları Dergisi*, Ekim 2000, S.145, Ankara 2000.

Elektronik Kaynaklar

- www.cumhuriyet.com.tr/?hn=122820 (Erişim Tarihi 17.3. 2010)
- http://tr.wikisource.org/wiki/Virginia_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_Bildirgesi, (Erişim Tarihi 18.3.2010)
- <http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/iheb.html>, (Erişim Tarihi 9.6.2010)
- <http://ilef.ankara.edu.tr/akildefteri/gorsel/dosya/10460171751961.doc>, (Erişim Tarihi 17.3. 2010)
- http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b6-7.pdf. (Erişim Tarihi 6.6.2010)
- <http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html> (Erişim Tarihi 6.6. 2010)
- [http:// www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case_Law/Hudoc/Hudoc+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case_Law/Hudoc/Hudoc+database/) - (Erişim Tarihi 25.7.2010)