

Hukuk Fakültesi Dergisi  
Ankara Hacı Bayram Veli University  
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVIII Ocak / January 2024 Sayı / No. 1

**NEMO TENETUR İLKESİNİN ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEBİ VE  
TANIKLIKTAN ÇEKİNME YETKİSİ İLE BAĞLANTISI: SUÇU  
BİLDİRMEME SUÇUNA İLİŞKİN KANUN HÜKMÜNÜN İPTALİ**

CONNECTION OF THE NEMO TENETUR PRINCIPLE WITH  
PERSONAL REASON FOR LIFTING CRIMINAL RESPONSIBILITY  
AND RIGHT OF REFRAINING FROM TESTIMONY: ANNULMENT  
OF THE LAW REGULATING THE CRIME OF NOT REPORTING THE  
CRIME

Esra BULUT\*  

**ÖZET**

[-10.34246/ahbvuhfd.1304430](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1304430) 

*Adliyeye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebepleri, tanığın şüpheli veya sanık ile akrabalık bağı nedeniyle tanıklıktan çekinmesi ve soruşturma veya kovuşturma konusu suçla irtibatlı tanığa yemin verilmemesi düzenlemelerinin amaçları ayındır. Amaç, nemo tenetur ilkesinin hayata geçirilerek insan onurunun korunmasıdır. Anayasa Mahkemesi, suçu bildirmeme suçunda nemo tenetur ilkesinin gereği olarak öncül suçun failinin yakınlarının cezalandırılmasını engelleyen bir düzenleme bulunmadığından kanun hükmünü iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kanun koyucunun yapması gerekirken yapmadığı bir düzenleme nedeniyle yani mutlak yasama ihmali halinde iptal yetkisinin olup olmadığı tartışmalıdır. Bu iptal üzerine yasama organı suçu bildirmeme suçuna ilişkin tanıklıktan çekinebilecek kişilere atıf yaparak şahsi cezasızlık sebebi düzenlemesi eklemiştir. Böylece Türk Ceza Kanunu'nda ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenme amacı aynı olan bu iki kuruma bir*

\* **Arş. Gör.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** esra.bulut@hbv.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-5059-3778, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1304430.

- Atıf Şekli/ **Cite As:** Bulut E, "Nemo Tenetur İlkesinin Şahsi Cezasızlık Sebebi ve Tanıklıktan Çekinme Yetkisi İle Bağlantısı: Suçu Bildirmeme Suçuna İlişkin Kanun Hükmünün İptali", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(1), 2024, s.471-507
- İntihal / **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



*bağlantı noktası sağlanmıştır. Kanun değişikliği olmasaydı da ilkenin uyuşmazlığa doğrudan uygulanabilirliği ya da diğer adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerinin suçu bildirmeme suçuna kıyas yapılarak uygulanabilirliği diğer sorunlardır. Bu sorunlardan ilki, ilkenin yansımalarının hukuka uygunluk sebebi, kusurluluğu etkileyen hal ve şahsi cezasızlık sebebi kabullerine göre incelenmiştir. Bu incelemenin sonuçlarından birinde Türkiye'nin Avrupa tipi anayasa yargısına sahip olması belirleyici olmuştur. Suçu bildirmeme suçunda tanıklıktan çekinebilecek kişilere atıf yapılmasıyla bu suç ile diğer adliye karşı suçlar arasında şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabileceklerin kapsamında bir eşitsizlik doğmuştur. Bu eşitsizliğin çözümü için adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerinde ortak bir hüküm olarak tanıklıktan çekinebilecek kişilere atıf yapıp yapılamayacağı değerlendirilmiştir.*

**Anahtar Kelimeler:** Nemo tenetur ilkesi, Şahsi cezasızlık sebebi, Tanıklıktan çekinme, Suçu bildirmeme suçu, Yemin verilmeyen tanıklar.

### **ABSTRACT**

*The purpose of personal reasons for lifting criminal responsibility for offences against the judicial bodies or court, refraining from testimony because of his relationship with the suspect or the accused and witnesses who are exempt from taking an oath in connection with the crime that is the subject of investigation or prosecution are the same. The aim is to protect human dignity by implementing the principle of nemo tenetur. The Constitutional Court annulled the provision of law in the crime of not reporting the crime, as there is no regulation preventing the punishment of the relatives of the principal of the antecedent crime as a requirement of the nemo tenetur principle. Thereupon, the legislator added a personal reason for lifting criminal responsibility for this crime. In this regulation, the legislator referred to the people who have the right to refraining from testimony and established a connection point to this right and personal reason for lifting criminal responsibility, which have the same purpose of regulation in the Turkish Penal Code and the Criminal Procedure Code. The Constitutional Court annulled the crime of not reporting the crime due to a regulation that the legislator did not make, when he should have done it. It is debatable whether the Constitutional Court has the power of annulment in case of absolute legislative omission. Even if the law was not amended, the direct applicability of the nemo tenetur principle or , by analogy the applicability of personal reasons for lifting criminal responsibility for offences against the judicial bodies or court to the crime of not reporting the crime are other problems. First problem has been examined according to the assumptions that the reflections of the principle are justification, factors affecting capacity of acting with fault and the personal reason for lifting criminal responsibility. In one of the results of this examination, the fact that Turkey has a European type constitutional judiciary has been decisive. An inequality has arisen by the reference made to those who can benefit from personal reason for lifting criminal responsibility for the crime of not reporting the crime. Because this reference*

is applied for the first time. This inequality is that the different scope of those who can benefit from personal reason for lifting criminal responsibility in the crime of not reporting the crime and in the other offences against the judicial bodies or court. In order to solve this inequality, it has been evaluated whether reference can be made to individuals who have the right of refraining from testimony as a common provision in the personal reason for lifting criminal responsibility related to offences against the judicial bodies or court.

**Keywords:** *Principle of nemo tenetur, Personal reason for lifting criminal responsibility, Refraining from testimony, Crime of not reporting the crime, Witnesses who are exempt from taking an oath.*

### **EXTENDED ABSTRACT**

*The process regarding the annulment of the crime of not reporting the crime is as follows: When a mother knows that her sons child molestation to her daughter but fails to report it, a civil lawsuit is filed against the mother for not reporting the crime. The public prosecutor argues that the law is unconstitutional since there is no reason to prevent the punishment of the relatives in the crime of not reporting the crime. The court, which finds the allegation serious, applies to concrete norm control. The Constitutional Court finds the article of law that regulates the crime of not reporting the crime contrary to the principle of nemo tenetur and annulments it.*

*The Constitutional Court actually annulled the article of law due to a regulation that the legislator did not make when he should have done it, that is, due to absolute legislative omission. It is debatable whether the Constitutional Court has the authority to annul an article of law in case of absolute legislative omission.*

*The annulment of the article of law, which includes the crime of not reporting the crime, and the fact that the cause of personal reason for lifting criminal responsibility is included in a different scope from the other offences against the judicial bodies or court, brought different questions and discussions to the agenda.*

*The direct applicability of the nemo tenetur principle, which is guaranteed by the 5th paragraph of Article 38 of the Constitution, to the concrete case is controversial. This discussion should be examined under three sub-headings. Because in the doctrine, the reflections of the principle are the reason for compliance with the are justification, factors affecting capacity of acting with fault and personal reason for lifting criminal responsibility. The provisions regulated in the general provisions of the Turkish Penal Code can be applied to the types of crimes on the basis of. The principle of nemo tenetur; on the other hand, cannot be applied to the concrete case when the use of the right as the right to remain silent is accepted as the reason for compliance with the law and the situation affecting the defectiveness as moral coercion. Because it is not clear from the use of the right and the regulations of coercion who falls within the scope of the term "close" in the Constitution. If the reflection of the principle*

*is accepted as a personal reason for lifting criminal responsibility, there is a need for a legal regulation since these reasons are exceptional. In this case, the law is unconstitutional since there is no personal reason for lifting criminal responsibility in the crime of not reporting the crime. Turkey has the european model of constitutional review. Countries with european model of constitutional review cannot apply the Constitutional provision by ignoring the law according to the lex superior principle, in case the law is unconstitutional. In such countries, the task of resolving the unconstitutionality of the law is not for every court; only to the Constitutional Court.*

*It is another question whether the personal reasons for lifting criminal responsibility for offences against the judicial bodies or court can be applied by analogy to the crime of not reporting the crime. In our opinion, it is not possible to fill this gap with analogy because personal reasons for lifting criminal responsibility are exceptional regulations. Since this analogy may cause different practices of judges, the principle of legal security is damaged.*

*In the crime of not reporting the crime, the legislator has adopted a method different from the regulations on personal reason for lifting criminal responsibility for other offences against the judicial bodies or court and referred to individuals who have the right of refraining from testimony. With this reference, those who can benefit from personal reason for lifting criminal responsibility for the crime of not reporting the crime and other offences against the judicial bodies or court differ in terms of scope. This inequality can be eliminated by a common personal reason for lifting criminal responsibility regulation can be added in offences against the judicial bodies or court, as in crimes against property. In this joint regulation, it will not be sufficient to refer only to those the individuals who have the right of refraining from testimony. Because while accomplices participating in the crime of destruction, concealing or altering evidence (Turkish Penal Code Article 281) within the scope of personal reason for lifting criminal responsibility, these people are not counted among those the individuals who have the right of refraining from testimony, but among the witnesses who are exempt from taking an oath. For this reason, if a joint verdict is desired, reference should be made to persons the individuals who have the right of refraining from testimony and witnesses who are exempt from taking an oath.*

*Whether people who have somehow participated in the commission of the crime can be considered among those the individuals who have the right of refraining from testimony is another matter of debate. Even counting accomplices among the witnesses who are exempt from taking an oath (Turkish Criminal Procedure Code Article 50, paragraph 3) is criticized in the doctrine. It is argued that this regulation should not be understood as accepting accomplices as witnesses, but as applying the provisions regarding witnesses during their hearing. Witnesses and accomplices are also mentioned separately in the Turkish Criminal Procedure Code (Article 200, 211). Therefore, accomplices cannot be included in those the individuals who have the right of refraining from testimony. In addition, individuals who have the right of*

*refraining from testimony when applying for some measures of protection of evidence are exempted. Since accomplices cannot be exempted from applying for measures of protection of evidence, accomplices cannot be among those the individuals who have the right of refraining from testimony.*

## GİRİŞ

Kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı ve bu yolda delil gösteremeyeceğini ifade eden nemo tenetur ilkesi, Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrası ile güvence altına alınmıştır. Bu ilkenin maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunda yansımaları bulunmaktadır. İlkenin Türk Ceza Kanunu'ndaki yansımalarından biri adliye karşı suçlardan bazıları bakımından yer verilen şahsi cezasızlık sebepleridir. Anılan ilkenin Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki yansımalarından biri, şüpheli veya sanık ile yakınlığı bulunan kimselerin tanıklıktan çekinebilmesidir. Bir diğeri, soruşturma veya kovuşturma konusu suçla bağlantılı kişilere yemin verilmemesidir.

Anayasa Mahkemesi, suçu bildirmeme suçunun failinin öncül suçun failinin yakınları olması halinde cezalandırmayı önleyen bir hüküm içermemesi (nemo tenetur ilkesine aykırılık) nedeniyle kanuni düzenlemeyi iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kanun koyucunun yasama ihmali gösterdiği durumlarda iptal yetkisinin olup olmadığı tartışmalıdır. Bu iptal üzerine kanun koyucu ilgili suça öncül suçun failinin yakınlarının cezalandırılmasını önleyen şahsi cezasızlık sebebi eklemiştir. Diğer adliye karşı suçlara yönelik şahsi cezasızlık sebeplerinde bu sebeplerden yararlanabilecekler tek tek sayılmaktadır. Ancak suçu bildirmeme suçunda bu kişiler Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükme atf yapılarak belirlenmiştir.

Bu çalışmada öncelikle, yasama organının nemo tenetur ilkesi gereği suçu bildirmeme suçunda öncül suçun failinin yakınlarının cezalandırılmasını önleyen kanuni bir düzenleme yapmayarak yasama ihmali gösterdiği durumda Anayasa Mahkemesi'nin iptal yetkisinin olup olmadığı tartışılmıştır. İkinci olarak, Anayasanın 38. maddesinin 5. fıkrasının varlığına rağmen suçu bildirmeme suçuna şahsi cezasızlık sebebi eklenmesinin gerekli olup olmadığı incelenmiştir. Diğer adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerinin suçu bildirmeme suçuna uygulanabilirliği de değerlendirilmiştir.

Suçu bildirmeme suçunda şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanabilecek kişiler, diğer adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilecek kişilerden kapsam olarak farklıdır. Adliye karşı suçların her birinde şahsi cezasızlık sebebine aynı amaç için yer verilmiş olmasına rağmen bu sebeplerden yararlanabilecek kişilerin farklı olması bir eşitsizliktir. Bu nedenle çalışmanın bir diğer tartışma konusu, adliye karşı suçlarda şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanabileceklerin ortak bir hüküm olarak tanıklıktan çekinebilecek kişilere atıf yapılarak belirlenip belirlenemeyeceğidir. Ayrıca bu atfın kapsamının yetersiz kalması halinde düzenlenme amacı yine nemo tenetur ilkesi temelli olan suçla irtibatı nedeniyle yemin verilmeyen tanıklara atıf yapıp yapılamayacağı da incelenmiştir.

Çalışmanın son tartışması ise suçla irtibatı nedeniyle yemin verilmeyen tanıkların tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında dahil edilip edilemeyeceğidir.

## **I. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KARARI VE KANUN DEĞİŞİKLİĞİ**

Adliye karşı suçlar arasında yer alan suçun bildirmeme suçunun ilk halinde öncül suçun failinin yakınlarının cezalandırılmasını önleyen bir düzenleme yer almamaktaydı. Somut norm denetimi ile Anayasa Mahkemesi'nin incelemesine konu olan kanun maddesi nemo tenetur ilkesine aykırı görülerek iptal edilmiştir. Kanun koyucu bu aykırılık üzerine öncül suçun failinin yakınlarının cezalandırılmasını önleyen kanun değişikliğini gerçekleştirmiştir. Bu değişiklikte göze çarpan husus, kimlerin cezalandırılmayacağına diğer adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerinde olduğu gibi tek tek sayılması usulüyle değil; tanıklıktan çekinebilecek kişilere atıf yapılmasıyla belirlenmesidir.

Kanun değişikliğinden önceki Türk Ceza Kanunu'nun "Suçu bildirmeme" başlıklı 278. maddesi şu şekildedir:

*"İşlenmekte olan bir suçta yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*

*İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçta yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır."*

*Mağdurun on beş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürli olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak*

*durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır.”*

Maddenin ilk iki fıkrasında suçun temel şeklinin seçimlik hareketleri, üçüncü fıkrasında mağdura bağlı olarak daha ağır ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali yer almaktadır. Öncül suçun failinin yakınlarının suçu bildirmemeleri halinde cezalandırılmalarını önleyen bir hüküm bulunmamaktadır.

Madde metnini Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşıyan süreçte mağdureye kardeşleri tarafından cinsel istismar edildiği iddiasında bulunulmuştur. Mağdurenin ve sanıkların annesi hakkında da suçu bildirmeme suçunu işlediği iddiasıyla kamu davası açılmıştır<sup>1</sup>. Bunun üzerine Cumhuriyet savcısı, Türk Ceza Kanunu'nun 278. maddesinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasında bulunmuştu. İddiyayı ciddi bulan mahkeme, kanun hükmünün iptali için somut norm denetimine başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi başvuruyu Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasında yer alan nemo tenetur ilkesi çerçevesinde incelemiştir. Mahkeme, suçu bildirmeme suçunun fail veya failleriyle öncül suçu işleyen kişi arasındaki yakın akrabalık durumunun cezasızlık açısından ayırık tutulmamasını nemo tenetur ilkesine, dolayısıyla Anayasa'ya aykırı görmüştür ve kanun maddesini iptal etmiştir<sup>2</sup>.

Anayasa Mahkemesi iptal gerekçesinde *“bu suçun fail veya failleriyle anılan suçu bildirmeyen kişi arasındaki yakın akrabalık durumu cezasızlık açısından ayırık tutulmamıştır.”* ifadesini kullanmıştır. Yani mahkeme kanun koyucunun yapması gerekirken yapmadığı bir düzenleme nedeniyle kanun maddesini iptal etmiştir. Türk anayasa hukukunda yasama ihmali (yasama eksikliği, olumsuz yasama işlemi)<sup>3</sup> halinde ne karar verileceği

<sup>1</sup> Özgenç'e göre bu durumda annenin fiili suçu bildirmeme suçu bakımından değil, cinsel istismar suçuna ihmali davranışla iştirak etmesi yönünden değerlendirilmelidir. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 636, dn. 1151; İzzet Özgenç, “Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24 (1), 2020, s. 271.

<sup>2</sup> AYM, 2010/52 E. , 2011/113 K. , 30/06/2011 T. , R. G. Tarih-Sayı: 15.10.2011-28085.

<sup>3</sup> Kavram için bkz. Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 812; Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, Yetkin Yayınları, 1997, s. 46.

gösterilmemektedir<sup>4</sup>.

Yasama ihmali, mutlak (gerçek) ihmal ve nispi (gerçek olmayan) ihmal olarak ayrılmaktadır. Mutlak ihmal, kanun koyucunun anayasa ile kendisine yüklenen düzenleme yapması gereken bir konuda tamamen hareketsiz kalmasıdır<sup>5</sup>. Mutlak ihmallerin soyut ya da somut norm denetimi ile Anayasa Mahkemesi'ne taşınmayacağı kabul edilmektedir. Zira bu denetimler, “çıkartılmış norm” ve “uygulanacak norm” lara yöneliktir<sup>6</sup>. Nispi (gerçek olmayan) ihmalde ise kanun koyucu bir yasa çıkarmıştır, ancak bu yasa anayasaya aykırıdır<sup>7</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre, Anayasa Mahkemesi'nin kanun koyucunun yapmadığı düzenlemeleri iptal etme yetkisi bulunmamaktadır. Zira iptal kararı verilecek mevcut bir düzenleme söz konusu değildir<sup>8</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin yapması gereken, kuralın Anayasa'ya aykırı olduğunu saptamak, çağrı ya da uyarı niteliğinde bir karar vermektir<sup>9</sup>.

Nemo tenetur ilkesinin gereği olarak suçü bildirmeme suçunda öncül suçun failinin yakınlarını cezalandırmayı önleyici bir hükmün bulunmaması, kanun koyucunun tamamen hareketsiz kalması nedeniyle mutlak yasama ihmali'dir. Anayasa Mahkemesi, mutlak yasama ihmalinin ilişkin olduğu kanun maddesini iptal etmiştir. Kanaatimizce de mutlak yasama ihmali gösterilen bu maddenin somut norm denetimi ile iptali isabetli olmamıştır. Zira Anayasa Mahkemesi esasında Anayasaya aykırı olmayan ilk üç fıkrayı iptal etmiştir. Nitekim kanun değişikliğinden sonra da bu üç fıkra aynı kalmıştır.

<sup>4</sup> Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 305; Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler için bkz. Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 298-302; Tolga Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme)*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2013, s. 438. Aliefendioğlu, yasama ihmalinin anayasal denetime bağlı kılınması gerektiğini savunmaktadır. Aliefendioğlu, “Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler”, *Mülkiye Dergisi*, 24 (224), 2000, s. 136.

<sup>5</sup> Şirin, s. 443.

<sup>6</sup> Şirin, s. 447-448; Bireysel başvurunun ise “ihmal” nedeniyle aykırılıkları da kapsamasından dolayı (Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 45, f. 2) yasama ihmali nedeniyle bireysel başvuruda bulunulabileceği kabul edilmektedir. Şirin, s. 448.

<sup>7</sup> Şirin, s. 450.

<sup>8</sup> Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 46.

<sup>9</sup> Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 306.



02.07.2012 tarihli 6352 s. Kanun'un 91. maddesi ile suçu bildirmeme suçu yeniden düzenlenmiştir ve kanun değişikliği ile Türk Ceza Kanunu'nun 278. maddesinin ilk üç fıkrası değişmemekle birlikte maddeye dördüncü fıkra eklenmiştir. Eklenen ilgili fıkra şu şekildedir: *“Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır.”*

Kanun koyucu, Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesine uygun bir şekilde öncül suçun failinin yakınlarının cezalandırılmasını önleyici bir hüküm eklemiştir. Ancak diğer adliyeye karşı suçlarda kimlerin cezalandırılmayacağı “üstsoy, altsoy, eş ve kardeş” olarak sayılırken suçu bildirmeme suçunda “tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler” şeklinde belirlenmiştir. Çalışmanın ilerleyen kısmında bu iki grubun kapsamının farklı olması değerlendirilmiştir.

6352 s. Kanun'un Hükümet Tasarısında düzenlemenin gerekçesine ilişkin şu açıklamalara yer verilmiştir:

*“Anayasa Mahkemesi 30/6/2011 tarihli ve E. 2010/52, K. 2011/113 sayılı Kararıyla; Anayasanın 38 inci maddesinde yer verilen “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” hükmü karşısında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 278 inci maddesinde tanımlanan suçu bildirmeme suçu ile ilgili olarak, söz konusu Kanunda “yakın akrabalık durumu”nu dikkate alan şahsi cezasızlık sebebine yer verilmediği gerekçesiyle, söz konusu madde hükmünün bütünüyle iptaline ve bu iptalin ortaya çıkaracağı sakınca göz önünde bulundurularak, iptal kararının Resmi Gazete’de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir.*

*Madde, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı doğrultusunda yeniden düzenlenmektedir. Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçesi de göz önünde bulundurulmak suretiyle, ilk üç fıkrası aynen muhafaza edilerek maddeye yeni bir fıkra eklenmiş ve bu suç bakımından da şahsi cezasızlık sebebinin varlığına yer verilmiştir. Bununla birlikte, maddenin birinci fıkrasındaki işlenmekte olan suçlar bağlamında bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi dolayısıyla ceza sorumluluğu cihetine gidilebilmesi için, kişinin suçu önleme yükümlülüğünün bulunmaması gerekmektedir. Suçu önleme yükümlülüğünün bulunduğu hallerde, bildirim yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla değil, işlenmesi önlenmeyen suça iştirakten ya da suçun ihmali davranışla işlenmiş olmasından dolayı ceza sorumluluğu cihetine*

*gidilmesi gündeme gelebilecektir”<sup>10</sup>.*

Hükümet Tasarısında şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilecek kişiler, “üstsoy, altsoy, eş, kardeş” olarak düzenlenmiş iken TBMM Adalet Komisyonunda “tanıklıktan çekinebilecek kişiler” olarak değiştirilmiş ve bu haliyle kanunlaşmıştır. Tasarıdaki değişiklik gerekçesi olarak şu açıklamalara yer verilmiştir:

*“Tasarının 72’nci maddesinde, Anayasa Mahkemesinin 30.6.2011 tarihli ve Esas 2010/52, Karar 2011/113 sayılı iptal kararının gereği olarak 5237 sayılı Kanunun 278 inci maddesinde tanımlanan suçu bildirmeme suçu bakımından madde metninde ayrı bir fıkra olarak **şahsi cezasızlık sebebi** hükmüne yer verilmesi öngörülmüştür. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun tanıklıktan çekinmenin düzenlendiği **45 inci madde içeriğiyle paralellik kurulmasını sağlamak amacıyla**, söz konusu şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilecek olan kişilerin fıkra metninde sayılması yerine, söz konusu 45 inci madde hükmüne içerik olarak yollama yapılması ile yetinilmiştir. Bu bağlamda işaret etmek gerekir ki, her ne kadar Türk Ceza Kanununun 279 ve 280 inci maddelerinde benzer içerikte bir hükme yer verilmemiş ise de, Ceza Muhakemesi Kanununun 46’nci maddesi hükmü karşısında, meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından da belirli ilişkilerle sınırlı olarak suçu bildirme yükümlülüğü söz konusu değildir ve bildirimde bulunmamak sebebiyle Türk Ceza Kanununun 279 ve 280’inci maddelerinde tanımlanan suçlar oluşmayacaktır. Ceza Muhakemesi Kanununun bu düzenlemesi karşısında, Türk Ceza Kanununun 279 ve 280’inci maddelerinde tanımlanan suçlar bağlamında bu yönde bir hükme yer verilmemiş olması bir eksiklik oluşturmamaktadır. Madde, çerçeve 90’inci madde olarak Komisyonumuzca kabul edilmiştir”<sup>11</sup>.*

TBMM Adalet Komisyonu raporunda Türk Ceza Kanunu’ndaki suçu bildirmeme suçuna ilişkin şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilecek kişilerin Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenen tanıklıktan çekinebilecek kişilere atıf yapılarak belirlenmesinin amacının iki kanun hükmü arasında paralellik kurulması olduğu belirtilmektedir. Komisyonun bu görüşünden hareketle adliye karşı suçlarda ortak bir hüküm niteliğinde tanıklıktan çekinebilecek kişilerin cezalandırılmayacağı yönünde bir düzenleme yapıp

<sup>10</sup> TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 278, s. 27-28.

<sup>11</sup> TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 278, s. 81.

yapılamayacağı da çalışmamızın ilerleyen aşamalarında incelenmektedir.

## II. NEMO TENETUR İLKESİNİN SUÇU BİLDİRMEME SUÇUNA DOĞRUDAN UYGULANABİLİRLİĞİ TARTIŞMASI

Nemo tenetur ilkesi, Anayasanın 38. maddesinin 5. fıkrasıyla korunmaktadır: “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” Anayasal bir ilke olan nemo tenetur ilkesi, kanun değişikliği ile suç bildirmeme suçunda şahsi cezasızlık sebebi olarak yer almıştır. Ancak ilke doktrinde hukuka uygunluk nedeni ve kusurluluğu etkileyen hal olarak da kabul edilmektedir. Bu kanun değişikliği olmasaydı da Anayasal düzenlemesi olan nemo tenetur ilkesi suç bildirmeme suçuna uygulanabilir miydi ve böyle bir kanun değişikliğine gerek var mıydı soruları akla gelmektedir. Bu soruları ilkenin doktrinindeki her bir kabulüne yönelik olarak ayrı ayrı cevaplandırmak gerekmektedir.

### A. Nemo Tenetur İlkesinin Susma Hakkı Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kabul Edilmesi

Nemo tenetur ilkesi, bir görüşe göre bir hak olarak kabul edilmekte ve bu hakkın kullanılması, hukuka uygunluk nedeni sayılmaktadır<sup>12</sup>. İtişgen’e göre nemo tenetur ilkesinin anayasanın kişinin hak ve ödevleri kısmında düzenlenmesi, Yargıtayın suç bildirmeme suçundan dolayı beraat kararı verilmesi gerektiğine yönelik kararı ve Anayasa Mahkemesinin Vergi Usul Kanunu’nun m. 359/a-2 hükmüne ilişkin bir kararında<sup>13</sup> ilkeyi susma hakkı olarak nitelemesi nedenlerinden dolayı ilke susma hakkı hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmelidir. Yazar bu ilkenin bir hukuka uygunluk nedeni olmasından dolayı suç bildirmeme suçunda yapılan kanun değişikliğini gereksiz bulmaktadır. Zira kişinin yakınları hukuka uygunluk nedeninin varlığından dolayı zaten cezalandırılmamaktadır<sup>14</sup>. Hafizoğulları ve Acar da nemo tenetur ilkesini suç bildirmeme suçunda hukuka aykırılık başlığı altında incelemiş ve Anayasal hükmün varlığına rağmen ilkenin kanun maddesinde tekrar edilmesini fazlalık bulmuşlardır<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Rezzan İtişgen, *Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı*, 1. Baskı, 12 Levha Yayıncılık, 2013, s. 99.

<sup>13</sup> AYM, E. 2004/31, K. 2007/11, 31.1.2007 T. , R. G. Tarih-Sayı : 18.05.2007-26526.

<sup>14</sup> İtişgen, s. 99.

<sup>15</sup> Zeki Hafizoğulları/Bülent Hayri Acar, “Suçu Bildirmeme Suçları”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (1), 2016, s.194.

Doktrinde karşı görüşte olanlar, Anayasa’da düzenlenen nemo tenetur ilkesinin maddi ceza hukukuna ilişkin bir içeriğe sahip olmadığını ve hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadırlar<sup>16</sup>. Ayrıca, Anayasa’daki “yakın” ifadesinden kimlerin kastedildiği tam olarak anlaşılmadığından her hâkimin farklı bir uygulamaya sebebiyet verebileceği tehlikesi belirtilmektedir<sup>17</sup>.

İlkenin susma hakkı olarak hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni (TCK m. 26, f. 1) olarak kabul edilmesi halinde, ilgili suç tipinde ayrıca yer alması aranmaz. Zira genel hükümler kısmında yer alan hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni, uygun düştüğü ölçüde özel hükümler kısmındaki suç tipleri bakımından uygulanabilir. Ancak kanaatimizce de “yakın” ifadesine kimlerin dahil olacağı bir belirsizlik yarattığından ilke hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilse de kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

## **B. Nemo Tenetur İlkesinin Kusurluluğu Etkileyen Bir Hal Olarak Kabul Edilmesi**

Kusurluluğu etkileyen nedenler Türk Ceza Kanunu’nda sınırlı bir şekilde sayılmakla birlikte<sup>18</sup> doktrinde zorunluluk halinin geniş yorumlanması gerektiğini savunanlar da vardır<sup>19</sup>.

Nemo tenetur ilkesinin kusurlulukla bağlantılı olduğu yönünde görüş belirten yazarlar, kişinin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaktan kaçınması halinde bir suç sebebiyet vermesini manevi cebir olarak kabul etmiştir ve *istenemezlik ilkesi* çerçevesinde kusurluluğu etkileyen bir hal olan Türk Ceza Kanunu’nun 28. maddesi<sup>20</sup> çerçevesinde ele almışlardır<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Yener Ünver, *TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, Suçu İhbar Etmemek Suçları*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 368; Hamide Zafer, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m.280)”, *İÜHFİM*, 71 (1), 2013, s. 1346.

<sup>17</sup> Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 368.

<sup>18</sup> Ancak belirtelim ki TCK’nın özel hükümler kısmında 92. ve 147. maddelerinde de zorunluluk haline rastlanmaktadır.

<sup>19</sup> Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 494.

<sup>20</sup> TCK m. 28’e göre: “Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.”

<sup>21</sup> Zeki Hafizoğulları, “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57 (3), 2008, s. 368-369; Mehmet Fa-

Hafizoğulları, istenemezlik ilkesinin genel hükümler kısmında Türk Ceza Kanununun 28. maddesinde; özel hükümler kısmında ise Kanun'un 283. maddenin 3. fıkrası, 284. maddenin 4. fıkrası, yalan tanıklık ve suç bildirmeme suçları açısından geçerli bir hüküm olduğunu savunmaktadır<sup>22</sup>.

Nemo tenetur ilkesinin kusurluluğu etkileyen bir hal olarak kabulü halinde kusurluluğu etkileyen hallerin Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümler kısmında düzenlenmiş olup özel hükümlerdeki suç tiplerine uygulandığı göz önünde bulundurulduğunda suç bildirmeme suçuna da uygulanabileceği sonucuna ulaşılır. Nitekim yazar da kanun değişikliğinden önce ilgili görüşleri ileri sürmüş olmasına rağmen istenemezlik ilkesine örnek olarak hekimin yakınının işlediği suç öğrenmesi halinde ondan bu suç bildirmenin beklenemeyeceğini vermiştir<sup>23</sup>.

İlkenin kusurluluğu etkileyen bir hal olarak kabulünde de hukuka uygunluk nedeni olarak kabulünde ortaya çıkan sorun gündeme gelmektedir. Kimlerin öncül suçun failinin suçunu bildirmeyerek iradesinin etkilendiği, dolayısıyla ilkeden kimlerin yararlanacağı belirsizdir. Bu belirsizlik de hakimlerin farklı uygulamalarına sebebiyet vereceğinden hukuki güvenlik ilkesi sarsılır. Bu nedenle ilke kusurluluğu etkileyen hal olarak kabul edildiğinde de kanaatimizce kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

### C. Nemo Tenetur İlkesinin Şahsi Cezasızlık Sebebi Olarak Kabul Edilmesi

Suç bildirmeme suçuna ilişkin kanuni düzenlemenin gerekçesinde, Hükümet Tasarısı ve TBMM Adalet Komisyonu raporunda nemo tenetur ilkesinin Türk Ceza Kanunu'ndaki yansıması şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiştir. Şahsi cezasızlık sebepleri, failin suç yoluna girdiği andan itibaren kendisinde mevcut olan belirli özellikleri, kişisel yakınlıkları veya vasfı dolayısıyla kanun koyucunun izlediği suç politikası nedeniyle ceza verilmesini önleyen şahsa bağlı sebeplerdir<sup>24</sup>.

ruk Koçak, "Bir Ceza Yargılamasına Eleştirel Bakış: Yalan Tanıklık Suçu İncelemesi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (1), 2019, s. 224-226.

<sup>22</sup> Hafizoğulları, s. 368-369.

<sup>23</sup> Hafizoğulları, s. 369.

<sup>24</sup> Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 744; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 378; Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım I (Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı)*, Yener Ünver (Ed.), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014, s. 411-412; Esra Bulut, *Şahsi Cezasızlık Sebepleri*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Kural olarak haksızlık teşkil eden fiili kusurlu bir şekilde işleyen fail cezalandırılır<sup>25</sup>. Bu nedenle failin cezalandırılmasını önleyen ya da cezasında indirim neden olan kişisel sebepler (gönüllü vazgeçme, kusurluluğu kaldıran veya azaltan haller, etkin pişmanlık, şahsi cezasızlık sebepleri, cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler) kanunda açıkça gösterilmektedir. Nitekim adliyeye karşı suçlar bölümünde yer verilen şahsi cezasızlık sebepleri de ilgili suçun düzenlendiği kanun maddelerinde gösterilmektedir.

Suçu bildirmeme suçuna ilişkin kanun maddesinin değiştirilmeden önceki halinde öncül suç işleyen kişinin yakınlarının cezalandırılmayacağı yönünde bir düzenleme mevcut değildi. Bu nedenle bir yakını lehine de olsa suç bildirmeme suçunu işleyen kişinin cezalandırılması yönündeki esas kuraldan ayrılmak mümkün değildir.

Bu noktada çözümlenmesi gereken hukuki sorun, haksızlık teşkil eden fiili işlemiş kusurlu failin cezalandırılmasını önleyen bir sebep yer almamasına rağmen mahkemelerin bu boşluğu görmezden gelerek Anayasal hüküm olan nemo tenetur ilkesinin varlığına dayanarak faile ceza vermeme imkanlarının olup olmadığıdır. Bunu bir boşluk olarak nitelendirmemizin nedeni, diğer adliyeye karşı suçlarda şahsi cezasızlık sebebine yer verilmesidir. Şahsi cezasızlık sebebinin bazı suçlara özgülenip suç bildirmeme suçunda böyle bir sebep olmaması, ortaya bir boşluk çıkarmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre, Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasının varlığı nedeniyle failin cezalandırılmaması gerekir, ayrıca bir şahsi cezasızlık sebebi düzenlemesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Hüküm doğrudan uygulanabilir niteliktedir<sup>26</sup>.

Bu hükmün varlığına rağmen şahsi cezasızlık sebebi düzenlemesinin eklenmesi gerektiğini savunanlar da mevcuttur<sup>27</sup>. Ünver'e göre mevcut pozitif norm, hukuksal değer ile çeliştiğinde madde içeriğinin kanun koyucunun iradesine göre yorumlanması hatalı olur. Yazar bu durumda pozitif normda değişikliğe giderek veya onu ilga ederek çözüme ulaşmanın gerektiğini belirtmektedir<sup>28</sup>.

Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021, s. 4.

<sup>25</sup> Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 457; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 312.

<sup>26</sup> Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 637, dn. 1151. Özgenç'e göre mahkeme Anayasa m. 38, f. 5 hükmüne dayanarak öncül suçun failinin yakını hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verebilir; Mustafa Ruhan Erdem, "Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)", *TBB Dergisi*, (80), 2009, s. 109.

<sup>27</sup> İsa Döner, "Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)", *AÜEHFD*, 9 (3-4), 2005, s. 87.

<sup>28</sup> Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, 1. Baskı, Seçkin

Yargıtay, kanun değişikliği öncesi bir kararında, “*Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçundan, Anayasanın 38/5. maddesinin hükmü karşısında, kamu görevlisinin kendisinin işlediği suçu ihbar sorumluluğunun olmadığı*” na karar vermiştir<sup>29</sup>.

Kanaatimizce mahkemelerin Anayasaya aykırı kanun hükmü yerine anayasal hükmü uygulayıp uygulayamayacakları hukuki sorununun çözümünde göz önünde bulundurulması gereken, Türkiye’nin Avrupa tipi anayasa yargısına sahip olmasıdır<sup>30</sup>. Avrupa tipi anayasa yargısının olduğu bir ülkede, Anayasa ile diğer kanunlar arasında çatışmanın olması durumunda mahkemeler kanun hükmünü ihmal ederek doğrudan anayasal hükmü uygulayamazlar<sup>31</sup>. Zira bu tip ülkelerde, kanun maddesinin anayasaya aykırılığını çözüme görevi her mahkemeye değil, bu konuda kurulmuş özel mahkemeye (Anayasa Mahkemesine) verilmiştir.

Türkiye’de bir kanun hükmünün Anayasaya aykırı olup olmadığını çözüme görevinde karar verme yetkisi Anayasa Mahkemesine ait olduğundan<sup>32</sup> diğer mahkemeler bu aykırılığı *lex superior* ilkesine göre çözümleyemez<sup>33</sup>.

Yayıncılık, 2003, s. 87.

<sup>29</sup> YCGK, 16.06.2009 T., 2008/178 E., 2009/159 K.

<sup>30</sup> Ümit Güveyi, “Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (3), 2012, s. 149.

<sup>31</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II*, 1. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2021, s. 841.

<sup>32</sup> Türkiye’de Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası ile kurulmuştur. Bu tarihten önce 1924 Anayasasının yürürlükte olduğu zamanda kanunun Anayasaya aykırı olması halinde mahkemelerin Anayasal hükmü uygulaması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Turhan Feyzioğlu, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakebesi*, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınevi, 1951. Akt. Ergun Özbudun, “Türkiye’de Anayasa Yargısının Doğuşu: 1961 Anayasası Üzerindeki Kurucu Meclis Görüşmeleri”, *Liberal Düşünce Dergisi*, (68), 2012, s. 5-6.

<sup>33</sup> Amerikan tipi anayasa yargısına sahip olan ülkelerde *lex superior derogat legi inferiori* ilkesi geçerlidir. İlke, üst kanunun alt kanunu ilga etmesidir. *Lex superior* ilkesi, yerel mahkemenin kanun ile Anayasa arasında çelişki görmesi halinde Anayasayı uygulayabilmesine imkân tanır. Zira Amerikan tipi anayasa yargısında her bir mahkeme anayasallık denetimi yapabilir. Yargıç kanunu iptal edemese de Anayasa ile kanun arasında çatışma gördüğü uyumsuzluk bakımından kanunu uygulamayı ihmal ederek Anayasal hükmü uygulayabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Gözler, “*Yorum İlkeleri*”, *Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, (Hazırlayan: Ozan Ergül), Türkiye Barolar Birliği, 29-30 Eylül 2012, s. 97; Yahya Berkol Güleç, *Lex Superior İlkesi: Hukuki Geçerliliği ve Uygulaması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 39; İlke, Hamilton tarafından şu şekilde savunulmuştur: “...anayasa kanuna tercih edilmeliydi, halkın niyeti (iradesi) temsilcilerinin niyetine (iradesine)...” Akt. Kemal Gözler, *Anayasa Hukuku*, s. 314, dn. 264; Yavuz

Mahkemenin yapması gereken, Anayasa'nın 152. maddesi<sup>34</sup> ile kendisine tanınmış itiraz (somut norm) denetimine başvurmadır<sup>35</sup>.

Sonuç olarak nemo tenetur ilkesinin yansımalarının şahsi cezasızlık sebebi olarak kabulü halinde, Türkiye Avrupa tipi anayasa yargısına sahip olduğundan mahkemeler suçu bildirmeme suçunda öncül suçun failinin yakınlarının cezalandırılmasını önleyen bir hüküm bulunmamasına rağmen doğrudan Anayasal hükmü uygulayamaz. Mahkemelerin bu durumda yapması gereken, somut norm denetimine başvurmadır. Nitekim suçu bildirmeme suçuna ilişkin kanun değişikliği de somut norm denetimi ile gerçekleşmiştir.

#### **D. Nemo Tenetur İlkesinin Hukuki Niteliği Hakkındaki Kanaatimiz**

Nemo tenetur ilkesinin amacı, kişiyi kendisi ve yakınları aleyhine suçlayıcı beyanda bulunmaktan ve delil göstermeye zorlamaktan korumaktır. Oysa ilke hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiğinde iştirak halinde işlenmiş bir fiil mevcutsa fiilin haksızlığı ortadan kalkacağından öncül suçun failiyle arasında yakınlık bulunmayan suç ortağı da cezalandırılmayacaktır. Bu sonuç, nemo tenetur ilkesiyle bağdaşmayacağından ilkenin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kişinin yakınlarının işlediği suçu bildirmesini beklemek, iradeyi zorlayıcı ve insan tabiatına aykırı bir beklentidir. Bu nedenle kusur üzerinde etkili bir durumdur<sup>36</sup>. Ancak bu durum kişi suçu işlemeye başladığı anda kendisinde mevcut olan bazı özelliklerden kaynaklanmakta ve yalnızca yakınlarına gerçekleştirildiğinde cezalandırılmayı önlemektedir. Bu nedenle ilkenin kusurluluğu etkileyen bir hal olarak da kabul edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

---

Selim Değerli, *Anayasa Yargısında Ön-Denetim ve Türk Anayasa Yargısı*, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2019, s. 38; Yavuz Atar, "Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları (Anayasa m. 11)", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2), 1989, s. 204.

<sup>34</sup> "Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi" başlıklı Anayasa'nın 152. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: "*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.*"

<sup>35</sup> Atar, s. 204.

<sup>36</sup> Selihan Göktürk, "Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (1), 2016, s. 389. Yazar açıklamalarını yalan tanıklık suçuna yönelik yapmıştır, ancak kanaatimizce suçu bildirmeme suçuna da uyarlanabilmektedir.



Suçu bildirmeme suçunu işleyen failin cezalandırılmasını önleyici neden olan öncül suçun faili ile arasındaki yakınlık ilişki fail henüz suç işlemeye başlamadan önce mevcuttur. Failin şahsından kaynaklanan bu cezalandırılmama nedeni kanaatimizce şahsi cezasızlık sebebidir.

### III. ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİ HÜKÜMLERİNİN SUÇU BİLDİRMEME SUÇUNA KIYASEN UYGULANMA İHTİMALİ

Nemo tenetur ilkesi şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edildiğinde, kanun değişikliği öncesinde suç bildirmeme suçuna ilişkin şahsi cezasızlık sebebi mevcut değilken diğer adliye karşı suçlarda yer verilen şahsi cezasızlık sebeplerinin bu suçta uygulanmasının mümkün olup olmadığı, bu uygulamanın kıyas yasağına bir aykırılık teşkil edip etmeyeceği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Esasında bu başlıkta da böyle bir kanun değişikliğine gerek var mıydı sorusu incelenecek olup bu sefer Anayasal hükmün uygulanabilirliği değil, diğer adliye karşı suçlardaki şahsi cezasızlık sebeplerinin uygulanabilirliği değerlendirilmektedir.

Kanun koyucu, diğer adliye karşı suçlara ilişkin olarak kişinin kendisini ve yakınlarını suçlamayı önlemek amacıyla bu suçları işlemeleri halinde cezalandırılmalarının önüne geçen şahsi cezasızlık sebebine yer vermişken suç bildirmeme suçunda böyle bir düzenlemeye yer vermemiştir. Diğer adliye karşı suçlar için yer verilen şahsi cezasızlık sebeplerinin, suç bildirmeme suçuna uygulanabileceği şeklinde bir anlam madde metninden veya gerekçeden çıkmamaktadır. Nitekim suç bildirmeme suçuna ilişkin böyle bir atf da yapılmamıştır. Buna karşılık kanun değişikliği ile suç bildirmeme suçuna şahsi cezasızlık sebebi eklendikten sonra kamu görevlilerinin suç bildirmemesi ve sağlık mesleği mensuplarının suç bildirmemesi halinde bu şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilecekleri suç bildirmeme suçunun gerekçesinde yer almaktadır. Yani Türk Ceza Kanununun 279 ve 280. maddelerinde tanımlanan suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebebinin varlığı, 278. maddenin gerekçesinde bu maddelere yapılan atıfla sağlanmaktadır.

Örneğin, “Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” bölümüne ilişkin TCK’nın 137. maddesinde ortak bir nitelikli hal hükmü yer almaktadır. Bu hüküm, bölümde yer alan her bir suçta uygulanabilir niteliktedir. Ancak adliye karşı suçlardaki şahsi cezasızlık sebebi o suçun yer aldığı kanun maddesine özgüdür. Bu nedenle, kanun koyucunun birkaç adliye karşı suçta örnekleme olarak şahsi cezasızlık sebebine yer verdiği, diğer adliye karşı suçlara ilişkin de bu sebeplerden yararlanabileceği sonucuna kanun

sistematiğinden ulaşılamamaktadır.

Kanun koyucunun suçu bildirmeme suçunda öncül suçun failinin yakınlarını cezalandırmayı önleyici hüküm koymamasının bilinçli olup olmadığı<sup>37</sup>, madde metni, gerekçesi ya da hükümet tasarısından anlaşılabilir. Bu boşluğun bilinçli olmadığı sonucuna varılsa bile diğer adliye karşı suçlarda yer verilen şahsi cezasızlık sebeplerinin ortak hüküm olmaması ve suçu bildirmeme suçuna atıf yapmaması nedeniyle sorun, kanun sistematiği ile çözülemez. Bu durumda bu boşluk kıyas yapılarak doldurulabilir mi sorusuna cevap bulmamız gerekmektedir.

Kıyas, kanun boşluğu olan bir durumda benzer bir düzenlemeyi uygulayarak boşluğu doldurma faaliyetidir<sup>38</sup>. İstisnai hükümler hariç olmak üzere ceza hukuku dışındaki hukuk dallarında kıyas serbesttir. Ceza hukukunda ise suçta ve cezada kanunilik, belirlilik ve hukuk güvenliği ilkeleri gereği kıyas yasaktır<sup>39</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin 3. fıkrasında<sup>40</sup> düzenlenen kıyas yasağı, kapsamı bakımından doktrinde tartışmalara yol açmıştır.

Bir görüşe göre, kıyas yasağının kapsamı suçların tanımlandığı kanunlar ile sınırlıdır, suç teorisinin genel kuralları bu yasağın kapsamına dahil değildir<sup>41</sup>. Şahsi cezasızlık sebepleri, maddi ceza hukukuna ilişkin bir kurum olmasına karşılık taksirle işlenen suçlara özgü hali dışında TCK'nın 2. Kitabında, özel hükümler kısmında yer almaktadır. Bu görüşün kabulü halinde adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebepleri, *suç ve ceza içeren hükümlerden* olduğundan kıyas yapılamaz.

Diğer bir görüş, kıyas yasağının genel önleme amacına da hizmet ettiğine

<sup>37</sup> Kanun koyucunun ihmali nedeniyle normun yer almaması halinde ortaya çıkan boşluk, bilinçsiz boşluktur. Abdullah Batuhan Baytaç, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 317.

<sup>38</sup> İsmail Kayar/İlhan Üzülmüş, *Hukukun Temel Kavramları*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 308.

<sup>39</sup> Berrin Akbulut, *Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 49; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 57.

<sup>40</sup> TCK m. 2, f. 3 hükmü şu şekildedir: “*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*”

<sup>41</sup> Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 134; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 57.

ve Türk Ceza Kanununun 61. maddesinin 10. fıkrasına<sup>42</sup> dikkat çekerek kıyasın lehe veya aleyhe, maddi ceza hukuku veya suç ve ceza içeren kanunlar fark etmeksizin yasak olduğunu savunmaktadır<sup>43</sup>. Bu görüş ceza hukukunda kıyası hiçbir şekilde kabul etmediğinden benimsenmesi halinde şahsi cezasızlık sebeplerinde de kıyas yapılamayacaktır.

Başka bir görüş, kıyas yasağının amacını göz önünde bulundurarak maddi ceza hukuku kurallarında lehe kıyasın mümkün olduğunu ve belirlilik ilkesinin terk edilebileceğini savunmaktadır<sup>44</sup>. Maddi ceza hukuku kurallarında kıyasın lehe olması halinde mümkün olduğunu savunan görüş benimsendiğinde sebeplerin failin lehine olduğunda şüphe olmadığından bu durumda kıyas mümkün olacaktır.

765 s. TCK döneminde savunulan bir görüşe göre, adliyeye karşı şahsi cezasızlık sebebi içeren suçlara nazaran cezası daha hafif olan suçu bildirmeme suçunda da failin sayılan yakınlardan olması halinde cezalandırılmaması gerekmektedir<sup>45</sup>. Diğer bir görüş ise bu durumda kıyas yasağının delineceğini belirtmiştir<sup>46</sup>.

Yorum kurallarında ve kıyasta önemli olan, uygulayıcının değişse bile sonucun aynı kalmasıdır<sup>47</sup>. Bir hâkim diğer adliyeye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebebinin suçu bildirmeme suçuna da uygulanabileceği sonucuna varırken başka bir hâkim örneğin bu suç ile maddi gerçeğe ulaşma amacının diğer suçlara göre daha üstün olduğu sonucuna varıp şahsi cezasızlık sebebinin uygulamazsa hukuk güvenliği sarsılır. Zira kişiler davranışlarını önceden bilinen ve genel olan kurallara göre yönlendirememiş olur<sup>48</sup>. Kuralın anlamının hâkimden hâkime göre değişmesi, insanın insana itaat etmesi ve keyfiliğe neden olarak hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil eder<sup>49</sup>.

<sup>42</sup> TCK m. 61, f. 10: “*Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.*”

<sup>43</sup> Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 66.

<sup>44</sup> Akbulut, s. 48.

<sup>45</sup> Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler Cilt: 2*, Seçkin Yayıncılık, 1993, s. 1365.

<sup>46</sup> Döner, s. 86-87.

<sup>47</sup> Gözler, *Yorum İlkeleri*, s. 25.

<sup>48</sup> Gözler, *Yorum İlkeleri*, s. 19.

<sup>49</sup> Gözler, *Yorum İlkeleri*, s. 19.

“*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*” (kanun istediği zaman söyler; istemediği zaman ise susar) ilkesi, kanun koyucunun bir kaideye istisna getirmek istediğinde susmayacağını, hakimin ise herhangi bir ihtiyacı öne sürerek bir istisna oluşturamayacağını ifade eder<sup>50</sup>. İstisnayı yalnızca genel kuralı koyan makamın oluşturma yetkisi olduğundan yargı organının yorum/kıyas yoluyla istisna oluşturma yetkisi bulunmamaktadır<sup>51</sup>.

Haksızlık teşkil eden fiili işleyen kusurlu failin cezalandırılması esas olduğundan şahsi cezasızlık sebepleri istisnai nitelikte düzenlemelerdir. Ceza hukuku dışındaki, kıyasın serbest olduğu hukuk dallarında bile istisnai hükümlerde kıyas yasaktır. Ceza hükmü içeren kanun maddesini oluşturma yetkisi yasama organına ait olduğundan cezalandırmayı önleyen ve istisnai düzenleme olan şahsi cezasızlık sebebini ekleme yetkisi de yalnızca yasama organına aittir. Bu nedenle kanaatimizce yargı organı diğer adliyeye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerini suçta bildirmeme suçuna kıyasen uygulayamaz.

#### **IV. ADLİYEYE KARŞI SUÇLARA İLİŞKİN ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİNDE ORTAK HÜKÜM OLARAK TANIKLIKTAN ÇEKİNEBİLECEK KİŞİLERE ATIF YAPILABİLİR Mİ?**

Kanun koyucu suçta bildirmeme suçunda diğer adliyeye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebepleri düzenlemelerinden farklı bir yöntem izleyerek tanıklıktan çekinebilecek kişilere atıf yapmıştır. Bu atfın gerekçesinin ise Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenen tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümle bir paralellik kurmak olduğu belirtilmiştir. Bu başlıkta diğer adliyeye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerinde de bu paralelliğin kurularak malvarlığına karşı suçlarda olduğu gibi ortak hüküm niteliğinde (TCK m. 167, f. 1) tanıklıktan çekinebilecek kişilere atıf yapıp yapılamayacağı tartışılmıştır. Bunun için öncelikle tanıklıktan çekinme yetkisi ve yemin verilmemesi hükümlerinin düzenlenme amacı ve kapsamı ile adliyeye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerinin düzenlenme amacı ve kapsamı incelenmiştir.

##### **A. Tanıklıktan Çekinme Yetkisi ve Yemin Verilmemesine İlişkin Hükümlerin Düzenlenme Amacı**

Ceza muhakemesinde ispat sistemlerine ilişkin değişik sistemler benimsenmiştir<sup>52</sup> ve günümüz ceza muhakemesi hukukunda “vicdani delil

<sup>50</sup> Gözler, *Yorum İlkeleri*, s. 56.

<sup>51</sup> Gözler, *Yorum İlkeleri*, s. 54.

<sup>52</sup> Ceza muhakemesinin amacı ile ispat sistemleri arasında yakın bir ilişki mevcuttur. İlk sistem olan suçlunun cezalandırılması amacıyla, kanuni delil sistemi hâkimdir. İkinci sistem olan

sistemi” kabul edilmektedir. Anayasa’nın 138.<sup>53</sup> ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 217. maddesinde<sup>54</sup> yer verilen vicdani delil sistemi, hâkimin her olayı her türlü delille serbestçe değerlendirebileceği anlamına gelmektedir. Bu serbestlik, keyfilik anlamına gelmemekte; herhangi bir delilin hâkimi bağlamayacağını ifade etmektedir<sup>55</sup>.

Ceza muhakemesinde maddi gerçeği araştırma amacı çerçevesinde olayı aydınlatma yükümlülüğü sınırsız değildir. Bu amaç, hukuk devleti ilkesini, adil yargılanma hakkını ve insan onurunu ihlal etmesi halinde delil elde etme ve değerlendirme yasakları ile sınırlandırılmıştır<sup>56</sup>. Ceza muhakemesi sistemimizde her şeyin delil olabilmesinin ön koşulu, delillerin hukuka uygun olarak elde edilmiş olmasıdır (Anayasa m. 38, f. 6; CMK m. 206, f. 2, bent a; CMK m. 217, f. 2).

Tanık beyanı delilin hukuka uygun bir şekilde elde edildiğinden ve değerlendirildiğinden bahsedebilmek için hâkimin tanıklıktan çekinme yetkisi olan,<sup>57</sup> yemin vermeyebilecek olan ve cevap vermekten çekinme imkânı olan tanıklara bu imkân ve yetkilerini hatırlatması gerekmektedir. Ayrıca çekinme

---

sanığın korunması amacıyla, masumiyet (suçsuzluk) karinesi hâkimdir. Üçüncü sistem olan maddi gerçeğin araştırılması amacıyla, vicdani delil sistemi hâkimdir. Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 79-82.

<sup>53</sup> Anayasa m. 138, f. 1’e göre: “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.”

<sup>54</sup> CMK m. 217, f. 1’e göre: “Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir.”

<sup>55</sup> Yenisey / Nuhoğlu, s. 86; Doğan Gedik, “Ceza Muhakemesinde Hâkimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 21 (Özel S.), 2019, s. 920.

<sup>56</sup> Yenisey / Nuhoğlu, s. 82; Claus Roxin, (çeviren: Yener Ünver), “İspat Hukukunun Esasları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (8), 2005, s. 272; Gedik, s. 924.

<sup>57</sup> Tanık ceza muhakemesinde bir süje olarak kabul edilmemektedir. Bkz. Cumhuriyet Şahin, “Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6 (2), 2002. Ceza muhakemesine katılan bir kişinin stajeliğinden bahsedebilmek için, kendine özgü bir statüye sahip olması, muhakeme süresince yalnız başına işlemler yürütüp talepte bulunabilmesi ve bu faaliyetleriyle muhakemeyi hareket halinde tutması gerekmektedir. Bkz. Hakan Karakehya/Murat Arabacı, “Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4), 2016, s. 2060. Tanığın bir süje olmadığı konusunda doktrinde bir uzlaşma olmakla birlikte tanıklıktan çekinmenin bir hak mı, yetki mi yoksa imkân mı olduğu konusu tartışmalıdır. Biz çalışmamızda tanığın bir süje olmaması nedeniyle tanıklıktan çekinmenin haktan ziyade tanığın kamu görevlisi olarak kabul edilmesi nedeniyle tanıklıktan çekinmede “imkân” ve “yetki” kavramlarını kullandık.

imkanını sonradan kullanan tanık beyanını delil olarak kullanılmamalıdır (CMK m. 210, f. 2).

Hâkim maddi gerçeği araştırma pahasına bile çekinme yetkisine sahip olmasına rağmen bu yetkisi hatırlatılmadan alınan tanık beyanını (CMK m. 50, f. 3), sonradan çekinme yetkisini kullanmasına rağmen tanığın önceden verdiği beyanları (CMK m. 210, f. 2), cevap vermekten çekinme imkânı bildirilmeden alınan tanık beyanını (CMK m. 48), yeminden çekinme yetkisi olmasına rağmen bu yetkisi hatırlatılmadan yemin verilerek alınan tanık beyanını (CMK m. 50) delil olarak değerlendiremez.

Ceza muhakemesinin temel ilkelerinden olan nemo tenetur ilkesi, kişiden aktif bir davranışla muhakeme işlemlerine katılmasının beklenmemesidir<sup>58</sup>. İlkenin kişiden katılmasını beklemediği muhakeme işlemleri kişinin kendisi ile ilgili olabileceği gibi yakınları ile de ilgili olabilir. Bu nedenle ilk akla gelen şüpheli ve sanığın ilkedен yararlanabileceği olsa da tanık da bu ilkedен yararlanabilmektedir. Zira şüpheli/sanık, tanığın bir yakını olabilir. Şüpheli veya sanık ile yakınlığı bulunan kişiyi tanıklık yapmaya zorlamak, insan onurunu ve aile içi ilişkileri koruyan<sup>59</sup> nemo tenetur ilkesine aykırıdır. Tanıklıktan çekinme yetkisi, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırılması ile insan onurunun korunması amaçları arasında denge sağlayan enstrümanlardan biridir.

## **B. Tanıklıktan Çekinebilecek Kişilerin Kapsamı**

Uyuşmazlık konusu olayın tarafı olmayan, duyu organları aracılığıyla kendisi hakkında yürütülmeyen bir muhakemede öğrendiklerini aktaran kişiye tanık denir<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Yenisey / Nuhoğlu, s. 85.

<sup>59</sup> Nemo tenetur ilkesinin çeşitli temellendirmeleri olmakla birlikte tanıklıktan çekinme, insan onuru ve aile içi ilişkileri korumaya yöneliktir. Bu temellendirmeler için bkz. İtişgen, s. 55-67. Aile içi ilişkileri koruduğunu savunan görüş için bkz. Tugay Aydeniz, *Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanı Delili*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 40. Koca ve Üzülmöz, bu kişilerin gerçeği söyleme ihtimalleri zayıf olduğundan muhakemeye yarar sağlamaktan ziyade zarar vereceklerini ifade etmiştir. Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 1091.

<sup>60</sup> Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 416; Yener Ünver/Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku (3 Cilt)*, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 498; Muhammed Demirel, “Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Muhakemeye Katılan Söjelerin Tanık Olup Olamayacakları Sorunu”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8 (1), 2022, s. 4.

Türk ceza hukuku doktrininde tanığın uyuşmazlık konusunun tarafı olmaması gerektiği kabul edilmekte ise de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tanığı sanığa isnat edilen fiil hakkında bilgi veren kişi olarak tanımlamaktadır. AİHM'in bu tanımına göre, suç ortaklarının tanık olmasının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 6, f. 3, bent d<sup>61</sup> kapsamında tanık olarak dinlenmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır<sup>62</sup>. Anayasa Mahkemesi de AİHM'nin tanığa verdiği özerk anlamı benimsemekte ve tanığı geniş yorumlamaktadır<sup>63</sup>.

Tanıklık, bir kamu görevidir ve kural olarak zorunludur<sup>64</sup>. Ancak tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlerle (CMK m. 43, m. 45-48) bu zorunluluğa istisnalar getirilmiştir. Tanıklık yapmak kural, çekinmek istisnadır. Ceza muhakemesi hukukunda kıyas serbest olmakla birlikte istisnai hükümlerde ve kişi özgürlüğünü sınırlaması halinde kıyas yasaktır<sup>65</sup>. Tanıklıktan çekinebilecek kişiler de sınırlı bir şekilde sayıldığından istisnai hüküm niteliğindedir ve kıyas yoluyla genişletilemez.

Tanıklıktan çekinmeye ilişkin Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve Basın Kanunu'nda<sup>66</sup> hükümler bulunmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanununun 46. maddesinde, meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle edinilen bilgiler; 47. maddesinde ise devlet sırrı niteliğindeki bilgiler nedeniyle tanıklıktan çekinme yükümlülüğü<sup>67</sup> getirilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanununun 43. maddesinde, tanıklık yapma konusunda cumhurbaşkanına takdir yetkisi verilmektedir; cumhurbaşkanı hiçbir gerekçe göstermeksizin tanıklıktan çekinebilir.

<sup>61</sup> Savunmaya tanınan haklardan biri olan tanık sorgulama hakkı ilgili bentte şu şekilde yer almaktadır: “İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek”

<sup>62</sup> Hakan Karakehya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma*, 1. Baskı, Savaş Kitabevi, 2008, s. 121.

<sup>63</sup> “Anayasa Mahkemesi birçok kararında tanık kavramını özerk olarak yorumlamış ve tanığın sanığa isnat edilen fiil hakkında bilgi veren herhangi bir kişi olabileceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda suçun iştirak eden, olayın mağduru, şikâyetçi (müşteki), devletin görevlendirdiği gizli olmayan/gizli soruşturmacı da tanık olabilir.” (AYM, Selçuk Demir, B. No: 2014/9783, 22/1/2015, § 35.; AYM, Orhan Güler, B. No: 2019/30221, 28/12/2021, § 34.)

<sup>64</sup> Şahin / Göktürk, s. 419.

<sup>65</sup> Şahin / Göktürk, s. 43, 44.

<sup>66</sup> Basın Kanunu m.12'ye göre: “Sürelî yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi, bilgi ve belge dahil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamaz.”

<sup>67</sup> Şahin / Göktürk, s. 419.

Nemo tenetur ilkesiyle bağlantılı olan tanıklıktan çekinme yetkisi ise Ceza Muhakemesi Kanununun 45. maddesinde düzenlenmektedir. Maddeye göre; şüpheli veya sanığın nişanlısı, önceki veya şimdiki eşi, kan veya kayın hısımlığından üst soyu ve alt soyu, üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları, şüpheli veya sanıkla aralarında evlatlık bağı bulunanlar tanıklıktan çekinebilirler.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 48. maddesinin başlığı "Kendisi veya yakınları aleyhine tanıklıktan çekinme" şeklinde olsa da ilgili hükümde kişi mutlak bir şekilde tanıklıktan çekinemez. Bu nedenle bu maddeye dahil olan kişiler tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında değildir. Bu tanıklar ancak sorulara cevap vermekten çekinebilirler.

### C. Yemin Verilmeyen Tanıklar

Tanığın yalan söylemesini önlemeye yönelik alınan tedbirlerden biri, tanığa dinlenmeden önce yemin verilmesidir. Ceza davalarında tanığın yemin etmesi, hukuk davalarının aksine<sup>68</sup> bir delil çeşidi değil; tanık beyanının doğru olmasını hedefleyen bir tedbirdir.<sup>69</sup>

Tanıklara dinlenmeden önce yemin verilmesi kural olsa da (CMK m. 54) Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 50. maddesinde yemin verilmeden dinlenecek tanıklar sayılmaktadır. Buna göre;

- Dinlenme sırasında on beş yaşını doldurmamış olanlar,
- Ayırt etme gücüne sahip olmamaları nedeniyle yeminin niteliği ve önemini kavrayamayanlar,
- Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar yeminsiz dinlenir.

Kanun koyucu hâkime yeminsiz dinleme hususunda bir takdir yetkisi tanınamakta; sayılan kişilerin yeminsiz dinlenmesini zorunlu tutmaktadır<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> HMK'nın 225 ila 239. maddeleri arasında düzenlenen yemin bir delil türüdür.

<sup>69</sup> Faruk Turhan, "Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24 (4), 2020, s. 361.

<sup>70</sup> Mağdurun dinlenmesinde de tanıklığa ilişkin hükümler uygulanmakta ise de mağdur da yeminsiz dinlenmektedir (CMK m. 236, f. 1).



Şüpheli veya sanıkla yakınlığı dolayısıyla tanıklıktan çekinebilecek kişiler tanıklıktan çekinme imkanlarını kullanmadıklarında bu kişilere yemin verme konusunda hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır. Hâkim yemin verse bile tanık, yeminden çekinebilir (CMK m. 51).

Ceza Muhakemesi Kanununda suç ortakları nemo tenetur ilkesi temelli olarak yemin verilmeyen tanıklardan sayılmaktadır: “*Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar*” (CMK m. 50, f. 1, c bendi).

İlgili düzenleme doktrinde oldukça eleştirilmektedir. Bu eleştiriler, düzenlemenin muhakeme konusu suça bir şekilde iştirak etmiş kişiyi aynı zamanda tanık olarak kabul etmesi ve bu dinlemenin yeminsiz gerçekleştirilmesinin nemo tenetur ilkesine tam olarak hizmet etmediği noktalarında toplanmaktadır<sup>71</sup>.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun mevcut düzenlemeleri itibariyle eleştirilerin yoğunlaştığı sorunun kısmi çözümü 48. maddede bulunmaktadır<sup>72</sup>. Zira ilgili madde, tanığa kendisinin ve kanunda gösterilen yakınlarının ceza kovuşturmasına<sup>73</sup> uğratabilecek nitelikteki sorulara cevap vermeme imkânı tanımaktadır.

Şahin ve Göktürk’e göre, tanığın uyuşmazlık konusu olayın tarafı olmaması gerektiğinden suç ortaklarının konumu tanıklıktan çok sanıklığa yakındır<sup>74</sup>. Yazarlara göre suç ortaklarının açıklamalarının kanunda tanık açıklaması

<sup>71</sup> Şahin / Göktürk, s. 422; Turhan, *Tanıklara Yemin Verilmesi*, s. 366; Ünver ve Hakeri, s. 504-505; Erdinç Avşar, “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Tartışılması ve Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (154), 2021, s. 54; Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 504.

<sup>72</sup> Şahin ve Göktürk, s. 422, 423; Turhan, *Tanıklara Yemin Verilmesi*, s. 365. Muhakeme konusu suça iştirak etme şüphesi altında bulunan veya bu konuda suçlu bulunan kişilerin birbirlerinin leh veya aleyhine tanıklık yapmalarının kabul edilmemesi yönündeki görüş için bkz. Ünver / Hakeri, s. 500.

<sup>73</sup> Anayasa’da suçlayıcı beyan ifadesi yer alırken CMK’da ceza kovuşturmasına uğrama şeklinde ifade edilmesi, Anayasal hükmün daraltılması sonucunu doğurduğundan eleştirilmektedir. Hükmün soruşturmayı da içine alır şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. İtişgen, s. 88; Faruk Turhan, “Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Yakınlarının Tanıklıktan Çekinme Hakkı – Kapsamı, Koşulları ve Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme”, *SÜHFD*, 28 (3), 2020, s. 1397; Aydeniz, s. 49. Hükmünden yalnızca ceza kovuşturmasının anlaşılması gerektiği şeklindeki karşı görüş için bkz. Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık*, 1. Baskı, 1996, s. 216.

<sup>74</sup> Şahin / Göktürk, s. 527.

kapsamında olması ya da AİHS'nin tanığa özerk bir anlam yüklemesi, suç ortaklarının ceza muhakemesi statüsünü tanık yapmamaktadır<sup>75</sup>. Nitekim suç ortaklarına yemin verilmemesi ve kanunda tanıkların yanında suç ortakları da sayılarak tanığın ve sanığının farklı nitelikte oldukları ortaya konulmaktadır (CMK m. 200, 211)<sup>76</sup>.

#### **D. Adliye Karşı Suçlara İlişkin Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Düzenlenme Amacı**

Adliye karşı suçlardan bazıları için öngörülen şahsi cezasızlık sebepleri ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerin düzenlenme amacı nemo tenetur ilkesi temellidir<sup>77</sup>. Kişinin kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanması insan onurunu zedeleyici olduğundan kanun koyucu izlediği suç ve ceza politikası gereği şahsi cezasızlık sebeplerine yer vermiştir.

Adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerinin insan onurunun yanında aile içi ilişkileri de koruma temelli olduğu savunulmaktadır<sup>78</sup>.

#### **E. Adliye Karşı Suçlar Bölümünde Yer Alan Şahsi Cezasızlık Sebeplerinden Yararlanabilecek Kişilerin Kapsamı**

Adliye karşı suçlar bölümünde şahsi cezasızlık sebeplerinin düzenlenme amacı aynı olmasına rağmen cezasızlık sebebinden istifade edebilecek kişiler farklılık göstermektedir. Farklı suç tiplerine göre şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilecek kişiler şu şekildedir:

-Suç üstlenme, yalan tanıklık, tutuklu hükümlü veya suç delillerini bildirmeme ve kaçmaya imkân sağlama suçlarında; üstsoy, altsoy, eş ve kardeş.

-Suçu bildirmeme suçunda; tanıklıktan çekinebilecek kişiler.

-Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunda; öncül suç işleyen veya işlenişine iştirak eden kişiler.

-Suçluyu kayırma suçunda; üstsoy, altsoy, eş, kardeş veya diğer suç ortağı.

<sup>75</sup> Şahin / Göktürk, s. 526-527, dn. 839.

<sup>76</sup> Şahin / Göktürk, s. 52, dn. 839; Turhan, *Tanıklara Yemin Verilmesi*, s. 367.

<sup>77</sup> Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 204, s. 282, s. 407, s. 515, s. 567, s. 577, s. 582.

<sup>78</sup> Christian Schroeder/Feridun Yenisey/Wolfgang Peukert, *Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi*, 1. Baskı, 1999, s. 155

Doktrinde bir görüş, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunda öncül suçun failinin yakınlarının da nemo tenetur ilkesi gereği cezalandırılmamalarının gerektiğini savunmaktadır<sup>79</sup>. Başka bir görüş ise kanun koyucunun bu tercihi bilinçli olarak yaptığını, bu suç yönünden maddi gerçeğe ulaşma amacını üstün tuttuğunu savunmaktadır<sup>80</sup>.

### **F. Adliye Karşı Suçlara İlişkin Şahsi Cezasızlık Sebeplerinde Tanıklıktan Çekinebilecek Kişilere Atıf Yapılması Konusunda Değerlendirme**

Adliye karşı suçlarda korunan hukuksal değer, esas olarak adil yargılanmahakkıdır<sup>81</sup>. Adliye karşı suçlarda aynı hukuksal değer korunmasına ve bu suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerine aynı amaç uğruna (nemo tenetur ilkesi) yer verilmesine rağmen sebeplerden yararlanabilecek kişilerin kapsamının farklı olması, bir eşitsizliktir. Aynı hukuksal değer korunduğu bu suç tiplerinden biri yönünden maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacı diğerlerine göre daha üstün tutularak insan onurunu korumaya hizmet eden nemo tenetur ilkesi görmezden gelinmemelidir. Bu nedenle adliye karşı suçlarda şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanabilecek kişiler özdeş hale getirilmelidir.

Suçu bildirmeme suçunun faili öncül suçun faili ile arasında üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları ile evlatlık bağı bulunanlar şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilecekken; aynı yakınlık derecesindeki kişiler suç üstlenme, yalan tanıklık, tutuklu hükümlü veya suç delillerini bildirmeme suçunda ilk üç fıkra da sayılan suçlar, kaçmaya imkân sağlama ve suçluyu kayırma suçlarını işlediklerinde şahsi cezasızlık sebebinin kapsamı dışında kalmaktadır.

<sup>79</sup> Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 504; Vesile Sonay Evik, “Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçu”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (137), 2016, s. 12.; Yüce Esmeray, Anayasa Mahkemesi’nin suç bildirmeme suçuna ilişkin kanun hükmünü nemo tenetur ilkesinin gerektirdiği bir düzenleme bulunmaması nedeniyle iptaline ve kanun koyucunun yeni düzenlemesine dikkat çekerek suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçuna ilişkin şahsi cezasızlık sebebinden suç bildirmeme suçunda olduğu gibi öncül suçun failinin yakınlarının da yararlanması gerektiğini belirtmiştir. Tuğçe Gupse Yüce Esmeray, *Nemo Tenetur İlkesi Bağlamında Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçu ile Belge İbraz Etmeme Suçları Arasındaki İlişki*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023, s. 84.

<sup>80</sup> Seçkin Koçer, *Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçu*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2011, s. 91.

<sup>81</sup> Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 49.

Kanun koyucunun suçu bildirmeme suçunda diğer şahsi cezasızlık sebebi içeren adliyeye karşı suçlara göre cezasızlıktan yararlanabilecek kişilerin kapsamını bilinçli olarak mı daha geniş tuttuğu anlaşılamamaktadır. TBMM Adalet Komisyonu raporundan tanıklıktan çekinebilecek kişilere atıf yapılmasının nedeninin Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen tanıklıktan çekinmeye ilişkin hüküm ile paralellik kurulmasının amaçlandığı belirtilmektedir. Ancak yalnızca bir suça ilişkin şahsi cezasızlık sebebi düzenlenmesinde bu paralelliğin sağlanması, diğer suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanabilecek kişilerin kapsamının daha dar kalmasına neden olmuştur.

Suçu bildirmeme suçuna ilişkin şahsi cezasızlık sebebi düzenlemesi ile diğer adliyeye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebebi düzenlemeleri aynı amaç uğruna var olmalarına rağmen aralarında kapsam yönünden bir eşitsizlik bulunmaktadır. Suçu bildirmeme suçu dışında kalan adliyeye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebepleri, Anayasanın eşitlik ilkesine (Anayasa m. 10) aykırı olduğu gerekçesiyle somut norm denetimi ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelebilir. Anayasa Mahkemesi bu durumda suçu bildirmeme suçuna ilişkin şahsi cezasızlık sebebi düzenlemesini ya da diğer şahsi cezasızlık sebepleri yer alan düzenlemeleri eşitlik ilkesine aykırı bularak iptal edebilir.

Kanun koyucu bu iptal karşısında tanıklıktan çekinebilecek kişilerin şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabileceği düzenlemesine yer veren suçu bildirmeme suçunda diğer şahsi cezasızlık sebeplerinde olduğu gibi “üstsoy, altsoy, eş ve kardeş” ile sınırlayarak kanun değişikliğine gidebilir ya da bu şekilde sınırlandırılmış şahsi cezasızlık sebepleri hükümlerini tanıklıktan çekinebilecek kişilere atıf yaparak genişletebilir.

Adliyeye karşı suçlara malvarlığına karşı işlenen suçlarda olduğu gibi (TCK m. 167, f. 1) ortak bir hüküm getirilmesi düşünülebilir. Bu ortak hükümde suçu bildirmeme suçunda olduğu gibi tanıklıktan çekinebilecek kişilere atıf yapmak yeterli olmayacaktır. Zira örneğin suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunda şahsi cezasızlık sebebinden öncül suç işleyen veya işlenişine iştirak eden kişiler yararlanabilmektedir (TCK m. 281, f. 1). Suç ortakları ise tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında değil; yemin verilmeyen tanıklar (CMK m. 50) ve şartları oluştuğunda cevap vermekten çekinme hakkına sahip tanıklar (CMK m. 48) arasında sayılmaktadır. Tanıklıktan mutlak çekinme, şüpheli veya sanığın yakınlarına tanınmış olup suç ortaklarına ve suçla bağlantılı kişilere tanınmamıştır. Bu nedenle ortak bir hüküm düzenlenmek istenirse tanıklıktan çekinebilecek kişilerin yanında

ayrıca suçla irtibatı nedeniyle yemin verilmeyen tanıklara da atıf yapmak gerekecektir.

Bu noktada suç ortaklarının tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında sayılmalarının mümkün olup olmadığı tartışılabilir. Suç ortakları uyumsuzluk konusu olayın tarafı konumunda olduklarından tanık olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında sayılmamalıdır. Tanıklıktan çekinebilecek kişileri, suç ortaklarını da içine alır biçimde genişletmek isabetli olmayacaktır. Suç ortaklarının yemin verilmeyen tanıklar arasında sayılmaları da doktrinde eleştirilmektedir ve bu düzenlemeden suç ortaklarının tanık olarak kabul edilmesinin anlaşılmasında gerektiği belirtilmektedir<sup>82</sup>.

Suç ortaklarının tanıklıktan çekinebilecek kişiler olarak kabul edilemeyişinin bir diğer nedeni, Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki koruma tedbirlerine yönelik düzenlemelerdir. Elkoyma tedbirinde şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektup ve belgeler, bu kimselerin nezdinde buldukça elkoyma yasağı kapsamındadır (CMK m. 126). Tanıklıktan çekinebilecek kişilerin soruşturulan veya kovuşturulan suça yönelik suçluyu kayırma, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme fiillerini işledikleri şüphesi halinde ise mektup ve belgeler elkoyma yasağı kapsamında olmayacaktır<sup>83</sup>. Elkonulacak eşyayı vermekten kaçınan zilyedin tanıklıktan çekinebilecek kişilerden olması halinde disiplin hapsi uygulanmaz (CMK m. 124, f. 2). Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinde şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişiler ile arasındaki iletişimi kayıt yasağına tabi tutulmuştur (CMK m. 135, f. 3). Tanıklıktan çekinebilecek kişinin aynı suçu işleme şüphesi altında olması durumunda ise iletişimi kaydedilebilir<sup>84</sup>. Modern koruma tedbirleri arasında sayılan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında da tanıklıktan çekinebilecek kişilere bu işlemlerden kaçınma hakkı tanınmaktadır (CMK m. 76, f. 4).

Suç ortakları tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında sayılıysaydı söz konusu mektup ve belgelere elkonulamaz, şüpheli veya sanık ile aralarındaki iletişim kayda alınamaz ve beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemleri uygulanamazdı.

<sup>82</sup> Şahin / Göktürk, s. 526-527.

<sup>83</sup> Şahin / Göktürk, s. 352.

<sup>84</sup> Şahin / Göktürk, s. 384.

## SONUÇ

Çalışmamızda araştırdığımız sorunlar ve ulaştığımız sonuçlar şu şekildedir:

1. Birinci sorun, Anayasa Mahkemesi'nin kanun koyucunun suçu bildirmeme suçuna ilişkin nemo tenetur ilkesinin gerektirdiği bir düzenleme yapmayarak yasama ihmali gösterdiği durumda iptal yetkisinin olup olmadığıdır.

Suçtu bildirmeme suçuna ilişkin kanun hükmü, nemo tenetur ilkesinin gerektirdiği cezalandırılmayı önleyici bir neden içermediğinden somut norm denetimiyle Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi kanuni düzenlemeyi üç fıkrasıyla birlikte tamamen iptal etmiştir. Bunun üzerine kanun koyucu yeni düzenlemede iptal edilen ilk üç fıkrayı aynı tutmuş, dördüncü fıkra olarak nemo tenetur ilkesinin gerektirdiği şahsi cezasızlık sebebine yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi, yasama organının yapması gerekirken yapmadığı bir düzenleme nedeniyle kanun hükmünü iptal etmiştir. Konuya ilişkin hüküm bulunmadığından mutlak yasama ihmali söz konusudur. Kanun koyucunun yasama ihmali gösterdiğinde Anayasa Mahkemesi'nin iptal yetkisinin olup olmadığı tartışmalıdır. Ortaya çıkan tabloda mahkeme esasında Anayasaya aykırı olmayan hükümleri iptal etmiştir. Nitekim yeni düzenlemede de iptal edilen hükümler değişiklik olmadan varlığını korumaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin mutlak yasama ihmalinde iptal kararı yerine uyarı ya da çağrı niteliğinde bir karar vermesi gerektiği kanaatindeyiz.

2. İkinci sorun, suçu bildirmeme suçunda öncül suçun failinin yakınlarının cezalandırılmasını önleyen kanuni bir düzenleme bulunmamasına rağmen Anayasal nemo tenetur ilkesinin uyuşmazlığa doğrudan uygulanarak faile ceza vermekten imtina edilip edilemeyeceğidir.

Bu soruna yönelik sonuca ulaşırken öncelikle nemo tenetur ilkesinin ceza hukukundaki farklı kabulleri göz önünde bulundurulmuştur. İlke hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni veya kusurluluğu etkileyen bir hal olan manevi cebir olarak kabul edildiği takdirde ayrıca bir düzenlemeye ihtiyaç olmadan özel hükümlere ilişkin suç tiplerine uygulanabileceği düşünülebilse de kanaatimizce sonuç böyle değildir. Zira Anayasada ilkenin düzenlendiği maddede yer alan "yakın" ifadesinden kimleri kapsadığı anlaşılmamaktadır. Hakkın kullanılması ve cebirde de bu nedenlerden kimlerin yararlanabileceği belirli değildir. Böyle bir belirsizlik de hukuki güvenlik ilkesini sarsar. Bu nedenle ilkenin hukuka uygunluk nedeni ve kusurluluğu etkileyen bir hal

olarak kabulünde kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

İlkenin yansımalarının şahsi cezasızlık sebebi olarak kabulü halinde kanunun Anayasaya aykırılığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira Anayasa öncül suçun failinin yakınlarının cezalandırılmaması gerektiğini emretmekte, ancak suç bildirmeme suçuna ilişkin bir şahsi cezasızlık sebebi bulunmamaktadır. Türkiye, Avrupa tipi anayasa yargısına sahip olduğundan kanunun Anayasaya aykırılığı söz konusu olduğunda mahkemeler kanunu görmezden gelerek Anayasal hükmü doğrudan uygulayamazlar. İlkenin şahsi cezasızlık sebebi olarak kabulünde de kanuni bir düzenleme olması gerekmektedir.

İlkenin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi, fiilin haksızlık içeriğini ortadan kaldıracığından iştirak halinde işlenmiş bir suçta öncül suçun failiyle yakınlığı olmayan kişilerin de cezalandırılmasını engeller. Bu sonucun nemo tenetur ilkesinin amacıyla bağdaşmayacağı kanaatindeyiz. Zira ilke, kişinin kendisinin ve yakınlarının cezalandırılmamasını engelleme amacına yöneliktir. İlkenin kusurluluğu etkileyen bir hal olarak da kabul edilmemesi kanaatindeyiz. Her ne kadar kişiden yakınının işlediği bir suç bildirmemesini beklemek, iradesini zorlayıcı bir durum olsa da failin cezalandırılmama nedeni, suç yoluna girmeden önce öncül suçun faili ile arasındaki kişisel yakınlıktan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle failin cezalandırılmamasının kaynağının şahsi cezasızlık sebebi olduğu kanaatindeyiz.

**3. Üçüncü sorun, adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerinin suç bildirmeme suçuna uygulanıp uygulanamayacağı, bu durumda kıyas yasağının ihlal edilip edilmeyeceğidir.**

Adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerinin her biri düzenlendiği suç tipine özgüdür ve kanun maddesinden veya gerekçesinden suç bildirmeme suçuna uygulanabileceğine yönelik bir anlam çıkmamakta, kanun sistematığından de böyle bir sonuca ulaşılammamaktadır. Kanun değişikliği öncesinde doktrinde bu konu kıyas yasağı bağlamında tartışılmıştır. Kıyas yasağı; hukuk devleti, şeffaflık, öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerini korumak için getirilmiş bir yasaktır. Bu ilkelerin amacı ise makul bir insanın kanun maddesinden çıkaracağı anlamın anlaşılmasına ve kanunu uygulayacak hakimlerin aynı sonuca ulaşmasına yöneliktir. Diğer adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerinin suç bildirmeme suçuna da uygulanabileceği makul bir insanın kanun maddesinden çıkaracağı bir sonuç olmamakla birlikte hakimlerin uygulamaları arasında farklılık da olabilir. Bu farklılık kıyas yasağının koruduğu ilkelere aykırılık teşkil eder. Bu nedenle

suçu bildirmeme suçunun kanun değişikliği öncesi döneminde diğer adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebebinin suç bildirmeme suçuna uygulanmasının kıyas yasasına aykırılık oluşturacağı kanaatindeyiz.

4. Dördüncü sorun, şahsi cezasızlık sebebine yer verilen adliye karşı suçlarda bu sebeplerden yararlanabilecek kişilerin kapsamının aynı olmaması nedeniyle ortak hüküm olarak tanıklıktan çekinebilecek kişilere atfı yapılamayacağıdır.

Suç bildirmeme suçunda şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanabilecek kişilerin kapsamı yeni bir yöntem ile tanıklıktan çekinebilecek kişilere atfı yapılarak belirlenmiştir. Diğer adliye karşı suçlarda şahsi cezasızlık sebeplerinden faydalanabilecek kişiler “üstsoy, altsoy, eş ve kardeş” şeklinde sayılmışken suç bildirmeme suçunda ilgili atıfla üçüncü derece dahil kan ve ikinci derece dahil kayın hısımları da bu kapsamda olmaktadır. Böylece suç bildirmeme suçunda şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanabilecek kişiler, diğer adliye karşı suçlara yönelik yer verilen şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanabilecek kişilerin kapsamına göre çok daha geniş olmuştur.

Tanıklıktan çekinebilecek kişiler, adliye karşı suçlara ilişkin yer verilen şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanabilecek kişilerin hepsini kapsamamaktadır. Böyle bir atfı halinde bazı gruplar kapsam dışında kalacaktır. Örneğin suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunda, kişinin işlenişine iştirak ettiği suçun delillerini gizleyen kişi şahsi cezasızlık sebebinden yararlanarak cezalandırılmamaktadır. Ancak suça iştirak eden kişi, tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında değil; yemin verilmeyen tanıklar arasında sayılmaktadır. Bu nedenle adliye karşı suçlara ilişkin malvarlığına karşı işlenen suçlarda olduğu gibi genel bir düzenleme yapılacaksa suç ortaklarını da kapsaması için tanıklıktan çekinebilecek kişilerin yanı sıra suçla irtibatı nedeniyle yemin verilmeyen tanıklara da atfı yapılmalıdır. Bu şekilde bir atfı, eşitlik ilkesi açısından da gereklidir. Zira adliye karşı suçların korudukları hukuki değerlerin aynı olmasına rağmen şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilecek kişilerin kapsamı farklıdır. Ortak hüküm düzenlenmeyecekse de şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilecek kişilerin kapsamının her bir suç tipi yönünden eşitlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

5. Beşinci sorun, tanıklıktan çekinebilecek kişilerin kapsamını suç ortaklarını da içine alacak şekilde genişletmenin isabetli olup olmadığıdır.

Suç ortakları kanunda yemin verilmeyen tanıklar arasında sayılmaktadır (CMK m. 50, f. 1, c bendi). Doktrinde ise suça bir şekilde iştirak etmiş



kişilerin tanıklar arasında sayılması eleştirilmektedir. İlgili düzenlemenin suç ortaklarının tanık olarak kabul edilmesi şeklinde değil, suç ortaklarının dinlenmelerinde tanıklara ilişkin hükümlerin uygulanması şeklinde anlaşılması gerektiği savunulmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 200 ve 211. maddelerinde suç ortakları ve tanıkların ayrı ayrı sayılması da düzenlemeyi eleştirenlerin savlarını destekler niteliktedir. Kanaatimizce de suça bir şekilde katılmış bir kişinin tanık olarak kabul edilmesi isabetli değildir. Bu nedenle suç ortakları yemin verilmeyen tanıklar arasında sayılmalı ve tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında kabul edilmemelidir. Nitekim koruma tedbirlerinin bir kısmında tanıklıktan çekinebilecek kişilere istisna tanınarak bu tedbirlere başvurmayı engelleyen düzenlemeler bulunmaktadır. Oysaki suç ortakları bu istisna kapsamında olmamalıdır.

## KAYNAKÇA

- Akbulut B, *Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Aliefendioğlu Y, “Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler” *Mülkiye Dergisi*, 24 (224), 2000, s. 115-136.
- Aliefendioğlu Y, *Anayasa Yargısı*, Yetkin Yayınları, 1997.
- Anayurt Ö, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Atar Y, “Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları (Anayasa m.11)”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2), 1989, s. 181-209.
- Aydeniz T, *Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanı Delili*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015.
- Baytaz A B, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Bulut E, *Şahsi Cezasızlık Sebepleri*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021.
- Değerli Y S, *Anayasa Yargısında Ön- Denetim ve Türk Anayasa Yargısı*, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2019.
- Demirel M, “Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Muhakemeye Katılan Søjelerin Tanık Olup Olamayacakları Sorunu”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8 (1), 2022, s. 1-35.
- Döner İ, “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m.278)”, *AÜEHFD*, 9 (3-4), 2005, s. 63-94.
- Erdem M R, “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m.278)”, *TBB Dergisi*, S.80, 2009, s. 105- 120.
- Erem F, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler Cilt: 2*, Seçkin Yayıncılık, 1993.
- Evik V S, “Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değişirme Suçu”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (137), 2016, s. 7-29.

- Feyzioğlu M, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık*, 1. Baskı, US-A Yayıncılık, 1996.
- Feyzioğlu T, *Kanunların Anayasaya uygunluğunun Kazai Murakabesi*, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınevi, 1951.
- Gedik D, “Ceza Muhakemesinde Hâkimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 21 (Özel S.), 2019, s. 913-963.
- Göktürk N, “Yalan Tanıklık Suçu (TCK m.272)” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (1), 2016, s. 347-409.
- Gözler K, “Yorum İlkeleri”, Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, (Hazırlayan: Ozan Ergül), *Türkiye Barolar Birliği*, Ankara, 2012, s. 15-119.
- Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II*, 1. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2021.
- Güleç Y B, *Lex Superior İlkesi: Hukuki Geçerliliği ve Uygulaması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Güveyi Ü, “Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (3), 2012, s. 137-162.
- Hafizoğulları Z/Acar B H, “Suçu Bildirmeme Suçları”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (1), 2016, s. 179-199.
- Hafizoğulları Z, “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57 (3), 2008, s. 337-370.
- Heinrich B, *Ceza Hukuku Genel Kısım I (Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı)*, Yener Ünver (Ed.), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014.
- İtişgen R, *Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı*, 1. Baskı, 12 Levha Yayıncılık, 2013.
- Karakehya H, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma*, 1. Baskı, Savaş Kitabevi, 2008.

- Karakehya H/Arabacı M, “Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4), 2016, s. 2059-2081.
- Kayar İ/Üzülmez İ, *Hukukun Temel Kavramları*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Koca M/Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Koca M/Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Koçak M F, “Bir Ceza Yargılamasına Eleştirel Bakış: Yalan Tanıklık Suçu İncelemesi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (1), 2019, s. 196-231.
- Koçer S, *Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçu*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2011.
- Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P, *Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özbudun E, “Türkiye’de Anayasa Yargısının Doğuşu: 1961 Anayasası Üzerindeki Kurucu Meclis Görüşmeleri”, *Liberal Düşünce Dergisi*, (68), 2012, s. 5-18.
- Özgenç İ, “Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24 (1), 2020, s. 257-283.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Roxin C, (çeviren: Yener Ünver), “İspat Hukukunun Esasları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2 (8), 2005, s. 265-289.
- Schroeder C/Yenisey F/Peukert W, *Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi*, “İstanbul Barosu Yayınları”, 1. Baskı, 1999.
- Şahin C, “Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi”,

*Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6 (2), 2002.

Şahin C/Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.

Şirin T, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme)*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2013.

Turhan F, “Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Yakınlarının Tanıklıktan Çekinme Hakkı – Kapsamı, Koşulları ve Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme”, *SÜHFD*, 28 (3), 2020, s. 1383-1427.

Turhan F, “Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24 (4), 2020, s. 359-410.

Ünver Y, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2003.

Ünver Y, *TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar; İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, Suçu İhbar Etmemek Suçları*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.

Ünver Y/Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku (3 Cilt)*, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.

Yenisey F/Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Yüce Esmeray T G, *Nemo Tenetur İlkesi Bağlamında Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçu ile Belge İbraz Etmeme Suçları Arasındaki İlişki*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023.

Zafer H, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m.280)”, *İÜHF*, 71 (1), 2013, s. 1327-1352.