

ŞÜPHELİNİN SUSMA HAKKININ GÜVENİLİR KİŞİYE BAŞVURULMASI YÖNTEMİYLE İHLALİNE ALMAN YARGITAYI KARARLARI IŞIĞINDA KISA BİR BAKIŞ

Unter Berücksichtigung Der Bgh- Entscheidungen Ein Kurzer Blick Auf Den Verstoß Des Schweigerechts Von Beschuldigten Durch Anwendung Der Vertrauensperson

Ufuk TOPRAK*

ÖZET

Soruşturma evresinde kendini hukuk pratiğinde gösteren önemli sorunların arasında, şüphelinin susma hakkının hangi hallerde soruşturma organlarının başvurduğu yöntemlerle çığnenebileceği sorusu da gelmektedir. Keza şüphelinin susma hakkı ile soruşturma organlarının işlenen suçü aydınlatmak için ellerinde olan soruşturma yöntemleri (kanunda düzenlenmiş olan ya da pratikte uygulanan), farklı amaçlara hizmet etmektedir. Kanunda susma hakkıyla şüpheliye, kendisini yürütülen soruşturma kapsamında zor durumda bırakmama, soruşturma organlarına kendi aleyhine delil elde etme yardımında bulunmama hakkı ve ifade verme özgürlüğü tanınırken, soruşturma organlarına işlenen suçü aydınlatma ödevi yüklenmiştir. Bu haliyle şüphelinin susma hakkının, soruşturma evresinde başvuru soruşturma yöntemleriyle ihlal edilebileceği açıktır. Çünkü şüphelinin susma hakkını kullanması, soruşturma konusu suçün aydınlatılmasını geciktirici bir faktör olabilir. Şüphelinin ifade verip vermemede özgür olmasına, ifade vermeye zorlanmasının hukuk devletine aykırı olmasına rağmen, soruşturma organlarının öyle ya da böyle şüpheliyi ifade vermeye yönlendirmede (zorlamada) ısrarcı olmasının sebebi, şüphelinin ifadesinin, hâkimin karar vermesinde en etkili delil araçlarından biri olması oluşturmaktadır. Öyle ki davaya bakan hâkim, kararını sadece şüphelinin yapmış olduğu itirafa göre bile verebilir¹.

Şüphelinin susma hakkının ihlali kapsamında bahsini ettiğimiz yöntemler arasında, şüphelinin polis tarafından planlanmış, polise yardımcı olan güvenilir kişiyle yaptığı özel görüşmelerin polis tarafından dinlenmesi de gelmektedir. Soruşturma aşamasında güvenilir kişi kullanımı Alman Ceza Usul Hukukunda açık bir şekilde düzenlenmiş olmamakla birlikte, pratikte başvuru yöntemlerden biridir. Çalışmamızın konusu, bu yöntem başvuru yönteminin yasal olup olmadığı tartışmasından öte, bu yöntemin sınırları ve güvenilir kişiye başvuru yönteminin hangi hallerde susma hakkının ihlalini teşkil edebileceği oluşturacaktır.

* Almanya Heinrich-Heine-Üniversitesi Doktora Öğrencisi
¹ ROXIN/SCHÜNEMANN, Strafverfahrensrecht, § 25 I, s. 173.

Bu çalışmada öncelikle, şüpheli kavramıyla, şüphelinin ifade verme özgürlüğü konularına değinilerek, Alman Yargıtayı'nın (BGH'nın yani *Bundesgerichtshof*)² güvenilir kişi kullanımına ve bunun sonucu ortaya çıkabilecek susma hakkı ihlallerine dair tutumu, BGH'nın somut bir olaya dair vermiş olduğu kararların ışığı altında ele alınacaktır. BGH'nın pozisyonuna karşı literatürde sergilenen tutum da ana başlıklarıyla çalışmamızın konusunu oluşturacak; son olarak tartışmalara dair düşüncemiz eleştirel bir şekilde sunulmaya çalışılacaktır. Ayrıca, BGH tarafından geliştirilmiş olan itiraz çözümünün, şüphelinin susma hakkının ihlali neticesinde elde edilen delillerin değerlendirilebilmesindeki etkisine değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Şüpheli, şüphelinin susma hakkı, *Nemo tenetur se ipsum accusare* ilkesi, güvenilir kişi, ifade vermede karar verme iradesi ve bunun zedelenmesi, itiraz çözümü.

ZUSAMMENFASSUNG

Ein wichtiges Problem, das sich in der juristischen Praxis zeigt, ist auch die Frage, inwiefern das Schweigerecht des Beschuldigten durch die von Ermittlungsorganen verwendeten Methoden verletzt werden kann. Immerhin dienen das Schweigerecht des Beschuldigten und die Methoden von Ermittlungsorganen (im Gesetz geregelten oder in der Praxis verwendeten Methoden), die für Aufklärung der begangenen Straftaten eingesetzt werden, verschiedenen Zwecken. Während mit Schweigerecht dem Beschuldigten das Recht eingeräumt wird, sich selbst nicht zu belasten, den Ermittlungsorganen bei der gegen ihn gerichteten Ermittlung nicht helfen zu müssen und frei auszusagen, wird den Ermittlungsorganen die Aufgabe erteilt, die begangenen Straftaten aufzuklären. Daher ist es möglich, dass das Schweigerecht des Beschuldigten durch die Methoden von Ermittlungsorganen verletzt wird. Denn die Nutzung des Schweigerechts kann unter Umständen zur Verzögerung der Aufklärung der ermittelnden Straftat führen.

Weshalb die Ermittlungsorgane auf der Aussage des Beschuldigten bestehen, obwohl der Beschuldigte nicht zur Aussage gezwungen werden kann, liegt darin, dass seine Aussage bei der Entscheidung des Gerichts eine entscheidende Rolle spielen kann. Das Gericht kann sogar sein Urteil allein nach dem Geständnis des Beschuldigten fällen³.

Die Abhörung des Gesprächs zwischen dem Beschuldigten und der Vertrauensperson, das durch Polizei arrangiert wurde, kann unter Umständen auch zum Verstoß gegen Schweigerecht des Beschuldigten führen. Obwohl der Einsatz der Vertrauensperson beim Ermittlungsverfahren gesetzlich nicht geregelt ist, wird in der Praxis auf die Hilfe der Vertrauenspersonen nicht verzichtet. Den Schwerpunkt unserer Arbeit wird aber nicht die Frage bilden, ob der Einsatz der Vertrauensperson zum Zweck der Aufklärung der Straftaten erlaubt ist, sondern nur die Frage, unter welchen Umständen die Verwendung der durch die Einschaltung

² Çalışmanın ileriki aşamalarında Alman Yargıtayı'ı yerine BGH ibaresi kullanılacaktır.

³ ROXIN/SCHÜNEMANN, Strafverfahrensrecht, § 25 I, S. 173.

der Vertrauensperson gewonnenen Daten einen Verstoß gegen das Schweigerecht des Beschuldigten darstellen kann.

Mit dieser Arbeit wird zuerst auf den Begriff „Beschuldigter“ und die Aussagefreiheit des Beschuldigten eingegangen. Daraufhin werden die Positionen des BGH über den Verstoß des Schweigerechts durch die Verwendung der Vertrauensperson unter Berücksichtigung der verschiedenen BGH's Entscheidungen und die Reaktionen auf diese Entscheidungen in der Literatur thematisiert. Danach wird die Darstellung eigener Meinung über diese Diskussionen erfolgen. Zuletzt wird der Anwendbarkeit der von BGH entwickelten Widerspruchslösung auf die durch Verstoß gegen das Schweigerecht des Beschuldigten erlangten Beweise nachgegangen.

Stichpunkte: Beschuldigter, Schweigerecht des Beschuldigten, *Nemo tenetur se ipsum accusare- Grundsatz*, Vertrauensperson, die gegen Aussagefreiheit verstoßenden Methoden im Ermittlungsverfahren, Widerspruchslösung.

GİRİŞ

Şüphelinin susma hakkının soruşturma evresinde kullanılan metodlar çerçevesinde ihlal edilebileceği genelinde tartışma konusu yapacağımız özel sorun, güvenilir kişi kullanımı sonucu elde edilecek bilgilerin hangi şartlar altında mahkemede delil olarak kullanılabilirliği. Bu kapsamda makalemizi genel başlıklarıyla şu şekilde özetleyebiliriz;

- a) Şüpheli kavramıyla anlatılmak istenen nedir ve belirli bir suç işlediğinden hareket edilen kişi hangi aşamada şüpheli olarak kabul edilebilir? Çünkü şüpheli sıfatına sahip olduğundan itibaren, susma hakkının kullanılabilmesinden ve bu hakkın ihlalinden söz edilebilir.
- b) *Nemo tenetur se ipsum accusare* ilkesi ve ifade verme özgürlüğü hangi amaçlara hizmet etmektedir ve bu ilkenin usul hukukundaki etkileri nelerdir? Bu sorulara cevap verilirken *Nemo tenetur se ipsum accusare* ilkesinin tarihi gelişimine de değinilecektir.
- c) Makalenin üçüncü başlığını hukuk pratiğinde susma hakkının ihlali oluşturacaktır. Bu başlık altında ilk olarak güvenilir kişi ile gizli soruşturmacı arasındaki ayırma ve güvenilir kişi uygulamasının hukuki zeminini sorununa değinilecektir. Makalenin ağırlık noktasını oluşturacak olan bu kısımda, güvenilir kişi uygulaması sorununun yaşandığı pratikteki bir olaya, bu olaya dair yerel mahkemenin vermiş olduğu kararın hangi gerekçelerle BGH'nın 5. Dairesi tarafından bozulduğuna, 5. Dairenin olayı görüş almak için gönderdiği BGH Genel Kurulunun genel içtihadına ayrıntılı bir şekilde yer verilecektir. Bu yapılırken literatürün BGH'nın ka-

rarlarına bakış açısı ve bu tartışmalara dair kişisel görüşümüzün ayrıntılı bir şekilde sunulması da ihmal edilmeyecektir.

d) BGH tarafından, delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi kapsamında geliştirilmiş olan itiraz çözümünün, susma hakkının ihlali sonucu elde edilmiş delillerin davalarda kullanılıp kullanılmayacağı sorunundaki etkisi, makalemizin son konusunu oluşturacaktır.

I. ŞÜPHELİNİN SUSMA HAKKI

1. Şüpheli Kavramı

Şüpheli kavramı, belirli bir suç işlediği şüphesi altında olan ve de aleyhine soruşturma organları tarafından soruşturma başlatılmış kişiyi ifade etmektedir. Bu haliyle Alman Ceza Usul Kanunundaki şüpheli kavramıyla, Türk Ceza Muhakemesi Kanunundaki şüpheli kavramları örtüşmektedir. Keza Türk Ceza Muhakemesi Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasının a bendine göre şüpheli ibaresiyle, soruşturma evresinde, suç şüphesi altında olan kişi kast edilmektedir. Yalnız ana başlık olarak şüpheli kavramı, kapsamı bakımından Alman Ceza Usul Kanununun 157. maddesinde daha geniş tutulmuştur. Bu madde, Türk Ceza Muhakemesi Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde düzenlenmiş olan sanık⁴ (Angeklagte: Aleyhine savcılık tarafından açılan kamu davasının, mahkeme tarafından kabul edilip hakkında yargılamaya başlanan kişi) kavramının dışında, Angeschuldigte (yani aleyhine savcılık tarafından kamu davası açılması maksadıyla mahkemeye başvurulmuş şüpheli) kavramını da içermektedir⁵.

Şüpheli ve şüphelinin susma hakkı kapsamında tespiti yapılması gereken en önemli hususlardan biri, belirli bir suç ya da suçlardan dolayı fail olarak akla gelebilecek kişinin hangi aşamadan itibaren şüpheli olarak görülmesi gerekeceğidir. Çünkü, kişinin kanunda belirtilen, şüpheliye tanınmış haklardan yararlanabilmesi ya da hangi haklara sahip olduğu hak-

⁴ Kovuşturmanın başlamasından hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında olan kişi.

⁵ Alman Ceza Usul Kanununun şüpheli kavramını daha geniş tutmasının nedeni, Alman Ceza Usul Hukukunda, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunun tersine, ara dava (zwischenverfahren) kurumunun da düzenlenmiş olmasıdır. Ara dava, Alman Ceza Usul Kanununun 199. ile 211. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Alman Ceza Usul Kanununun 199. maddesinin ilk fıkrasına göre ara dava, savcının kamu davası açılması talebinin sonuca bağlandığı aşamadır. Ara dava neticesinde mahkeme tarafından şüpheli aleyhine asıl davanın açılmasına karar verilebileceği gibi, ara davanın geçici olarak kapatılmasında karar verebilir. Bu açıklamadan da anlaşılacağı gibi, ara davada esasa dair karar verilmeyip, soruşturma organlarının yaptığı araştırmalar neticesinde asıl davanın açılıp açılmamasına, şüpheli aleyhine yeterli suç şüphesinin olup olmadığına karar verilmektedir.

kında bilgilendirilmesi için (örneğin Alman Ceza Usul Kanunu 136. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendi gereği susma ya da her zaman, sorgulanmasından önce de bir avukata danışabilme haklarının olduğu hakkında) şüpheli sıfatını taşıması gerekir. Ayrıca şüpheli sıfatına ne zaman sahip olduğunun belirlenmesi, soruşturma organlarının şüpheliye tanınmış hakları göz önünde bulundurmaya başlaması anının sınırlarını da belirleyecektir⁶. Şöyle ki, aslında şüpheli olarak görülen ve aleyhine soruşturma yürütülen kişinin, şüpheli kavramı dışında tutulması halinde, o kişinin susma hakkını önemseme durumunda kalmaksızın soruşturma istenildiği gibi yönlendirebilir. BGH'da ve Alman literatüründe hâkim olan görüşe göre şüpheli sıfatının kazanıldığı an, soruşturma organlarının, bir kişi aleyhine suçun aydınlatılması maksadıyla harekete geçtiği ve herhangi bir tedbire başvurduğu andır⁷(subjektif ve objektif şüpheli teorisi). Başka bir ifadeyle kişi, soruşturma organlarının aleyhine ceza davası açma niyetiyle harekete geçtikleri andan itibaren şüpheli sıfatını kazanmaktadır⁸.

2. İfade Verme Özgürlüğü

Şüphelinin susma hakkının doğal sonuçlarından biri olan ifade verme özgürlüğüyle, şüphelinin kendisine isnat edilen suç ve ya suçlar hakkında açıklama yapıp yapmamakta, soruşturma organlarına vereceği ifadeyle yardımcı olup olmamakta serbest olduğu anlatılmak istenmektedir. Şüphelinin susma hakkı Alman Ceza Usul Kanununun 136. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendi ile bu maddeye atıfta bulunan 163a maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci bendinde düzenlenmiştir. Bu maddelere göre şüpheliye, sorgulaması yapılmadan önce, kendisi aleyhine yapılan suçlamalar hakkında açıklama yapıp yapmamakta özgür olduğu ve de bu hakkın kanun tarafından koruma altına alındığı bildirilmelidir. Başka bir deyişle, şüpheliye ya da mahkeme önünde yargılanan sanığa kendi aleyhine tanıklık yapma sorumluluğu kanunen yüklenmemiştir⁹. Bu bildirimle aynı zamanda, şüphelinin ifade verme zorunda olduğu yanılığısına

⁶ Bu yüzden şüpheliye tanınmış hakların soruşturma organlarınca, ihtiyari şekilde çiğnenemeyeceği Alman Literatüründe haklı olarak belirtilmektedir, örneğin ROXIN, JR 2008, s. 16; ROXIN/SCHÜNEMANN, Strafverfahrensrecht, § 25 I, S. 176; MITSCH, NStZ 2008, S. 49; benzer şekilde BEULKE, Strafprozessrecht, § 7 I, s. 69.

⁷ ROXIN/SCHÜNEMANN, Strafverfahrensrecht, § 25 I, s. 176; ROXIN, JR 2008, s. 16; BGH, NStZ 1997, s. 398.

⁸ BEULKE, Strafprozessrecht, § 7 I, S. 69.

⁹ Karşılaştırma için bkz. DINGELDEY, JA 1984, s. 407.

düşmesinin önüne de geçilmek istenmektedir¹⁰. Keza, ifade verme özgürlüğüyle, şüphelinin kişilik hakkının, ceza soruşturmasıyla güdülen amaçtan daha ön planda olduğu vurgulanmaktadır¹¹. Aynı şekilde şüpheliye susma hakkını tanımak, insanlık şerefine saygı duymanın¹², bu hakkın kullanımını zedeleyici yanılgıların önüne geçmekte hukuk devleti olmanın gereğidir.

Şüphelinin susma hakkının garanti altına alındığı ilke *nemo tenetur se ipsum accusare* prensibidir. Bu ilkeyle, kimsenin kendini zor durumda bırakmaya zorlanamayacağı, kendi aleyhine tanıklık etmek zorunda bırakılmayacağı ve suçunu itiraf etme yükümlülüğünde olmadığı düşüncesi vurgulanmaktadır¹³. *Nemo tenetur se ipsum accusare* ilkesinin çıkış noktasını 19. yüzyılda işkencenin sorgulama ya da soruşturma aracı olarak kullanılmayacağı anlayışı oluşturmuştur. Alman İmparatorluk Ceza Usul Kanununda *nemo tenetur se ipsum accusare* ilkesi bugünkü anlamıyla kendine yer bulmamış olmakla birlikte, şüphelinin ifade verme özgürlüğünün hukuk sistematiğinde yer edinmesinin ilk basamağı olan düzenlemelere yer verilmiştir¹⁴. Alman İmparatorluk Ceza Usul Kanununun 136. maddesinin ilk fıkrasına ve 242. maddesinin üçüncü fıkrasına göre şüpheliye sadece soruşturma aşamasında ya da asıl davada hakkındaki iddialara karşı söylemek istediği bir şeyin olup olmadığı sorulmalıydı¹⁵.

Kişinin kendini zor durumda bırakma zorunda olmadığı ilkesi, hukuk devleti anlayışına dahil ilkelere dahil olan adil yargılama prensibiyle de örtüşmektedir. Çünkü adil yargılama ilkesi, soruşturma organlarının gerçe-

¹⁰ MEYER-GROSSNER, Strafprozessordnung, § 136 Rn. 7; ROXIN/SCHÜNEMANN, Strafverfahrensrecht, § 25 I, S. 173; ayrıca POPP, NSTZ 1998, s. 95-96.

¹¹ KÜHNE, Strafprozessrecht, § 4 Rn. 103, S. 70.

¹² Karşılaştırma için bkz. LEMKE in: Strafprozessordnung, § 136 Rn. 17.

¹³ Bkz. DINGELDEY, JA 1984, s. 407f.; BGH-Entscheidung, NSTZ 1996, s. 504. ayrıca KÜHNE, Strafprozessrecht, § 4 Rn. 102-105, s. 70 ff; DAHS/LANGKEIT, NSTZ 1993, s. 213; VOLK, Grundkurs stopp, s. 39.

¹⁴ Yalnız şunu belirtmek gerekirki, *nemo tenetur se ipsum accusare* ilkesi tarihi gelişimi bakımından tutarlı bir gelişim evresinden geçmemiştir. Bu ilke, son bir kaç yüz yıl içinde geliştirilmiş bir prensip olmayıp, Yahudi hukukunda ve de daha sonrasında kilise hukukunda da şüpheliye kendini zor durumda bırakma yükümlülüğünden kaçınma hakkı tanımıştır. Engizisyonun, yönetimde ve hukukta söz sahibi olmasıyla birlikte, *nemo tenetur se ipsum accusare* ilkesi ciddi bir yara almıştır. Thomas v. Aquin tarafından 13. yüzyılda talep edilen doğruyu söyleme zorunluluğu, Engizisyonun doğuşuyla birlikte ceza usul hukukunun ana prensipleri arasına girmiştir. Yani şüphelinin ifade verme özgürlüğü gasp edilerek, şüpheliye doğruyu söyleme yükümlülüğü yüklenmiştir. Ancak Magna Charta ile birlikte Avrupa'da şüpheli haklarına dair düzenlemeler yeniden savunulmaya başlanmış, 1640 yılından itibaren *nemo tenetur se ipsum accusare* ilkesi adım adım ceza usul hukukunun ana ilkeleri arasına yeniden girmiştir. Konya dair ayrıntılı bilgi için bkz. DINGELDEY, JA 1984, s. 407f.

¹⁵ ROXIN/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 25 I, s. 173f.

ğe ulaşmak için her türlü araca başvurabilmesini yasakladığı gibi, şüphelinin zorlanarak kendi aleyhine ifade verme durumunda bırakılıp, delil elde etme aracı olarak kullanılmasının önüne geçme anlayışını da içermektedir.

Kendi aleyhine yapılan suçlamalara dair ifade verme zorunluluğunda olmayan şüphelinin, kendi kimlik bilgilerine dair açıklama yapıp yapmamakta serbest olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Şüphelinin kimlik bilgilerine dair açıklama yapmak durumunda olduğu, buna uymayan şüphelinin para cezasına bile çarptırılması hukuk pratiğinde kendini gösteren yaklaşım olsa da¹⁶, literatürde kimlik bilgilerine dair ifade vermenin sadece şüpheliyi zor durumda bırakacak hallerde kabul edilemez olduğunu savunanlar yanında¹⁷, şüphelinin hiç bir şekilde, kimlik bilgilerine dair bile olsa, ifade vermeye zorlanamayacağını savunanlar da vardır¹⁸. Bu düşünceler içerisinde şüphelinin susma hakkına ve *nemo tenetur se ipsum accusare* ilkesine en uygun yaklaşımın son yaklaşım olduğu kanaatindeyim. Çünkü, şüphelinin kimlik bilgileri hakkında açıklama yapmaya zorlanması, şüphelinin susma hakkının doğal yapısına aykırıdır. Şüpheli ne işlenen ya da kendisine isnat edilen suç hakkında, ne de kimlik bilgileri hakkında açıklama yapmaya zorlanamaz. Rüping'in de dediği gibi, isnat edilen suçla alakalı olmayan, kişiye dair özel bilgilerin verilmesini (örneğin medeni halinin ne olduğunu ya da hangi işte çalıştığını), şüpheliden istemek, şüpheliyi olayın aydınlanmasına etki etmeye zorlamak olacağından, kişisel bilgilerin de ifade verme özgürlüğü çerçevesinde düşünülmesi gerekmektedir¹⁹. Ayrıca elinde olan verilerle şüphelinin belirli bir suç ve ya suçları işlemiş olduğu kanaatinde olan soruşturma organlarının, mevcut şüpheliyi kesin bir olguya çevirebilmek için başvuracakları methodlar arasında sanığın öz geçmişini araştırmak, sanığın ailesi ve sosyal ortamındaki kişilerle kontağa geçmek de vardır. Şüpheliyi yapılan öz geçmiş araştırmalarıyla (ki bu araştırmalara başlanabilmesi için kimlik bilgilerine ihtiyaç vardır) muhtemelen daha zor durumda bırakabilecek verilere ulaşılmasını şüpheliden beklemek, şüpheliyi bu konuda yardımcı olmaya para cezasıyla zorlamak, kanımca *nemo tenetur se ipsum accusare* ilkesine dolaylı bir aykırılık teşkil edecektir.

¹⁶ Örneğin BGHSt 25, S. 13; ayrıca bkz. ROXIN/SCHÜNEMANN, Strafverfahrensrecht, § 25 I, s. 175.

¹⁷ ROXIN/SCHÜNEMANN, Strafverfahrensrecht, § 25 I, s. 175f.

¹⁸ ESER, ZStW 1967, s. 565.

¹⁹ RÜPING, JR 1974, s. 137; ayrıca konuya dair bkz. WESSELS, JuS 1966, s. 169-176.

Nemo tenetur se ipsum accusare ilkesi kapsamında tartışılan konulardan biri de, şüphelinin doğruyu söyleme mükellefiyetinin olup olmadığıdır. Bu konuda Alman literatüründe hâkim olan görüş, eski literatürün aksine, şüphelinin ne maddi ne de usul hukuku çerçevesinde doğruyu söyleme yükümlülüğünün olmadığıdır²⁰. Yalnız ilginç (yerine göre çelişik) olan bir durum da var ki, o da şüphelinin yalan söyleme hakkının olmadığı konusunda hâkim olan görüştür²¹. Yani şüpheli ne doğruyu söyleme yükümlülüğü altındadır ne de yalan söyleme hakkına sahiptir²². Peki şüpheliyi bilgilendirme görevini yerine getiren müdafisinin müvekkiline göstereceği yol nasıl olmalıdır? Keza kendisine isnat edilen suç işleyip işlemediği sorulan şüpheli, şayet suç gerçekten işlemişse ve suçlamalara dair ifade vermek niyetindeyse nasıl davranmalıdır? Şüphelinin ifade verme özgürlüğünün bir uzantısı olan doğruyu söyleme yükümlülüğünde olmaması gereği, şüpheli sorulan sorulara doğru cevap vermek zorunda olmayacak, ifadesinde yalan söylediği takdirde, şayet yalan ifade farklı bir suç oluşturmuyorsa (örneğin iftira etme suçunu), şüpheli aleyhine maddi hukuk kapsamında olumsuz sonuçlar doğmayacaktır. Yalan ifade vermenin usul hukuku açısından şüpheli aleyhine olumsuz bir sonuç doğurup doğurmayacağı sorusuna gelince: Soruşturma organlarına verilen yalan ifadenin soruşturma aşamasına etki derecesiyle, şüphelinin sahip olduğu susma hakkı, *nemo tenetur se ipsum accusare* ilkesi, suç ispat edilene kadar herkesin suçsuz kabul edileceği ve suç işlediğini inkar eden şüpheli aleyhine bu inkarının (şayet dava sonucu suçlu bulunmuşsa) ilerde ceza süresinin belirlenmesinde olumsuz etki edemeyeceği anlayışını²³ dikkate aldığımızda, şüphelinin verdiği yalan ifadenin usul hukuku bakımından olumsuz etkilerinin olmayacağını kabul etmek gerekecektir. Yalnız şunu da belirtmek gerekir ki, pratikte mahkemelerin ceza süresini belirlerken, yalan ifade vermiş olan şüphelileri/sanıkları daha ağır cezalara çarptırma eğiliminde olacaklarını tahmin etmek pek de zor olmasa gerek²⁴.

Şüphelinin kendi aleyhine isnat edilen suç(lar) hakkında konuşmayıp susma hakkını kullanmasının şüpheli aleyhine kullanılıp kullanılmayacağı

²⁰ Örneğin FEZER in: Zeitschrift für Stree/Wessels, S. 663-685; ROXIN/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 25 I, s. 175f; JOECKS, Studienkommentar StPO, § 136 Rn. 15.

²¹ Konuya dair bkz. FEZER in: Zeitschrift für Stree/Wessels, S. 664; ayrıca KOHLHAAS, NJW 1965, s. 2283-2284.

²² FEZER in: Zeitschrift für Stree/Wessels, s. 664; RÜPING, JR 194, s. 135-140; KELLER, JR 1986, s. 30f.

²³ Bkz. ROXIN, Strafverfahrensrecht, 22. AUFLAGE, s. 161.

²⁴ Benzer şekilde ROXIN/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 25 I, S. 175f.

cağı sorusuna gelince: Şüphelinin susma hakkını kullanmasından hareket ederek, şüphelinin soruşturma konusu suçu işlediğine dair yorum getirmek (susmanın ikrar olduğu yorumu gibi) ve bunu delil olarak kullanmak yasaktır²⁵. Bu yüzden, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 1996 tarihinde *John Murray* aleyhine vermiş olduğu kararda, İngiltere'nin benimsemiş olduğu, şüphelinin mahkemede ifade vermeyi reddetmesinin şüpheli/sanık aleyhine negatif şekilde yorumlanabileceği anlayışına gerekli şekilde uzak durmayı, haklı olarak eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştirilerde, susma hakkını kullanmanın şüpheli/sanık aleyhine olumsuz şekilde yorumlanabilmesinin, olumsuz delil tahminiyle eş değerde olduğu dile getirilmiştir²⁶. Aynı şekilde, şüpheliye bir açıdan susma hakkını tanıyıp, diğer bir açıdan bu hakkı, kullanan kişi aleyhine yorumlayabilmek, hukuk sistemiğinin mantığına ters bir yaklaşımdır. Yalnız, ifade vermeye kısmen yaklaşan şüphelinin belirli kısımlarda ifade verip, belirli kısımlarda susması, yani kısmi susma hakkının kullanımını mahkemenin değerlendirmeye alabileceği, BGH tarafından savunulan yaklaşım olsa da²⁷, kısmi susma hakkının dahi mahkeme tarafından şüpheli/sanık aleyhine değerlendirmeye tabi tutulamayacağı görüşünün savunuların sayısı da az değildir²⁸.

II. HUKUK PRATIĞİNDE SUSMA HAKKININ İHLALİ SORUNU

1. Genel Olarak

Alman Ceza Usul Hukukuna egemen olan susma hakkı ve *nemo tenetur se ipsum accusare* ilkesine pratikte ne kadar riayet edilmekte ve hangi durumlarda pratikteki uygulamalar bu ilkelere aykırılık teşkil edebilmektedir? Teorinin pratiğe uygulanması ve bu uygulama neticesinde teorinin ruhuna uygun pratiğe her zaman ulaşamayacağı sorunu, kendini hukuk uygulamasında da göstermektedir²⁹.

Bu bölümde, güvenilir kişiye başvurulması yönteminin hangi durumlarda susma hakkı ve *nemo tenetur se ipsum accusare* ilkesinin ihlali anlamına gelebileceği sorununa değinilecektir. Çalışmamızın bu kısmında öncelikle güvenilir kişiye başvurulması yoluyla susma hakkının ihlalinin konu

²⁵ KÜHNE, Strafprozessrecht, § 4 Rn. 104, S. 73; ayrıca bkz. DIEMER in: Karlsruher Kommentar StPO, § 136 Rn. 13, S. 786.

²⁶ MEYER nach KÜHNE, Strafprozessrecht, § 4 Rn. 104, S. 73.

²⁷ BGH, StV 1994, S. 413; aynı görüşte olan KÜHNE, Strafprozessrecht, § 4 Rn. 104, S. 73.

²⁸ Örneğin OSTERMEYER, NJW 1969, S. 1187; kapsamlı bilgi için, Miebach, NSTZ 2000, s. 234-242.

²⁹ Şüpheliye susma ve avukata danışabilme hakkının olduğunun bildirilmesinin, pratikte tam anlamıyla oturmadığı literatürde sık sık vurgulanmaktadır. Örneğin, Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 562ff.; MÜLLER, StV 1996, S.358f.

edildiği somut bir olay ışığında, bu olaya dair BGH kararları bire bir, özü itibarıyla ele alınacak, ardından bu tür uygulamalara dair BGH'nın pozisyonu ve bu pozisyonun literatürde bulunduğu yankı inceleme konusu yapılacaktır.

2. Güvenilir Kişi ve Gizli Soruşturmacı Ayırımı

Soruşturma organlarınınca (özellikle polis tarafından) işlenmiş bir suçun aydınlatılabilmesi için kullanılan yöntemler arasında efektif olan yöntemlerden biri de gizli soruşturmacının ya da güvenilir kişinin soruşturma konusu (işlenen ya da işlenmesi beklenen) suç ya da suçların aydınlatılması amacıyla bilgi toplamak için kullanılmasıdır. Gizli soruşturmacı kavramıyla, polis olarak çalışan bir memurun kimliğini açıklamadan soruşturma konusu suç hakkında araştırma yapması anlatılmaktadır³⁰. Bu haliyle gizli soruşturmacı ile güvenilir kişi arasında göze çarpan ilk fark, gizli soruşturmacının ancak polislerden oluşabileceği, buna karşın güvenilir kişinin (soruşturma organlarına işlenen bir suçun aydınlatılmasında yardımcı olmasına rağmen) genelde sıradan kişiler arasından seçildiğidir. Güvenilir kişiyle gizli soruşturmacı arasındaki önemli farklardan biri de, güvenilir kişinin genelde şüphelinin güvenini kazanmış, şüpheliyle ilişkisi olan kişiler arasından seçilmesidir. Bu anlamıyla, güvenilir kişiye başvurulmasında şüpheliyle güvenilir kişi arasında güven ilişkisinin yaratılması ya da olan güvenin kullanılması belirleyici olduğundan, güvenilir kişinin şüphelinin yakın arkadaşı olmasıyla (ya da akrabası) cezaevinde yatan bir hükümlü olması arasında bir fark yoktur³¹.

Gizli soruşturmacıya başvurulması Alman Ceza Usul Kanununun 110 ve devamı maddelerinde açık bir şekilde düzenlenmişken, güvenilir kişi kullanımına dair Alman Ceza Usul Kanununda (özel düzenlemeye gerek olmadığından bahisle³²) açık bir düzenleme yoktur. Bu nedenle güvenilir kişi kullanımına başvurulabilmesine dayanak olarak Alman Ceza Usul Kanununun soruşturmayı düzenleyen 161. ve 163. maddelerinin genel hükümleri gösterilmektedir³³.

³⁰ MEYER-GROßNER, StPO, § 110a Rn. 2.

³¹ Belirli bir suç işlediği şüphesiyle tutuklanan şüpheliden bilgi almak için aynı hücreye konulan başka bir tutuklunun güvenilir kişi olarak kullanılması ve de böylesi bir uygulamanın şüphelinin susma hakkını ihlal edip etmeyeceği, hukuk çevrelerinde tartışılan aktüel konulardan biridir. Örneğin bkz. BGHSt 34, S. 362-365; Grünwald, StV 1987, S. 470f.; BGH, NSTZ 1989, S. 33-34; WAGNER, NSTZ 1989, s. 34-35.

³² MEYER-GROßNER, StPO, § 110a Rn. 4a.

³³ Güvenilir kişi uygulaması için kanunda açık düzenlemenin olmaması ve Alman Ceza Usul Hukukunun 161 ve 163. maddelerinin genel hükümlerine atıfta bulunulmasıyla yetinilmesini

Güvenilir kişiye başvurulurken, dikkate alınan en önemli kanuni düzenlemelerden biride, gizli soruşturmacıyı düzenleyen Alman Ceza Usul Kanununun 110a'dan 110c'ye kadar olan maddeleridir. Nihayetinde gizli soruşturmacıyla, güvenilir kişiye başvurulmasındaki amaç özü itibariyle aynıdır; yani amaç, soruşturma evresinde soruşturma organları için soruşturma konusu suç hakkında, kimliğin ve niyetin gizlenmesi vasıtasıyla bilgi toplamaya çalışmaktır. Yalnız, gizli soruşturmacı için geçerli olan her hüküm güvenilir kişi için birebir uygulanamaz. Örneğin Alman Ceza Usul Kanununun 110c maddesine göre gizli soruşturmacı, izin vermeye yetkili kişinin (genelde şüphelinin) izninin olması şartıyla onun evine girebilir. Bu kural güvenilir kişi için geçerli değildir³⁴. Yani, güvenilir kişinin bilgi toplama ya da bilgiye ulaşma yetkisi daha sınırlıdır.

Güvenilir kişiye başvurulmasına dair belirtilmesi gereken son husus, güvenilir kişiye başvurulmasının açık bir şekilde kanunda düzenlenmemiş olmasına ve güvenilir kişiye başvurulmasının sınırları hakkında ciddi tartışmaların olmasına rağmen pratike güvenilir kişiye başvurulmasından vaz geçilememesinin nedeni, soruşturma organlarının bir çok ağır suçun aydınlatılmasında, güvenilir kişinin yardımına muhtaç olmasıdır. Güvenilir kişinin, ağır suçların aydınlatılmasında soruşturma organları tarafından kullanılması ve bunun gerekliliği BGH kararlarında da sıkça vurgulanmaktadır³⁵.

3. Güvenilir Kişiyile Şüphelinin Yaptığı Telefon Görüşmesinin Dinlenmesi

Soruşturma aşamasında delil elde etmek amacıyla polisin görevlendirdiği güvenilir kişinin, şüpheliyle, şüpheliye isnat edilen suç hakkında yaptığı telefon görüşmesinde, şüpheliye soruşturma konusu suçla alakalı olarak bilinçli sorular sorması ve güvenilir kişiyile şüphelinin yapmış olduğu bu özel telefon görüşmesinin şüpheli aleyhine ilerde yürütülecek muhtemel bir davada kullanılıp kullanılmayacağı, yapılmış olan görüşmenin içeriğinin mahkemede delil olarak kullanılması halinde böylesi bir durumun şüphelinin susma hakkının ihlali olarak görülüp görülemeyeceği konusunda, ne literatürde ne de yargı çevresinde görüş birliği vardır. Bu konuya dair tartışmaları daha iyi bir şekilde gözler önüne serebilmek için,

eleştirenlerin sayısı azımsanmayacak kadar çoktur. Örneğin, Hund, StV 1993, S. 380; FEZER, JZ 1995, s. 972.

³⁴ MEYER-GROßNER, StPO, § 110a Rn. 4a; ROXIN, StV 1998, s. 44; farklı düşüncede olan KREY/JAEGER, NStZ 1995, s. 518.

³⁵ BGH, NStZ 1996, S. 200; BGHSt 32, S. 115ff; BGH, NStZ 1995, S. 513.

BGH Genel Kurulunun geliştirdiği içtihadada konu olaya, BGH 5. Dairesi'nin daha öncesinde vermiş olduğu karara ve bu karar ve içtihadlara karşı literatürde ve yargı çevresinde verilen tepkilere aşağıda yer verilecektir.

A. Olay

Yerel mahkemenin tespitlerine göre sanık (B) 11.02.1994 tarihinde, kimliği tespit edilemeyen iki suç ortağıyla birlikte, kurbanları (S)`nin evine girerek, silah zoruyla (S)`den 80.000 Alman Markını gasp ediyorlar. Kendisine isnat edilen suçu reddeden Mısır uyruklu sanık (B)`nin suçluluğundan emin olan yerel mahkeme bu kanısını, tanık (F)`nin, başka bir tanık olan (E) ile sanık (B)`nin yapmış olduğu özel telefon görüşmesinin içeriğine dair vermiş olduğu ifadeye dayandırıyor. Olay şöyle geliyor;

Tanık (E)`nin polise vermiş olduğu ifade çerçevesinde polis, (B) aleyhine, suçu işlediğinden hareketle soruşturma başlatıyor. Tanık (E) polise vermiş olduğu ifadede, (B)`nin kendisine, aralarında yapmış olduğu bir telefon görüşmesinde, suçu işlemiş olduğunu itiraf ettiğini belirtiyor. Bunun üzerine polis tarafından, (B) ile tanık (E) arasında yapılacak ikinci bir telefon görüşmesi organize ediliyor. Yapılacak bu görüşmeyi, Alman polisine tercüme etmek amacıyla ikinci dinleyici ve tercüman olarak (F) görevlendiriliyor. Sanık (B) ile tanık (E) arasında yapılan ikinci telefon görüşmesinde, sanık (B) işlemiş olduğu suça dair (E)`ye (E`nin B`yi, suç konusu olaya dair bilinçli sorularıyla yönlendirmesinin de etkisiyle) yeniden ayrıntılı bilgi veriyor. Bu telefon görüşmesinin (F) ve polis tarafından dinlenmesinden sonra, (F) polise telefon görüşmesinin içeriğine dair (yapılmış olan telefon görüşmesi Arapça gerçekleştiği için) ikinci tanık olarak ifade veriyor.

Yerel mahkeme, elde edilen deliller çerçevesinde (özellikle tanık F`nin ifadesine dayanarak) sanık (B)`yi ağır gasp suçundan dolayı altı yıl hapis cezasına çarptırıyor.

Yerel mahkemenin vermiş olduğu bu kararı, sanık avukatı, mahkemenin (F) tarafından, sanık (B) ile (E) arasında yapılmış telefon görüşmesinin içeriği hakkında mahkemeye vermiş olduğu ifadeyi delil olarak kullanmasını, susma hakkının ihlali kapsamında yasal olmadığından bahisle temyiz ettiriyor. Aşağıda bu temyiz başvurusuna dair BGH 5. Dairesinin gerekçeli kararında göze çarpan başlıklara yer verilmiştir.

B. BGH 5. Dairesinin Kararı³⁶

a) Sanık (B), soruşturma organlarının soruşturmaya, tanık (E) `nin ifadesi doğrultusunda başladıkları andan itibaren Ceza Usul Kanununun 136. maddesinin ilk fıkrasının ikinci bendi gereği, ağır gasp suçu şüphesi altında olan kişi, yani şüpheli olarak görülmelidir.

b) Polis tarafından sanık (B) ile tanık (E) arasında ikinci bir telefon görüşmesinin ayarlanması ve bu telefon görüşmesinin başka bir tanık olan (F) tarafından dinlenip, polise tercüme edilmesi, sanık (B) aleyhine alınmış soruşturma tedbirleridir. Yalnız, ikinci telefon görüşmesinin organize edilerek sanık (B) ile tanık (E) arasında soruşturma konusuna dair suç hakkında yapılan telefon görüşmesi ve bunun tercüman tarafından dinlenmesi tedbirleri, şekli sorgulama olarak görülemeyeceğinden, Ceza Usul Kanununun şüphelinin susma hakkını düzenleyen maddeleri de uygulama alanı bulamayacaktır. Keza şekli sorgulamadan bahsedilebilmesi için, sorgulayan kişinin, şüpheli ya da tanık karşısına resmi göreviyle (yani resmi amacını belli ederek) çıkması gereklidir³⁷. Bu şekilde resmi makamlarca yapılmış sorgulamada, şüphelinin susma hakkı hakkında Ceza Usul Kanununun 136. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendi ve 163a maddesinin 4. fıkrasının 2. bendi gereğince bilgilendirilmesi gerekmektedir. Şüphelinin susma hakkı hakkında bilgilendirilmeden yapılmış sorgulaması usule aykırı şekilde yapılmışsa, delil olarak mahkemece dikkate alınamaz³⁸. Yalnız, olayda resmi bir sıfatı ve görevi olmayan tanık (E) `nin sanık (B) `ile yapmış olduğu ikinci telefon görüşmesi, şayet bu görüşmede tanık (E) sanık (B) `ye bilinçli olarak suç konusu olaya dair kendiliğinden ya da polisin sorulmasını istediği soruları sormuş olsa da, şekli olarak sorgulama olarak görülemez³⁹. BGH `nın 5. Dairesi bu tespitiyle, tanık (E) ile sanık (B) arasında yapılan planlı telefon görüşmesini sorgulama olarak nitelendirmeyip, şüphelinin susma hakkının hatırlatılmasına dair maddelerin doğrudan uygulanamayacağına işaret etmektedir.

c) BGH `nın şu ana kadar vermiş olduğu kararlara bakıldığında, gizli soruşturmacının soruşturma evresinde kullanımı *nemo tenetur se ipsum accusare* ilkesine aykırı olmadığı gibi, işlenmiş ağır suçların aydınlatılmasında güvenilir kişiye başvurulabilmesi BGH `nın içtihadlarında

³⁶ Karar için bkz. NSTZ 1996, S. 200-202.

³⁷ Karşılaştırma için bkz., BGH StV 1994, S. 521; BGHSt 40, S. 211-213; Sternberg-Lieben, Jura 1995, S. 299ff.

³⁸ Karşılaştırma için bkz., BGHSt 38, S. 214.

³⁹ Aynı şekilde, BGHSt 40, S. 211ff.; farklı görüşte olan DENCKER, StV 1994, s. 667-675.

düzenli olarak yasal bir yöntem olarak görülmüştür⁴⁰. Ayrıca gizli soruşturmacıyı düzenleyen Ceza Usul Kanununun 110a maddesinde de güvenilir kişiyeye başvurulmasının yasak olduğuna dair bir düzenleme yoktur. Bu haliyle, olayda güvenilir kişi olarak tanık (E)`nin kullanımı yasal çerçevede gerçekleşmiş olup, hukuka aykırılık teşkil etmemektedir. Yalnız, güvenilir kişiden yararlanılması yasal olsa da, güvenilir kişilerin kullanımını neticesinde elde edilen delillerin kullanımının da sınırları olmalıdır. Özellikle, güvenilir kişilere başvuru neticesinde elde edilen delillerin, Ceza Usul Kanununun 136a maddesine⁴¹, şüphelinin karar verme iradesinin ve özgürlüğünün zedelendiğinden bahisle, aykırılık teşkil etmesi durumunda, bu delillerin mahkemede delil olarak kullanımının kanun maddesi gereği caiz olmadığı açıktır.

d) Gizli delil elde etmede, şüphelinin yanılığa düştüğü her durumu, Ceza Usul Kanununun 136a maddesinin birinci fıkrası kapsamında, yasak sorgu yöntemlerinden biri olan “hile-aldatma” olarak değerlendirmek mümkün değildir. Örneğin, soruşturma organları için çalışan güvenilir kişinin fonksiyonuyla alakalı yanılıklar, Ceza Usul Kanununun 136a maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen, şüphelinin karar verme iradesini zedeleyici yanılıklar kadar ağır dereceye sahip değildir. Bu nedenle, güvenilir kişinin kullanılmasını ve güvenilir kişinin hangi amaçla şüpheliyle telefon görüşmesi yaptığının şüpheliden gizlenmesini 136a maddesi kapsamında aldatama/hile olarak değerlendirmek zordur⁴². Bu tespiti yapan 5. Daire, güvenilir kişinin amacının şüpheliden gizlenmesini, farklı gerekçelerle, şüphelinin irade özgürlüğünün zedelenmesi olarak görüyor. Bunu yaparken ama, şüphelinin aldatılmasını değil, şüphelinin susma hakkı hakkında bilgilendirilmesinin Alman Ceza Usul Kanununun 136. maddesi⁴³ gereği ihlal edilmesini, neden olarak gösteriyor.

⁴⁰ Örneğin, BGHSt 40, S. 211; NStZ 1995, S. 513.

⁴¹ Alman Ceza Usul Kanununun 136a. maddesinde yasak sorgu yöntemleri düzenlenmiş olup, bu maddeye aykırı elde edilen deliller davada delil olarak kullanılamazlar. 136a. maddede düzenlenmiş olan yasak sorgu yöntemlerinden biride, sanığın aldatılarak hile yoluyla ifadesinin alınması ya da işlenen suçta dair bilgi elde edilmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Toprak, Alman Hukukunda Soruşturma Aşamasında Usule Aykırı Elde Edilen Deliller ve İtiraz Çözümü, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 56, 2011.

⁴² BGH, NStZ 1996, S. 200.

⁴³ Alman Ceza Usul Kanununun 136. maddesinde, şüphelinin susma hakkı hakkında bilgilendirilmesinide içeren, şüphelinin hâkim tarafından ilk sorgusunun yapılması durumu düzenlenmiştir.

e) 5. Daire, Alman Ceza Usul Kanununun 136a maddesini (yasak sorgu yöntemlerinden biri olan şüphelininin karar verme özgürlüğünün hile/aldatma yoluyla zedelenmesini) değil, 136. maddeyi, yani şüphelinin susma hakkı hakkında bilgilendirilmesinin ihlalini, olaya uygulayarak, tanık (F)`nin ifadesinin delil olarak kullanılmasını kanuna aykırı buluyor. Bunu yaparken de şu yolu izliyor:

BGH`nın yerleşik içtihatlarında da düzenli olarak belirtildiği gibi, şüphelinin susma hakkı hatırlatılmadan alınmış olunan ifadesini mahkeme, kararında değerlendirmeye tabi tutamaz. Yalnız bahsi edilen, şüphelinin susma hakkının ihlali sonucu alınmış olunan ifadelerin delil olarak kullanımını yasağı, şekli sorgulamalar için (soruşturma organlarınca, resmi şekilde alınan) geçerlidir. Ama güvenilir kişinin soruşturma organlarınca, işlenmiş bir suç aydınlatmak için bilinçli bir şekilde kullanıldığı durumlarda, güvenilir kişinin işlenmiş suç aydınlatmak için şüpheliye kasıtlı sorular yönelmesi ve şüpheliyle güvenilir kişi arasında yapılan görüşmenin (örneğin telefon, sohbet görüşmeleri) polis tarafından dinlenmesi ya da dinletilmesi halinde, güvenilir kişi tarafından yapılan sorgulama, delil yeteneği bakımından, polis tarafından yapılmış sorgulamalar gibi görülmesi ve değerlendirilmelidir⁴⁴. Çünkü bu tür durumlarda da, şüphelinin işlenmiş bir suç aydınlatmaya katılıp katılmamaya karar verebilme özgürlüğü zedelenmiş durumdadır. Burda belirleyici olan, şüphelinin anayasa tarafından garanti altına alınmış olan, kendisine isnat edilen suç hakkında, soruşturma organları karşısında susma hakkını kullanıp kullanmadığının tespitidir. Polis tarafından görevlendirilen güvenilir kişi tarafından yapılan sorgulamalarda (ya da bilinçli soru yönelmelerde) şüphelinin susma hakkını kullanabilme imkanı yoktur. Bunun dışında, polis tarafından ayarlanmış güvenilir kişi ve şüpheli arasında geçen görüşmenin polis tarafından dinlenmesi, günlük hayatta yapılan muhabbetlerden farklıdır. Güvenilir kişi polis tarafından, soruşturma konusu suç hakkında bilgilendirilebilir ve güvenilir kişi bu bilgiler çerçevesinde bilinçli sorular yöneltebilir⁴⁵.

BGH`nın 5. Dairesi sonuç olarak, tanık (E) ile şüpheli (B) arasında polis tarafından ayarlanmış özel görüşmeyi ve bu görüşmenin tercüman (F) tarafından dinlenmesini, polis tarafından yapılan sorgulamalarla eş değerde görmüştür. Ayrıca, şüpheliye susma hakkının olduğu yapılan bu görüşmeden önce hatırlatılmamıştır. Bunun sonucu olarak da, tercüman

⁴⁴ BGH, NStZ 1996, S. 201.

⁴⁵ BGH, NStZ 1996, S. 201.

(F)nin ikinci tanık olarak, yapılmış görüşmenin içeriğine dair ifade vermesini, şüphelinin susma hakkının ihlal edildiğinden bahisle hukuka aykırı bulmuştur.

C) BGH Genel Kurulunun İçtihadı

BGH'nın 5. Dairesi olaya dair kararını verdikten sonra, bu karar hem literatürde hem de yargı çevresinde geniş yankı buldu. 5. Dairenin kararı büyük oranda olumlu yankı bulduysada, şüphelinin susma hakkının güvenilir kişi ya da gizli soruşturmacı kullanımı sonucu ihlal edilmesi sorunu, sorun olma vasfını sürdürmektedir⁴⁶. 5. Daire vermiş olduğu karara temel hukuki sorunu, önemi gereği, görüş almak maksadıyla BGH Genel Kuruluna sunmuştur.

Bu kısımda sadece, BGH Genel Kurulunun vermiş olduğu içtihadın, 5. Dairenin kararından farklı olan taraflarına değinilecektir. BGH Genel Kurulunun vermiş olduğu içtihadın en önemli başlıkları şöyledir⁴⁷:

a) 5. Dairenin kararına konu olaya, şüphelinin susma hakkını düzenleyen Ceza Usul Kanununun 136. maddesinin birinci fıkrası ile 163a maddesi doğrudan uygulanamaz. Şüphelinin susma hakkı hakkında bilgilendirilmesi, resmi şekilde alınan sorgulamalar için geçerli olduğundan, 136 ve 163a maddeleriyle güdülen amaç, belirli bir suç şüphesi altında olan kişiye, soruşturma organları için çalışan güvenilir kişinin sorularına cevap verme zorunda olmadığını hatırlatmak değildir⁴⁸. Şüphelinin susma hakkı hakkında bilgilendirilmesi ilkesiyle, şüphelinin resmi organlarca alınan ifadesinde, ifade verme zorunda olduğu yanılığının önüne geçmek amaçlanmaktadır⁴⁹. Bu yüzden, resmi sıfatı olmayan güvenilir kişinin şüpheliyle, işlenen suç hakkında, amacını belli etmeden görüşmeye çalışması, şüphelinin susma hakkına yapılan bir saldırı olarak görülemez. Keza şüp-

⁴⁶ Örneğin, bu konuya dair BGH'nın 2. Dairesiyle 5. Dairesi arasında ciddi düşünce farklılıkları vardır. 5. Daire bu kararıyla BGH'nın 2. Dairesinin susma hakkının güvenilir kişi tarafından kullanımı vasıtasıyla ihlaline dair vermiş olduğu bir karardan çok daha farklı bir yöntem izlemiştir. 2. Daire (BGHSt 39, S. 335) vermiş olduğu kararında, şüphelinin ifade verme özgürlüğünün güvenilir kişi tarafından yapılmış görüşmeler aracılığıyla zedelenmediğine hükmetmişti. 2. Daireye göre şüpheli, polise çalışan ve suça dair kasıtlı sorular soran güvenilir kişiyle, işlenen suça dair açıklama yapıp yapmamakta özgür olduğu gibi, güvenilir kişiye karşı yapmış olduğu görüşmede suça dair ayrıntıları herhangi bir baskı altında kalmadan, tamamıyla özgür iradesiyle yapmıştır. Bu nedenle, şüphelinin susma hakkı veya bununla ilintili olan şüphelinin susma hakkı hakkında bilgilendirilmesi yükümlülüğünün ihlalinden bahsedilemez. Bu haliyle 2. Daire için, güvenilir kişi kullanımı yoluyla elde edilen delillerin değerlendirilmesi ilke olarak yasal bir uygulamadır.

⁴⁷ BGH, NStZ 1996, S. 502-505.

⁴⁸ BGH, NStZ 1996, S. 502.

⁴⁹ BGH, NStZ 1996, S. 503.

heli böylesi bir durumda, güvenilir kişinin otoritesinin etkisiyle görüşme-ye girişmemekte, kendisine isnat edilen suç hakkında bilgi vermeye ya da güvenilir kişinin sorularına cevap vermeye zorlanmamaktadır. Şüpheli, üçüncü bir kişiye, kendisine isnat edilen suç hakkında bilgi vermek zorunda olmadığını zaten bilmektedir. Bu sebeple, şüpheliyle güvenilir kişi arasında yapılan görüşmeyi, sorgulama benzeri bir işlem olarak görmek de mümkün değildir.

b) Şüpheli aleyhine yürütülen soruşturma kapsamında, şüpheliyle güvenilir kişi arasında yapılan görüşmeyi, şüpheliye görüşmeyle güdülen amacın bildirilmemesinden bahisle hile/aldatma olarak görmek de mümkün değildir. Yani olaya, Ceza Usul Kanununun yasak sorgu yöntemlerini düzenleyen 136a maddesi uygulanarak, şüpheliyle güvenilir kişi arasında yapılan görüşmenin içeriğinin delil olarak kullanımının önüne geçilemez. Çünkü aksi şekildeki bir yorum, hile kavramının çok geniş bir şekilde yorumlanması anlamına geleceğinden, sınırlı bir yorumun yapılması gerekmektedir.

c) Polisin, sorgulamadan önce şüpheliyi, soruşturma konusu suç ve susma hakkı hakkında bilgilendirme yükümlülüğünün olması, polisin şüpheliyle başka bir şekilde ilişkiye geçebilmesinin önünde bir engel oluşturmamaktadır. Keza soruşturmanın gizliliği esastır. Bu sebeple polis, olayı aydınlatmak için, gizli soruşturmacı ya da güvenilir kişi kullanabilir⁵⁰.

d) Yalnız, güvenilir kişinin işlenmiş bir suçun aydınlatılmasında kullanılması da sınırları vardır. BGH'nın 1983 yılında vermiş olduğu kararda belirtildiği gibi, güvenilir kişi kullanımı, özellikle tehlikeli suçların işlenmesini engellemek ve işlenmiş ağır suçları aydınlatmak için gereklidir. Bu düşünce, orantılılık prensibinin yorumuylada bağdaşmaktadır. Nihayetinde, güvenilir kişinin asıl niyetini bilmeden, ona işlemiş olduğu suçun ayrıntılarını anlatan şüphelinin içine düşmüş olduğu yanılıyla, sıradan bir kişinin soruşturma konusuna dair sormuş olduğu soruları cevaplayan ve de bunun yanında bu kişinin sonradan polise gidip bilgi vereceğini düşünmeyen şüphelinin yanılığı arasında bir fark yoktur. Bu haliyle, güvenilir kişinin elde ettiği bilgileri delil olarak kullanmanın yasal olmadığına dair bir gerekçe de yoktur. Bir başkasına güvenerek, ona işlemiş olduğu suçun ayrıntılarını, güvendiği kişinin bunu bir başkasına anlatmayacağından hareket ederek anlatan şüpheli, itiraf etmiş olduğu sırrının güvendiği kişi tarafından bir başka kişiye (ya da polise)

⁵⁰ BGH, NStZ 1996, S. 503.

anlatabileceği riskini de göze almaktadır. Bu haliyle, tehlikeli ya da ağır suçların soruşturmaya konu olduğu durumlarda, güvenilir kişi tarafından elde edilen bilgiler, her halükarda delil olarak kullanılabilir; yeter ki soruşturma konusu suçun başka soruşturma yöntemleriyle aydınlatılması ciddi şekilde olsun veya daha az başarı getirecek konumda bulunsun⁵¹.

Alman Yargıtayı Genel Kurulu bu kararıyla, güvenilir kişi kullanımı sonucu elde edilen bilgilerin soruşturma organlarınca ya da mahkemece kullanılabilmesinde, soruşturma konusu suçların hafif ya da orta ağırlıkta olması durumunda nasıl bir yöntem izleneceği sorusunu muğlak bırakarak, güvenilir kişi kullanımı sonucu elde edilen delillerin ağır ya da tehlikeli (organize suçlarda olduğu gibi) suçlarda kullanımını, başka soruşturma yöntemlerinin başarı oranına bağlı olarak, hukuka uygun bulmuştur. Bu haliyle Alman Yargıtayı Genel Kurulu, Alman Yargıtayı'nın 5. Dairesinden daha muhafazakar bir yol izleyerek, Alman literatüründe bazı çevrelerin eleştirilerini üzerine çekmiştir. Aşağıda Alman Literatürünün verilen kararlara bakış açısı genel hatlarıyla, kısa bir şekilde sunulacaktır.

D) Literatür

Rieß'e göre BGH Genel Kurulunun vermiş olduğu karar iki boyutlu bir pozisyona sahiptir. Ortaya çıkan sonuç bir taraftan tatmin edici olmamakla birlikte, diğer taraftan yanlış bir karar da değildir⁵². BGH'nın vermiş olduğu karar Rieß için kabul edilebilir olmakla birlikte, hukuki bazı soruları da cevapsız bırakmaktadır. BGH Genel Kurulu bu kararıyla, güvenilir kişi kullanımı sonucu elde edilen bilgilerin delil olarak kullanımının genel sınırlarını değil, hangi durumlarda güvenilir kişi kullanımı sonucu elde edilen bilgilerin değerlendirilebilmesinin yasal sınırlarını belirlemiştir (yani sadece ağır ve tehlikeli suçlar bakımından). Rieß'e göre BGH Genel Kurulunun bu şekilde sınır belirlemeye çalışması pratik olmakla birlikte, kapsamlı ve doyurucu olarak gerekçelendirilmediğinden daha çok keyfi bir yaklaşımdır⁵³. Buna rağmen Rieß için BGH'nın vermiş olduğu karar kabul edilebilir görünmektedir.

Rieß'in ve BGH Genel Kurulunun düşüncesini tamamıyla reddeden isimlerin başında Roxin gelmektedir. Roxin BGH Genel Kurulunun kararından önce de, BGH 5. Dairesinin vermiş olduğu kararı (somut olaydaki

⁵¹ BGH, NStZ 1996, S. 504f.

⁵² Rieß, NStZ 1996, s. 505f.

⁵³ Rieß, NStZ 1996, s. 505-506.

güvenilir kişi kullanımı sonucu elde edilen görüşmenin ve tercüman (F)`nin ifadesinin delil olarak kullanılmasının caiz olmadığı yönlü kararı) sonuç olarak doğru bulmuş; BGH 5. Dairesinin kararına dayanak gerekçeyi de (şüphelinin olayda susma hakkının zedelendiği şeklindeki gerekçelendirmeyi) eksik ve yetersiz bulmuştu⁵⁴. Roxin`e göre, somut olayda şüpheli, güvenilir kişiyle yaptığı görüşmenin aralarında kalacağına inanasından dolayı yanlış içerisine düşmekle birlikte, düşmüş olduğu bu yanlış Alman Ceza Usul Kanununun 136a maddesinin uygulanmasını zorunlu kılmamaktadır. Çünkü şüphelinin içine düştüğü yanlış karar verebilme yetisi ve özgürlüğünü zedelediğinden, hile/aldatma olarak görülemez⁵⁵. Bu şekilde Roxin, BGH`nin 5. Dairesinin somut olayda, şüphelinin susma hakkının zedelendiği yönlü kararına katılmakla birlikte, sadece güvenilir kişi ile şüpheli arasında yapılan görüşmenin delil olarak kullanılmayacağı, bunun aksine bu görüşme neticesinde elde edilen başka delillerin⁵⁶ kullanılmasının yasal olduğu yönlü kararında itiraz etmektedir⁵⁷. Çünkü, sadece şüpheliyle güvenilir kişi arasındaki görüşmeyi delil değerlendirimi dışında bırakıp, bu görüşme neticesinde elde edilen başka delilleri kullanmak, delil değerlendirimi yasaklarının dolaylı şekilde ihlali anlamına gelecektir⁵⁸.

Roxin`in BGH Genel Kurulunun içtihadına bakış açısına gelince, BGH Genel Kurulunun, *nemo tenetur* ilkesinin şüpheliyi sadece ifade vermeye ya da ceza yargılamasına katkıda bulunmaya zorlanmadan koruduğu, bunun yanında şüphelinin yanlışlığa düşmesinin *nemo tenetur* ilkesinin koruma alanı dışında kaldığı yönlü düşüncesi Roxin için *nemo tenetur* ilkesinin özüne aykırı bir yaklaşımdır⁵⁹. Nemo tenetur ilkesi şüpheliyi, soruşturma organları tarafından yaratılmış yanlışlıklara karşıda koruma sağlamalıdır. Böylesi bir koruma, polis tarafından alınan resmi ifadelerde, şüphelinin susma hakkı hakkında bilgilendirilmemesinden dolayı kendine isnat edilen suç hakkında ifade verme durumunda olduğu yönlü yanlışlıklar için geçerli olduğu gibi, şüphelinin güvenilir kişiyle yapmış olduğu gayri

⁵⁴ ROXIN, NStZ 1995, s. 465-469.

⁵⁵ Bu tespitiyle ROXIN, BGH`nin 2. Dairesinin, güvenilir kişi ile şüpheli arasında gerçekleşen görüşmede, şüphelinin yanlış içerisinde olmadığı yönlü kararında eleştirmektedir. ROXIN, NStZ 1995, s. 465; bkz. BGHSt 39, S. 348.

⁵⁶ Örneğin, şüpheli güvenilir kişiyle yapmış olduğu görüşmede sadece suçu itiraf etmekle kalmayıp, suçu işlediği aletin yerini de söyleyebilir. Bu durumda 5. Dairenin görüşüne göre, şüphelinin itirafı delil olarak kullanılmayacak, ancak suç aletlerinin delil olarak kullanılmasında bir sorun yaşanmayacaktır.

⁵⁷ ROXIN, NStZ 1995, s. 469.

⁵⁸ ROXIN, NStZ 1995, s. 469.

⁵⁹ ROXIN, NStZ 1997, s. 18.

resmi görüşmelerde içine düştüğü yanlışlar için de geçerlidir. Roxin`e göre, şüphelinin susma hakkının sadece resmi sorgulamalar için geçerli olması, şüphelinin susma hakkı ilkesini garanti altına almaya tek başına yeterli bir yaklaşım değildir. Keza şüphelinin ifadesini, şüpheliyi susma hakkı hakkında bilgilendirmeksizin almak isteyen polis, özel kişi aracılığıyla yaptığı gayri resmi soruşturmalarda da alabilir.

BGH Genel Kurulunun, soruşturma konusu suçun ağırlık derecesine ve aydınlatılabilirlik oranına bağlı olarak, güvenilir kişi aracılığıyla elde edilen delillerin her şekilde kullanılabilirliği yönü düşünülürken, Roxin`in eleştirilerinden nasibini almaktadır. Roxin`in de haklı olarak belirttiği gibi, somut olayda şüpheli (B) zaten başka tanık olan (E)`ye, suçu işlemiş olduğunu itiraf etmişti. Polis güvenilir kişi kullanırken usule aykırı davranmak yerine, şüpheli (B) ile tanık (E)`yi yüzleştirebilir ve de usule uygun başvurulmuş başka yöntemlerle de soruşturma konusu olayı aydınlatılabilir. Bu haliyle BGH Genel Kurulunun bu alternatifleri değerlendirmeden, suçun ağırlık ve aydınlatılabilirlik derecesine göre, güvenilir kişi aracılığıyla alınan ifadenin/delillerin kullanılabilirliğini usule uygun bulmasını anlamak mümkün değildir⁶⁰.

BGH 5. Dairesinin ve Genel Kurulunun somut olayda, Alman Ceza Usul Kanununun 136a maddesinin (yasak sorgu yöntemlerinin) uygulama alanı bulamayacağına dair kararları Popp tarafından eleştirilmektedir. Popp`a göre, şüphelinin, güvenilir kişinin polisle çalışmadığından ve aralarında yapacakları görüşmeyi soruşturma organlarına anlatmayacağından hareket etmesinin doğurduğu yanlış, şüphelinin karar verme iradesinde kesinlikle etkili olmuştur. Keza şüpheli, güvenilir kişiyle konuşmaya başlamadan önce, karar vermesinde etkili olabilecek tüm durumları bilmemektedir. Popp`a göre, güvenilir kişinin misyonundan daha önce şüpheli haberdar olmuş olsaydı, kendisine isnat edilen suç hakkında her hangi bir bilgi vermezdi. Popp`a göre içine düşülen her yanlış herkes için karar vermede etkili olan bir durumdur. Somut olayda da şüphelinin içine düştüğü yanlış şüphelinin aldanmasında etkili olmuştur. Bu yüzden BGH`nin somut olayda sadece şüphelinin susma hakkının ihlalini tartışma konusu yapması ve yasak sorgu yöntemlerinden olan hile/aldatmayı somut olaya uygulamaması Popp`a göre eksik bir yaklaşımdır⁶¹.

⁶⁰ ROXIN, NStZ 1997, s. 21.

⁶¹ POPP, NStZ 1998, S. 95.

Popp'un bu eleştirisine cevap Kudlich'ten gelmektedir. Kudlich'e göre (BGH Genel Kurulunda haklı olarak tespit ettiği gibi) Alman Ceza Usul Kanununun 136a maddesinin yasak sorgu yöntemleri başlığı altında düzenlenen hile/aldatma kavramları geniş bir şekilde yorumlanmamalıdır. Alman Ceza Usul Kanununun 136a maddesinde düzenlenmiş olan hile kavramı kapsamında şüphelinin içine düşmüş olduğu her türlü yanılgı, şüphelinin karar verebilme yetisi ve özgürlüğünün zedelenmesi olarak anlaşılabilir. Bu maddeyle amaçlanan, şüphelinin yapılan bir sorgulamada vereceği ifadesini özgür bir şekilde verebilmesinin önündeki engelleri kaldırmaktır⁶². Yani Kudlich'e göre şüpheli ifadesinde ya da başkasıyla yaptığı bir görüşmede özgür bir şekilde (örneğin baskı altında olmadan, aldatılmadan) hareket edebiliyorsa, konuşmasının ya da görüşmesinin içeriğini, sınırlarını serbestçe belirleyebiliyorsa, Alman Ceza Usul Kanununun 136a. maddesi olaya uygulanamayacak ve de yapılmış olan görüşmenin delil olarak kullanımının önüne geçilemeyecektir.

III. İTİRAZ ÇÖZÜMÜ

İtiraz çözümü, Alman Yargıtayı'nın delillerin kazanılması ve de davalarda kullanılması kapsamında geliştirdiği, usule aykırı elde edilen delillerin davalarda kullanılıp kullanılmayacağı hususlarında erken sonuç elde etmeyi amaçlayan teoridir. Bu teoriyi şu şekilde tanımlayabiliriz: İtiraz çözümü, sanığın ya da müdafisinin, soruşturma aşamasında elde edilmiş, asıl davada kullanılmaları için mahkemeye sunulmuş delillerin kullanımının caiz olmadığı yolunda itirazının olması ya da açık bir şekilde bu tür delillerin kullanılabilirliğine onay vermemeleri halinde, bu delillerin asıl davada kullanılmaması halidir⁶³.

Sanığın ya da müdafinin, soruşturma esnasında hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş olan delillerin mahkemede görülen davalarda kullanılıp kullanılmayacağına etki edebileceği varsayımına dayanan itiraz çözümü, literatürde ciddi eleştirilere maruz kalmaktadır⁶⁴. Konumuz açısından sorulması gereken soru, itiraz çözümünün şüphelinin susma hakkının ihlal edildiği hallere uygulanması halinde, susma hakkı ihlal edilen şüphelinin, aleyhine olan delillerin mahkemede kullanılmasının önüne geçip geçemeyeceğidir. Şu soruya itiraz çözümü çerçevesinde cevap verebiliriz.

⁶² KUDLICH, JuS 1997, s. 698.

⁶³ Bkz. BGHSt 38, s. 218; BGHSt 42, S. 15, 22ff. Ayrıntılı bilgi için bkz. TOPRAK, Alman Hukukunda Soruşturma Aşamasında Usule Aykırı Elde Edilen Deliller ve İtiraz Çözümü, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 56, 2011.

⁶⁴ Örneğin DORNACH, Der Strafverteidiger als Mitgarant eines justizförmigen Strafverfahrens, s. 25f.

Alman Ceza Usul Hukuku'nun 136. maddesinin birinci bendinin ikinci fıkrasına göre şüpheliye, kendisine isnat edilen suçlamalara dair ifade verip vermemede özgür olduğu ve her zaman, ifadesi alınmadan önce de, kendisi tarafından seçilmiş bir avukat bulundurma hakkının olduğu, bildirilmesi gerekmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, güvenilir kişiyne başvurulması belirli koşulların varlığı halinde şüphelinin susma hakkının ihlali sonucunu doğurabilir. Bu durumda, usule aykırı elde edilmiş olsa da, elde edilmiş bilgilerin asıl mahkemede kullanımının önüne geçmek için şüpheliye (dava açıldıktan sonra sanık olacak kişiyne) ya da müdafisine önemli bir görev düşmektedir, o da itiraz çözümü kapsamında, Alman Ceza Usul Kanununun 257. maddesinde belirtilen sürelerle dikkat ederek⁶⁵ susma hakkının ihlali neticesinde elde edilen bilgilerin mahkemede kullanılmasının yasal olmadığı yolunda itiraz etmektedir⁶⁶. Bu itirazı yapmayan sanık, susma hakkı ihlaline rağmen elde edilmiş bilgilerin mahkemede kendi aleyhine kullanılmasının önüne geçemeyeceği gibi, bu durumu temyiz konusu dahi yapamaz⁶⁷.

SONUÇ

Somut olaydaki tartışmaların ağırlık noktasını, şüphelinin susma hakkının, soruşturma evresinde yardımına başvuru olan güvenilir kişi kullanımını vasıtasıyla ihlali ve Alman Ceza Usul Kanununun 136. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendinin bu şekilde uygulama alanı dışında bırakılmaya çalışılması oluşturmaktadır. Keza şüpheli ne güvenilir kişinin amacını ne de yapılan görüşmenin ilerde aleyhine delil olarak kullanılacağını bilmektedir. Ayrıca, polisin güvenilir kişi kullanması, şüphelinin susma hakkının gaspı bakımından, polisin resmi sıfatıyla şüpheliyi sorgulamaya çalışmasından daha ağır bir uygulama olarak görülebilir. Çünkü şüpheli, sorgusunu almaya çalışan polisler karşısında kendisine isnat edilen suçla

⁶⁵ BGHSt 38, s. 214ff.; LEIPOLD, StraFo 2001, s. 300f.

⁶⁶ Alman Ceza Usul Hukuku'nun 257. maddesine göre sanığa, diğer sanıklardan herbirinin yapılan sorgulamasından ve ya sunulan her yeni delilden sonra, bunlar hakkında diyecek veya ekleyecek bir şeyinin olup olmadığı sorulmalıdır. Aynı maddenin ikinci bendine göre mahkeme, savcının veya müdafinin talebi üzerine bunlara sanığın sorgusundan ya da sunulan her delilden sonra bunlara dair diyecek bir şeylerinin olup olmadığına dair söz hakkı vermek durumundadır. 257. maddenin itiraz çözümünde taşınmış olduğu anlamı şu şekilde ifade edebiliriz. Sanık veya müdafisi itiraz konularına en geç, şayet itirazın konusunu sanığın soruşturma aşamasında usule aykırı alınan ifadesi oluşturuyorsa, sanığın mahkemede ifadesi alındıktan sonra, itiraz konusunu ama yukarıda belirtilen diğer tedbirler oluşturuyorsa, bu tedbirler neticesinde elde edilen delillerin mahkemeye sunumundan sonra, itiraz etmek durumundadırlar.

⁶⁷ İtiraz çözümü usule aykırı elde edilen her delil için uygulama alanı bulmayıp kapsamı sınırlıdır. İtiraz çözümünün uygulama alanı için bkz. TOPRAK, a.g.m.

dair ifade verip vermeyeceğine karar verebilme imkanına sahipken, güvenilir kişiyle yaptığı görüşmede, güvendiği kişinin kendisini aldatmayacağından hareket etmektedir. Susma hakkını kullanan şüpheli, kendisine isnat edilen suçta dair ifade vermeye zorlanamayacağı gibi, zorlandığı taktirde (örneğin kötü muamele ya da işkence yoluyla), alınmış olunan ifadeyi mahkeme (şüpheli suçunu itiraf etmiş olsa da) delil olarak kullanamaz. Bu haliyle polisin, birebir şüphelinin karşısına resmi sıfatıyla çıkmayıp, güvenilir kişi aracılığıyla işlenen suçta dair bilgiye ulaşmaya çalışması, şüphelinin susma hakkını düzenleyen Alman Ceza Usul Kanununun 136. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendinin (şüphelinin susma hakkının) ihlali olarak görülmelidir. Öyle ki, güvenilir kişiye, işlenen suç hakkında bilgi verebilecek şekilde güvenen şüphelinin, polis karşısında susma hakkını kullanmasındaki motivasyonu güvenilir kişiyle yaptığı görüşmesindeki motivasyonu aynı değildir. Başka bir deyişle, polisle iş birliği yapan güvenilir kişinin (bu kişi genelde şüphelinin yakın arkadaşı, akrabası ve ya şüphelinin güvenini kazanmış kişidir) şüphelinin kendisine duymuş olduğu güven ilişkisini bilinçli bir şekilde, soruşturma organlarına yardım etmek gayesiyle, suistimali durumu vardır. Bu haliyle şüpheli, sahip olduğu susma hakkını kullanıp kullanmamaya karar verme özgürlüğü kapsamında dıştan gelen saldırılara karşı daha korumasızdır. Çünkü, karşısındaki kişi ifadesini almaya çalışan polis değil, niyetinden bi haber olduğu ve yapılan konuşmanın aralarında kalacağına inandığı kişidir.

Yapılan açıklamalarında gösterdiği gibi, güvenilir kişi kullanımı sonucu alınan şüpheli ifadesi ilke olarak, şüphelinin susma hakkının ihlali olarak görülmelidir. BGH'nın 5. Dairesinin de isabetli bir şekilde belirttiği gibi, güvenilir kişi soruşturma organları için çalıştığından ve soruşturma organlarının aradığı cevaplara erişmek için bilinçli sorular yönelttiğinden, güvenilir kişinin şüpheliyle yaptığı görüşmeyi, sanki şüpheli polis tarafından sorgulanmış gibi görmek gerekecektir. Olayda şüpheli, Alman Ceza Usul Kanununun 136. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendi gereği susma hakkı hakkında bilgilendirilmediğinden, şüphelinin güvenilir kişiyle yaptığı görüşmenin başka bir tercüman tarafından dinlenmesi ve tercümanın şüpheliyle güvenilir kişi arasında geçen görüşmenin içeriğine dair ifade vermesini mahkemenin delil olarak kullanması kanuna aykırıdır.

BGH Genel Kurulunun vermiş olduğu karar eleştiriye açık bir karardır. İlk eleştiri başlığını BGH Genel Kurulunun orantılılık ilkesini yorumlama

şekli oluşturmaktadır. BGH Genel Kurulunun ağır ve tehlikeli suçlarda, bu suçların aydınlatılmasının başka soruşturma yöntemleriyle zor olduğu hallerde, şüpheliyle güvenilir kişi arasında yapılan görüşmenin delil olarak kullanılabilmesinin orantılılık ilkesi gereği caiz görülebileceği anlayışı hukuk mantığına ters bir anlayıştır. Popp'un da tespit ettiği gibi⁶⁸ orantılılık ilkesi gereği yapılacak bir değerlendirmede dikkat edilmesi gereken kıstas, soruşturma konusu suçun ağırlık ya da aydınlatılabilme derecesi değil, yapılan müdahalenin derecesiyle ceza soruşturması sonucu varılmaya çalışılan hedef arasındaki ölçülülüktür. Yani, orantılılık ilkesinde cevap verilmesi gereken soru, soruşturma ile güdülen amaçların hangi hallerde, şüphelinin anayasal hakkı olan susma hakkının ihlal edilmesini haklı kılabilirdir. BGH Genel Kurulu bu soruya cevap vermeyip, soruşturma konusu suçun ağırlık ve aydınlatılabilme derecesini baz alarak, orantılılık ilkesini, ilkenin mantığına uygun olmayan bir şekilde olaya uygulamıştır. Keza yasak sorgu yöntemlerinde olduğu gibi, yasak sorgu yöntemlerine başvuran (örneğin işkenceye ya da kötü muameleye) polis, bu yöntemle elde ettiği delillerin kullanılıp kullanılmayacağını da, soruşturma konusu suçun ağırlık ya da aydınlatılabilme derecesine göre belirlemeye çalışmak mümkün değildir. Yasak sorgu yöntemleriyle alınan her ifade istisnasız bir şekilde, delil olarak kullanılamaz.

BGH Genel Kurulunun gözden kaçırmış olduğu önemli noktalardan biri de, şüpheliyle güvenilir kişinin yapmış olduğu görüşmeyi günlük hayatta gerçekleşen, normal, sıradan bir görüşme olarak görmenin mümkün olmadığıdır. Bu yaklaşımla BGH Genel Kurulu, şüphelinin susma hakkının kural olarak zedelenmediğini vurgulamaya çalışmaktadır; çünkü kimse şüpheliyi bilgi vermesi hususunda zorlamamıştır. Yalnız şunu unutmamak gerekir ki, polisle iş birliği yapan güvenilir kişi, soruşturma konusu suç hakkında önceden bilgi sahibidir ve bu bilgiden hareketle işlenen suça dair (polis de taktik verip yönlendirmesiyle) bilinçli sorular sorup, suçun aydınlatılmasına yardımcı olacak bilgilere ulaşmak niyetindedir. Bu haliyle güvenilir kişi sıradan bir kişi olmayıp, soruşturma organının gayri resmi bir parçasıdır. Bu noktada Rieß'in yaklaşımına da değinmek gerekmektedir. Rieß'in yapmış olduğu tespitlere, yani, BGH Genel Kurulunun vermiş olduğu içtihadın tatmin edici gerekçelendirmeden uzak ve keyfi olduğu tesbitine katılmamak imkansız olmakla birlikte, Rieß'in BGH Genel Kurulunun içtihadını pragmatik ve hukuk mantığına ters gerekçelerle kabul edilebilir göstermeye çalışmasını da anlamak mümkün

⁶⁸ POPP, NStZ 1998, s. 96.

değildir. Çünkü, soruşturma aşamasında kullanılan tedbirlerin yasal çerçevede cereyan edip etmediği, bu tedbirlerin pratikteki veya ağır/tehlikeli suçların işlenmesinin önüne geçmedeki faydasına göre değil, hukuka uygun olup olmadığına göre belirlenebilir. Bu haliyle Rieß, BGH Genel Kurulunun yapmış olduğu yanlış ve keyfi gerekçelendirmeyle arasına yeterli bir mesafe koymamaktadır.

Literatürde belirtilen, güvenilir kişi uygulamasının Alman Ceza Usul Kanununun 136. maddesi yanında 136a maddesini de (şüphelinin hileyle aldatılmasından dolayı) ihlal ettiği iddiasına gelince; şüpheliyle suç konusu fiile dair konuşmak isteyen güvenilir kişinin, şüpheliyi hile yoluyla kandırdığı iddiası ne Alman Ceza Usul Kanununun 136. maddesinin ne de 136a maddesinin maksadına uygun bir yorumdur. Çünkü şüpheliyle görüşmek isteyen güvenilir kişi, şüpheliyi aldatma ya da kandırmaya yönelik aktif bir edimde bulunmayıp, sadece görüşme talebinde bulunmaktadır. Bu görüşme talebi, aldatma ya da hile olarak görülemeyeceğinden, aktif bir edimle şüphelinin aldatılması ya da kandırılması durumu söz konusu değildir. Akla gelebilecek soru, şüpheliye amacını belli etmeyen güvenilir kişinin (şüpheliyle yapacağı görüşmeyi polise anlatma niyetinde olan ya da yapılan görüşmenin polis tarafından dinlenmesine olanak sağlayan kişinin), şüpheliyi ihmali bir davranışla aldatıp aldatmadığıdır. Nihayetinde güvenilir kişiyle konuşan şüphelinin, yapılan bu konuşmanın başkası tarafından dinlenmediği konusunda yanılığa düşmesi söz konusudur. İşte bu noktada belirleyici olan husus, şüphelinin düştüğü bu yanılığın hile olarak görülüp görülemeyeceği ve ya şüphelinin içine düştüğü bu yanılığı, güvenilir kişinin düzeltme sorumluluğunun olup olmadığıdır. Keza güvenilir kişi, şüpheliyi aktif bir şekilde aldatmamakta, sadece şüphelinin içine düştüğü yanılığı düzeltme konusunda pasif kalmaktadır. İhmal suretiyle aldatma ya da hile davranışından bahsedilebilmesi için, ihmalde bulunan kişinin ihmali davranışının kanuni sorumluluğuna aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir. Güvenilir kişinin de, şüpheliye karşı, yapacakları her görüşmeden önce, görüşmenin içeriğinin başkası tarafından dinlenmediği ya da görüşmenin içeriğinden başkasına bahsetmeyeceğini garanti etmesi gibi bir sorumluluğu olmadığından (keza hiç kimse, başkasına anlatmış olduğu bir sırrın o kişi tarafından bir başkasına anlatılmayacağından emin olamaz), güvenilir kişinin kanuni sorumluluğuna aykırı bir davranışından, başka bir deyişle ihmal suretiyle hile ve aldatmadan bahsedilemez. Bu bakımdan Popp'un, yasak sorgu yöntemlerinden olan hile/aldatma unsurlarında somut olayda akla gelebileceği yönlü düşüncesine katılmak zor görünmektedir. Ayrıca BGH

5. Dairesinin de isabetli bir şekilde tespit ettiği gibi, şüphelinin, gizli soruşturmacının rolü hakkında yanılması, Alman Ceza Usul Kanununun 136a maddesinde düzenlenen hile kavramıyla aynı ağırlık derecesine sahip olmadığından eş değerde görülemez⁶⁹.

Yukarıda yapılan tespitler ışığında, en mantıklı yolu BGH'nin 5. Dairesinin izlediği kanaatindeyim. Yani, güvenilir kişi/tanık (E) ile sanık (B)'nin yaptığı özel telefon görüşmesinin soruşturma organları tarafından tercüman (F) yardımıyla dinlenmesi ve bu konuşmanın içeriğinin, daha sonradan tanık olarak kullanılacak olan (F) tarafından tanık ifadesiyle mahkemeye bildiri ve mahkemenin bu tanık ifadesini delil olarak kullanması, Alman Ceza Usul Kanununun 136a maddesine değil de, 136. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

KAYNAKÇA

- BEULKE, Werner** Strafprozess recht, 10. Auflage, Heidelberg, 2008.
- DAHS, Hans/ LANGKEIT, Jochen** Das Schweigerecht des Beschuldigten und seine Auskunftsverweigerungsrecht als „verdächtigter Zeuge“, NStZ 1993.
- DENCKER, Friedrich** Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren.
- DIEMER, Herbert** Kommentar zu § 136 StPO in: Karlsruher Kommentar, 6. Auflage, München 2008.
- DINGELDEY, Thomas** Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafprozeßrecht, JA 1984.
- DORNACH, Markus** Der Strafverteidiger als Mitgarant eines justizförmigen Strafverfahrens, 1994.

⁶⁹ BGH, NStZ 1996, s. 201f.

EISENBERG, Ulrich	Beweisrecht der StPO, 6. Auflage München 2008.
ESER, Albin	Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren.
FEZER, Gerhard	in: FS für Stree/Wessels, Hat der Beschuldigte ein „Recht auf Lüge“?
FEZER, Gerhard	Anmerkung zu BGH, Urt. v. 1995- 3 StR 552/94, JZ 1995.
GRÜNWARD, Gerald	Anmerkung zu BGH, Urt v. 1987- 5. StR 666/86, StV 1987.
HUND, Horst	Verdeckte Ermittlungen- ein gelöstes Problem, StV 1993.
JOECKS, Wolfgang	Studienkommentar StPO, 3. Auflage, München 2011.
KELLER, Rudolph	Anmerkung zum Beschluss des BayObLG von 21. 05. 1985.
KIEL, Wagner	Anmerkung BGH, Urt. v. 1987- 5 stR 666/86.
KOHLHAAS, Max	Schlüsse aus dem Schweigen des Beschuldigten, NJW 1965.
KREY, Volker/ JAEGER Stefan	Anmerkung zu BGH, Urt. v. 1995- 1 StR 685/94.
KUDLICH, Hans	Reden ist Silber, Schweigen ist Gold- Zur „Mit-Hör-Fallen“- Entscheidung des Großen Senats-, JuS 1997.
KÜHNE, Hans-Heiner	Strafprozessrecht, 8. Auflage, Trier 2010.

LEMKE, Michael	Kommentar zu § 136 in: Strafprozessordnung/Lemke, Heidelberg 1997.
LEIPOLD, Klaus	Form und Umfang des Erklärungsrechts nach § 257 StPO und seine Auswirkungen auf die Widerspruchslösung des Bundesgerichtshofes, StraFo 2001.
MEYER-GROSSNER, Lutz	Strafprozessordnung, 50. Auflage, München 2007.
MITSCH, Wolfgang	Beschuldigtenstatus und Belehrungspflicht, NStZ 2008,
MIEBACH, Klaus	Der teilschweigende Angeklagte, NStZ 200, S. 234-242.
MÜLLER, Egon	Anmerkung zu BGH, Urt. von 1996.
OSTERMEYER, Helmut	Anmerkung zu OLG Oldenburg, Urt. von 1969, NJW 1969.
POPP, Martin	Anmerkung zu polizeilich veranlasstes Gespräch mit dem Tatverdächtigen, NStZ 1998.
RIESS, Peter	Anmerkung zu GSSt 1/96, NStZ
ROXIN Claus/ SCHÜNEMANN Bernd	Strafverfahrensrecht, 26. Auflage, München 2009.
ROXIN, Claus	Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg, NStZ 1995.
ROXIN, Claus	Zum Hörfallen- Beschluß des Großen Senats für Strafsachen, NStZ 1997.

- ROXIN, Claus** Zum Einschleichen polizeilicher Scheinkäufer in Privatwohnungen, StV 1998.
- ROXIN, Claus** Beschuldigtenstatus und qualifizierte Belehrung, JR 2008, S. 16-19.
- RÜPING Hinrich** Zur Mitwirkungspflicht des Beschuldigten und Angeklagten, JR 1974.
- STENBERG-LIEBEN, Detlev** Die „Hörfälle“- Eine Falle für die rechtsstaatliche Strafverfolgung, Jura 1995, S. 299-310.
- TOPRAK, Ufuk** Alman Hukukunda Soruşturma Aşamasında Usule Aykırı Elde Edilen Deliller ve İtiraz Çözümü, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 56, 2011.
- VOLK, Klaus** Grundkurs StPO, 7. Auflage, München 2010.
- WESSELS, Johannes** Schweigen und Leugnen im Strafverfahren, JuS 1966, S. 169-176.
- ALMAN YARGITAY'I KARARLARI (BGH KARARLARI)**
- BGH, Urt. v. 1987- 5 stR 666/86, S. 33-34.
 - BGH, Urt. v. 1993- 2 StR 400/93, S. 335-343.
 - BGH- Beschluss v. 1994 5- StR, StV 1994, S. 413.
 - BGHSt 40, Urteil v. 1994- 1. StR, S. 211-219.
 - BGH, Urt. v. 1994- 1 StR 83/94, S. 521-524.
 - BGH, Urt. v. 1995- 3 StR 552/94, S. 513-516.
 - BGH, Vorlagebschl. v. 1995- 5 StR 680/94, S. 200-202.
 - BGH-Entscheidung, NSZ 1996, S. 502-506.
 - BGH, Beschl. v. 1996- GSt 1/96, S. 502-505.

- BGH-Entscheidung zu „Vernehmung eines Beschuldigten als Zeugen“, NStZ 1997, S. 398f.
- BGHSt 32, Bschl. v. 1983 GGSt 1/83, S. 115-130
- BGHSt 38, Bschl. v. 1992 5 StR 190/91, S. 215- 231.
- BGHSt 42, Urt. v. 1996 5 StR 756/94, S. 15-27.